



Datum van inontvangstneming : 05/03/2018

**Zaak C-54/18**

**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:**

29 januari 2018

**Verwijzende rechter:**

Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

27 september 2017

**Verzoekende partij:**

Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa Sociale Onlus

**Verwerende partijen:**

Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo

Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Vordering van Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa Sociale Onlus tot nietigverklaring van meerdere besluiten met betrekking tot de aanbesteding van de thuiszorgdienst in het door Consorzio intercomunale servizi sociali di Pinerolo (intercommunaal consortium sociale diensten van Pinerolo; hierna: „CISS”) bestreken grondgebied, voor het tijdvak van 01/06/2017 tot en met 31/05/2020 (CIG 69769877CE), die de aanbestedende dienst, CISS, heeft gegund aan R.T.I. C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA, en tot gunning van deze dienst aan verzoekster.

**Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

Uitlegging van de Europese regeling op het gebied van het recht van verdediging, het recht op een eerlijk proces en het recht op doeltreffende rechtsbescherming van inzonderheid de artikelen 6 en 13 EVRM, artikel 47 van het Handvest van de

grondrechten van de Europese Unie, en artikel 1, leden 1 en 2, van richtlijn 89/665/EEG.

### **Prejudiciële vragen**

1) Staat de Europese regeling inzake het recht van verdediging, het recht op een eerlijk proces en het recht op effectieve rechtsbescherming van inzonderheid de artikelen 6 en 13 EVRM, artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, en artikel 1, [leden] 1 en 2, van richtlijn 89/665/EEG in de weg aan een nationale regeling als die van artikel 120, lid 2 bis, van de codice del processo amministrativo, volgens welke een aan een aanbesteding deelnemende ondernemer tegen de toelating of niet-uitsluiting van een andere ondernemer dient op te komen binnen een termijn van 30 dagen na de kennisgeving van het besluit tot toelating/uitsluiting van de deelnemers?

2) Staat de Europese regeling inzake het recht van verdediging, het recht op een eerlijk proces en het recht op effectieve rechtsbescherming van inzonderheid de artikelen 6 en 13 EVRM, artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, en artikel 1, [leden] 1 en 2, van richtlijn 89/665/EEG in de weg aan een nationale regeling als die van artikel 120, lid 2 bis, van de codice del processo amministrativo, volgens welke de ondernemer na afloop van de procedure niet, ook niet bij wege van incidentele vordering, de onrechtmatigheid kan inroepen van besluiten waarbij andere ondernemers – en met name de ondernemer waaraan de opdracht is gegund of de verzoeker in het principale beroep – zijn toegelaten indien hij niet binnen de bovenvermelde termijn tegen het toelatingsbesluit is opgekomen?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

De artikelen 6 en 13 EVRM; artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie; artikel 1, leden 1 en 2, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij artikel 1 van richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

### **Aangevoerde nationale bepalingen**

Artikel 120, lid 2 bis van de codice del processo amministrativo (wet bestuursprocesrecht; hierna: „CPA”), goedgekeurd bij wetsbesluit (decreto legislativo) nr. 104 van 2 juli 2010, zoals gewijzigd bij artikel 204 van decreto

legislativo 18 aprile 2016, n. 50, attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016, tenuitvoerlegging van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU betreffende de gunning van concessieopdrachten, overheidsopdrachten en procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en voor de reorganisatie van de geldende regeling op het gebied van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen):

„Bezwaar tegen het besluit tot uitsluiting van dan wel toelating tot de gunningsprocedure na de beoordeling van de subjectieve, de economisch-financiële en de technisch-beroepsmatige vereisten, dient te worden ingediend binnen een termijn van dertig dagen nadat de aanbestedende dienst dit besluit op het kopersprofiel van de aanbestedende dienst heeft bekendgemaakt overeenkomstig artikel 29, lid 1, van de codice dei contratti pubblici (wet inzake overheidsopdrachten), die is vastgesteld ter uitvoering van wet nr.11 van 28 januari 2016. Indien geen bezwaar wordt ingediend, kan de afgeleide onrechtmatigheid van latere handelingen van de gunningsprocedures niet worden ingeroepen, ook niet bij wege van incidenteel beroep. Evenmin is toegestaan bezwaar te maken tegen het voorstel tot gunning, voor zover daarvan sprake is, en tegen andere procedurele handelingen die geen onmiddellijk nadeel tot gevolg hebben.”

Artikel 29 van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016:

„Teneinde eventueel bezwaar als bedoeld in artikel 120, lid 2 bis, van de codice del processo amministrativo mogelijk te maken, worden binnen twee dagen na de vaststelling van betrokken handelingen eveneens de besluiten tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure en de besluiten tot toelating bekendgemaakt, na de beoordeling van de stukken waarin wordt verklaard dat er geen sprake is van de uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 80, en dat is voldaan aan de economisch-financiële en technisch-beroepsmatige vereisten. Binnen dezelfde termijn van twee dagen worden aan de gegadigden en de inschrijvers van dit besluit kennisgegeven op de wijze beschreven in artikel 5 bis van decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 codice dell'amministrazione digitale (wetsbesluit nr. 82 van 7 maart 2005 houdende het wetboek digitaal bestuur) of de vergelijkbare regeling in andere lidstaten, met vermelding van het kantoor of met een hyperlink met beperkte toegang naar de plaats waar de betrokken stukken beschikbaar zijn. De in artikel 120, lid 2 bis, bedoelde termijn begint te lopen op het tijdstip waarop de in de tweede volzin vermelde besluiten, met redenen omkleed, feitelijk beschikbaar worden gesteld.”

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Verzoekster heeft bij de Tribunale amministrativa regionale del Piemonte (bestuursrechter in eerste aanleg Piemonte) bezwaar ingediend tegen de gunning van de betrokken thuiszorgdienst, volgens het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving, overeenkomstig artikel 95 van wetsbesluit nr. 50/2016.
- 2 De opdracht werd bij besluit nr. 203 van 19/05/2017 van de directeur van CISS gegund aan Raggruppamento Temporaneo di Imprese C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA (tijdelijk samenwerkingsverband van de ondernemingen C.I.L.T.E./COESA/LA DUA VALADDA; hierna: „RTI”).
- 3 Verzoekster, die als tweede was geëindigd, heeft bezwaar gemaakt tegen de aanbestedingshandelingen en heeft betoogd dat de vennootschappen van de RTI niet aan de deelnemingsvereisten voldeden.
- 4 Het bezwaarschrift werd pas na afloop van de aanbestedingsprocedure en na de gunning ingediend, ondanks dat CISS de deelnemers volgens de voorschriften van artikel 29 van wetsbesluit nr. 50/2016 kennis had gegeven van het besluit tot toelating van de inschrijvers.
- 5 Volgens artikel 120, lid 2 bis, CPA, dat is ingevoerd bij artikel 204 van wetsbesluit nr. 50/2016, moet elk bezwaar tegen toelating en/of uitsluiting worden ingediend binnen de dwingende termijn van 30 dagen na de kennisgeving van het besluit tot toelating tot de aanbesteding (artikel 29 van wetsbesluit nr. 50/2016) (de zogeheten „extra versnelde procedure”).
- 6 Bij tussenvonnis nr. 1129 van 13 november 2017 heeft de verwijzende rechter geoordeeld dat de toepassing van de bovengenoemde regeling tot niet-ontvankelijkheid zou moeten leiden omdat het bezwaar te laat is ingediend, en derhalve in de weg staan aan onderzoek ten gronde van de grieven volgens welke de begunstigde RTI niet aan de deelnemingsvereisten voldoet.
- 7 De verwijzende rechter heeft het geding geschorst, omdat het antwoord op de prejudiciële vragen volgens hem beslissend is voor het nationale geding.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 8 Volgens CISS en RTI had het bezwaarschrift van Cooperativa Valdocco moeten worden ingediend binnen de termijn van 30 dagen na de kennisgeving van het besluit waarbij de inschrijvers tot de aanbesteding werden toegelaten. Het bezwaarschrift is tardief ingediend en daarom niet-ontvankelijk.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzingsbeslissing**

- 9 Op basis van de twee bovenvermelde bepalingen, in onderlinge samenhang gelezen, moet een aan een aanbesteding deelnemende onderneming die bezwaar

wil maken tegen de toelating van een andere deelnemer – door aan te voeren dat deze niet voldoet aan de subjectieve, de economisch-financiële en de technisch-beroepsmatige vereisten, en dat het besluit van de aanbestedende dienst om een inschrijver niet uit te sluiten derhalve onrechtmatig is – haar bezwaarschrift binnen 30 dagen na de bekendmaking van het besluit tot toelating tot de aanbesteding in de zin van artikel 29 van wetsbesluit nr. 50/2016 indienen. Indien geen enkele deelnemende onderneming tijdig aanvoert dat een andere deelnemer had moeten worden uitgesloten, komt vast te staan dat de deelnemers aan de aanbesteding aan de vereisten voldoen, hetgeen een garantie zou moeten zijn voor het correcte verloop van de aanbesteding.

- 10 Bij de vaststelling van deze extra versnelde procedure bedoelde de wetgever de kring van (rechts)personen af te bakenen die tot de aanbesteding worden toegelaten voordat met onderzoek van de offertes wordt begonnen, en dus voordat het gunningsbesluit wordt genomen. Daaruit volgt dat indien de opdracht wordt gegund terwijl een bezwaarprocedure aanhangig is, het gunningsbesluit moet worden aangevochten met een apart bezwaarschrift of op aanvullende gronden (in beide gevallen met verdubbeling van het griffierecht).
- 11 De verwijzende rechter noemt enkele gevallen waarin hij twijfelt aan de geschiktheid van deze extra versnelde procedure. Bijvoorbeeld in het geval waarin bezwaar wordt gemaakt tegen de toelating of niet-uitsluiting van een deelnemer waaraan de opdracht na afloop van de aanbesteding hoe dan ook niet wordt gegund, zou de extra versnelde procedure geen nut hebben. Of in het geval waarin de aanbestedende dienst een fout heeft gemaakt bij de beoordeling van de deelnemingsvereisten en geen van de deelnemers binnen de vastgestelde termijn bezwaar daartegen heeft ingediend, zou de opdracht kunnen worden gegund aan een inschrijver die niet aan de vereisten voldoet.
- 12 Deze extra versnelde procedure wordt in Italië in het algemeen positief beoordeeld, en wordt verondersteld in overeenstemming met de grondwettelijke beginselen te zijn.
- 13 Enerzijds is betoogd dat elke inschrijver een eigen, persoonlijk belang van instrumentele aard heeft dat vooraf moet worden beschermd, los van het algemeen belang bij correctheid en transparantie van de aanbestedingsprocedure.
- 14 Anderzijds wordt het recht van verdediging ter bescherming van de latere, afzonderlijke subjectieve positie indien de opdracht wordt gegund, daardoor niet beperkt, aangezien binnen de termijn van artikel 120, lid 2 bis, CPA tegen onrechtmatigheden in de toelatingsfase kan worden opgetreden.
- 15 De verwijzende rechter heeft ook twijfels over het Unierecht.
- 16 Zoals met name uit artikel 1 van richtlijn 89/665/EEG blijkt, moet de rechtsvordering immers, op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming, voldoen aan een actueel en concreet belang van de verzoeker,

die handelt ter bescherming van zijn belang bij de gunning van de opdracht in de aanbesteding waaraan hij heeft deelgenomen.

- 17 De extra versnelde procedure biedt evenwel een objectief soort bescherming, waarbij de vordering niet wordt gekenmerkt door een actueel belang van de verzoeker en een concrete aantasting van zijn subjectieve rechtspositie; een inschrijver is namelijk verplicht om bezwaar te maken tegen de toelating van alle inschrijvers op de aanbesteding, zonder te weten aan wie de opdracht zal worden gegund en zonder te weten of hij hoog genoeg op de ranglijst zal komen om voor de opdracht in aanmerking te komen en/of de gunning daarvan te betwisten..
- 18 Dit lijkt in strijd met het doeltreffendheidsbeginsel. Daarnaast moet in herinnering worden gebracht dat de rechterlijke bescherming slechts kan (en moet) bestaan wanneer er een recht of een rechtmatig belang is geschonden, en dat er een concreet en actueel belang bij een uitspraak van de rechterlijke autoriteit moet zijn.
- 19 Bovendien maakt het systeem van de extra versnelde procedure toegang tot de bestuursrechter buitensporig moeilijk, onder andere omdat het, teneinde te voorkomen dat het cumulatieve bezwaar niet-ontvankelijk wordt verklaard, dwingt om bezwaar in te dienen tegen het besluit tot toelating van alle andere deelnemers (elk toelatingsbesluit kan zijn eigen, individuele gebreken hebben, zodat elke bezwaarprocedure objectief en subjectief anders is). Er moeten derhalve even veel bezwaarschriften worden ingediend als er inschrijvers zijn toegelaten, en voor elke bezwaarprocedure moet dus griffierecht worden betaald.
- 20 Ook zij eraan herinnerd dat de administratieve documenten van de inschrijvers niet vóór de gunning kunnen worden bekendgemaakt, zodat een deelnemer die bezwaar wil indienen dat doet zonder kennis van de aanbestedingsstukken van de andere deelnemers, dan wel verdere procedures moet inleiden om het recht op toegang tot de vereiste documentatie te laten vaststellen.
- 21 Daar komt nog bij dat het feit dat een ondernemer in de aanbestedingen meerdere bezwaarprocedures heeft ingesteld volgens artikel 83 van de codice dei contratti pubblici een (negatief) beoordelingselement is. Ook dit aspect kan bescherming vooraf afzwakken en invloed hebben op de mogelijkheden tot verdediging.
- 22 Volgens de verwijzende rechter is er mogelijk ook sprake van schending van het evenredigheidsbeginsel, dat integraal deel uitmaakt van de algemene beginselen van het Unierecht en volgens welke de nationale wetgeving niet buiten de grenzen mag treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die elke staat nastreeft.
- 23 De betrokken nationale regeling genereert meerdere risico's: het risico dat er in de fase van de toelating van de ondernemingen een grote hoeveelheid bezwaarschriften wordt ingediend, en dat aanbestedingsprocedures daardoor worden lamgelegd; het risico dat van bezwaar wordt afgezien wegens de hoge proceskosten, waardoor afbreuk wordt gedaan aan het recht van verdediging; het

risico dat aan de begunstigde het rechtsmiddel incidenteel beroep wordt ontnomen, dat kan worden ingezet tegen (rechts)personen die de gunning aanvechten zonder dat zij zelf aan de toelatingseisen van de aanbesteding voldoen, aangezien bezwaar tegen de aanbestedingsstukken in de beginfase van de aanbesteding moet worden ingediend; het risico dat door het uitsluitingsmechanisme van de extra versnelde procedure gunningen aan (rechts)personen die niet aan de deelnemingsvereisten voldoen onaantastbaar worden, terwijl deze vereisten juist zouden moeten waarborgen dat de contractuele prestaties correct worden uitgevoerd.

- 24 Gelet op het bovenstaande kan er volgens de verwijzende rechter sprake zijn van strijd met de noodzaak die aan de volledige Europese regeling op het gebied van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, dat wil zeggen, de noodzaak te garanderen dat overheidsopdrachten worden gegund aan de meest geschikte (rechts)persoon. De vergelijking van concurrenten is dienstig aan deze noodzaak en die komt onvermijdelijk in het gedrang indien op grond van een mechanisme van zuiver procedurele aard (de extra versnelde procedure) wordt toegestaan dat de gunning die is verleend aan een deelnemer die niet aan de deelnemingsvereisten van de aanbesteding voldoet, in stand wordt gehouden.