



Datum van inontvangstneming : 14/03/2018

Zaak C-63/18

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:

1^ofebruari 2018

Verwijzende rechter:

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(bestuursrechter in eerste aanleg Lombardije, Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

13 december 2017

Verzoekende partij:

■■■■ SpA

Verwerende partij:

Autostrade per l'Italia SpA

Voorwerp van het hoofdgeding

De verzoekende partij vordert nietigverklaring van de notulen (nr. 2) van de vergadering van 24 mei 2017 betreffende de aanbesteding, op grond waarvan zij vanwege overschrijding van de voor onderaanneming gestelde limiet van 30 % is uitgesloten van een niet-openbare procedure in de zin van artikel 61 van wetsbesluit nr. 50/2016 voor de aanbesteding van uitbreidingswerkzaamheden aan een autosnelweg. Zij verzoekt eveneens om nietigverklaring van andere, daarmee samenhangende besluiten en om veroordeling van de verwerende overheidsdienst tot vergoeding van de schade.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzingsbeslissing

Verenigbaarheid van de nationale wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten zoals vervat in artikel 105, lid 2, van wetsbesluit nr. 50 van 8 april 2016 met

artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU, de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU en het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel

Prejudiciële vraag

Staan de beginselen van vrije vestiging en van vrije dienstverrichting zoals bedoeld in de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), artikel 71 van richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 – dat niet voorziet in kwantitatieve beperkingen voor onderaanneming – en het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel in de weg aan de toepassing van een nationale regeling inzake overheidsopdrachten zoals de Italiaanse regeling van artikel 105, lid 2, derde volzin, van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016, waarin bepaald is dat taken die in onderaanneming worden gegeven samen ten hoogste 30 % van de totale waarde van de opdracht voor werken, diensten of leveringen mogen uitmaken?

Aangevoerde Unierechtelijke bepalingen

Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie: artikelen 49 en 56

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: artikel 71

Arrest van 5 april 2017 (Borta UAB, C-298/15)

Arrest van 14 juli 2016 (Wrocław, C-406/14)

Aangevoerde nationale bepalingen

Wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016: artikel 61; artikel 105, leden 2 en 5; artikel 89, lid 11

Wet nr. 55 van 19 maart 1990, „Nieuwe bepalingen ter preventie van maffiacriminaliteit en andere ernstige vormen van maatschappijondermijnende activiteiten”: artikel 18

Arrest nr. 218 van de Corte Costituzionale (grondwettelijk hof) van 5 mei 1993

Advies nr. 855 van de speciale commissie van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter) van 1 april 2016 betreffende het ontwerp van het wetsbesluit houdende het „wetboek van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten”

Advies nr. 782 van de speciale commissie van de Consiglio di Stato van 30 maart 2017 betreffende „bepalingen ter aanvulling en correctie van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016”

Korte uiteenzetting van de feiten en van het verloop van de procedure

- 1 Bij een aankondiging van aanbesteding die is gepubliceerd in de *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* (Publicatieblad van de Italiaanse republiek), bijzondere serie V nr. 93 van 12 augustus 2016, en in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, nr. S 153 van 10 augustus 2016, heeft de naamloze vennootschap Autostrade per l'Italia S.p.A. overeenkomstig artikel 61 van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 een niet-openbare aanbesteding uitgeschreven voor de uitvoering van werkzaamheden ter uitbreiding van autosnelweg A8 met een vijfde baan van tolstation Milano Nord tot aan de verbindingsweg met Lainate, voor een basisaanbestedingsbedrag van 85 211 216,84 EUR, exclusief btw.
- 2 De naamloze vennootschap █████ S.p.A., die van de aanbesteding was uitgesloten vanwege overschrijding van het percentage van 30 % dat als limiet voor onderaanneming is vastgesteld in artikel 105, lid 2, van wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 (hierna: „wetsbesluit nr. 50/2016”), heeft beroep ingesteld tegen deze uitsluiting bij de Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (bestuursrechter in eerste aanleg Lombardije, Italië; hierna: „TAR Lombardia”).
- 3 Bij deelbeslissing nr. 28 van 5 januari 2018 heeft de TAR Lombardia alle door █████ S.p.A. aangevoerde grieven afgewezen, behalve die waarmee zij betoogt dat de limiet die in de bovengenoemde nationale bepaling wordt gesteld aan de omvang van de onderaanneming niet in overeenstemming is met het Unierecht, aangezien dat niet voorziet in een kwantitatieve beperking voor onderaanneming.

Gelet op deze laatste grief, die doorslaggevend is voor de beslechting van het geschil, heeft de TAR Lombardia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 4 De verzoekende partij voert aan dat het Unierecht geen enkele limiet stelt aan de omvang van onderaanneming en dus in de weg staat aan de nationale bepaling op grond waarvan het aandeel van onderaanneming ten hoogste 30 % van de totale waarde van de opdracht voor werken mag bedragen.

Uiteenzetting van het nationale rechtskader door de verwijzende rechter

- 5 De limiet van 30 % op onderaanneming is vervat in artikel 105, lid 2, derde volzin, van wetsbesluit nr. 50/2016, uit hoofde waarvan „behoudens het bepaalde in lid 5, taken die in onderaanneming worden gegeven samen ten hoogste 30 % van de totale waarde van de opdracht voor werken, diensten of leveringen mogen uitmaken”, alsook in artikel 105, lid 5, dat bepaalt dat „voor de werken genoemd in artikel 89, lid 11, en onverminderd de in dat lid vastgelegde limieten, eventuele onderaannemingscontracten niet méér dan 30 % van de waarde van de werken mogen vertegenwoordigen en niet zonder objectieve redenen mogen worden

onderverdeeld”. Het gaat hierbij dan om werken „waarvoor, technologisch of technisch gesproken, zeer complexe werkzaamheden en componenten nodig zijn, zoals bijzondere constructies, installaties en werken”.

- 6 Beperkingen op de omvang van onderaanneming zijn in het Italiaanse recht voor het eerst ingevoerd bij artikel 18 van wet nr. 55 van 19 maart 1990, in het kader van een zeer stringente regeling waarmee – naar de Corte Costituzionale oordeelde in zijn arrest van 5 mei 1993 – onder andere bescherming beoogd werd van de openbare orde en veiligheid, met het doel om het hoofd te bieden aan een ernstige noodsituatie, waarbij belangen en behoeften van de gehele Italiaanse maatschappij, verband houdend met belangrijke grondwettelijke waarden, betrokken waren. De gestrengheid van die regeling werd gerechtvaardigd door het besef dat onderaanneming, vooral wanneer die beperkt is tot de uitvoerende fase van de opdracht en ontsnapt aan elke bestuurlijke controle, in het criminele milieu op frauduleuze wijze gebruikt kan worden om de aanbestedingsregels te ontwijken en om zo ten onrechte overheidsopdrachten te verkrijgen.
- 7 Het bepaalde in artikel 18 van wet nr. 55/1990 is vervolgens overgenomen in diverse latere wetten en uiteindelijk ook in artikel 105 van wetsbesluit nr. 50/2016.
- 8 De Consiglio di Stato heeft in zijn hoedanigheid van adviesorgaan bij twee gelegenheden advies uitgebracht over deze bepaling. In het eerste advies, nr. 855 van 1 april 2016, werd overwogen dat de nationale wetgever strengere limieten mag stellen aan onderaanneming dan die waarin de Europese richtlijnen voorzien wanneer die gerechtvaardigd zijn om redenen van openbare orde, vrijwaring van de transparantie en bescherming van de arbeidsmarkt, en niet neerkomen op een ongerechtvaardigde belemmering van de mededinging. Dergelijke strenge limieten zijn bovendien gerechtvaardigd met het oog op de bescherming van belangen en waarden zoals neergelegd in de grondwet of in artikel 36 VWEU.
- 9 In het tweede advies, nr. 782 van 30 maart 2017, heeft de Consiglio di Stato onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: „Hof”) over de eerder toepasselijke richtlijn 2004/18, inhoudende dat het Unierecht aan de lidstaten niet de mogelijkheid geeft om limieten te stellen aan onderaanneming, overwogen dat de nieuwe richtlijn 2014/24 aan de lidstaten wél de mogelijkheid biedt om een meer restrictieve regeling voor onderaanneming voor te schrijven. De Consiglio di Stato erkent weliswaar dat ook de nieuwe richtlijnen niet expliciet de mogelijkheid vermelden om limieten te stellen aan de omvang van onderaanneming, maar overweegt tegelijk dat deze laatste meer gericht zijn op transparantie en bescherming van arbeid, en bedoeld zijn om de middelgrote, kleine en micro-ondernemingen te beschermen. Hieruit volgt dat de limieten die door het nationale recht aan de omvang van onderaanneming worden gesteld niet in strijd zijn met het Unierecht. Zoals in bovengenoemd advies staat, „moeten deze [...] beoordeeld worden, en kunnen zij gerechtvaardigd zijn, enerzijds in het licht van de beginselen van maatschappelijke aanvaardbaarheid die ten grondslag liggen aan die richtlijnen en anderzijds in het licht van de hogere waarden die zijn

neergelegd in artikel 36 VWEU, waaronder uitdrukkelijk de openbare orde en veiligheid, die een grondslag kunnen vormen voor beperkingen op de vrije mededinging en de markt”.

10 Met betrekking tot de rechtspraak van het Hof refereert de verwijzende rechter aan het arrest Borta UAB, waarin het Hof geoordeeld heeft dat „de artikelen 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling van een nationale wettelijke regeling als artikel 24, lid 5, van de Lietuvos Respublikos viešuju pirkimu istatymas (Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten), waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd”. De verwijzende rechter citeert bovendien de vaststellingen van het Hof in de punten 47 tot 50 van datzelfde arrest:

- „de artikelen 49 en 56 VWEU staan in de weg aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken [...]”;
- „het is in het belang van de Unie dat overheidsopdrachten [...] voor een zo ruim mogelijke mededinging worden opengesteld” en „het beroep op onderaanneming, dat de toegang van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf tot overheidsopdrachten kan bevorderen, draagt bij tot de verwezenlijking van deze doelstelling”;
- „een nationale bepaling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten kan de deelname van in andere lidstaten gevestigde ondernemers aan de procedure voor het plaatsen of aan de uitvoering van een overheidsopdracht als aan de orde in het hoofdgeding [...] echter onmogelijk maken, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, omdat zij het deze ondernemers onmogelijk maakt alle of een deel van de werken die de aanbestedende dienst heeft aangemerkt als het hoofdgedeelte van de werken in onderaanneming te geven, dan wel voor dit deel van de werken hun diensten aan te bieden als onderaannemers”. Een dergelijke bepaling „beperkt derhalve de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting”.

11 De verwijzende rechter verwijst bovendien naar het arrest Wrocław waarin het Hof heeft geoordeeld dat „richtlijn 2004/18/EG [...] aldus moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het bestek van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken niet kan bedingen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, een bepaald percentage van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uitvoert”. In de punten 33 tot en met 36 van dat arrest heeft het Hof uiteengezet dat:

- „in artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, waarin is voorzien in de mogelijkheid voor inschrijvers om aan te tonen dat zij voldoen aan de minimumeisen inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid die de aanbestedende dienst heeft gesteld door zich te beroepen op de draagkracht van andere lichamen, voor zover zij aantonen dat zij daadwerkelijk kunnen beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen die zij niet zelf bezitten, mocht deze aan hen worden gegund, [...] voor inschrijvers de mogelijkheid [is] neergelegd om zich voor de uitvoering van een opdracht te beroepen op onderaanneming, en wel – in beginsel – zonder beperking”;
- „indien de stukken van de opdracht inschrijvers overeenkomstig artikel 25, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 verplichten in hun offertes aan te geven welk deel van de opdracht zij voornemens zijn in onderaanneming te geven en welke onderaannemers zij voorstellen, [...] de aanbestedende dienst niettemin het recht [heeft] voor de uitvoering van wezenlijke onderdelen van de opdracht te verbieden dat een beroep wordt gedaan op onderaannemers wier capaciteiten hij bij het onderzoek van de offertes en de selectie van de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, niet heeft kunnen nagaan (zie in die zin arrest van 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punt 45)”;
- een beding „dat het beroep op onderaannemers op abstracte wijze beperkt tot een bepaald percentage van de opdracht, en dit ongeacht de mogelijkheid de capaciteiten van de eventuele onderaannemers na te gaan en zonder vermelding van de wezenlijke aard van de betrokken taken” „onverenigbaar [is] met richtlijn 2004/18”;
- „een dergelijk beding, gesteld dat het een voorwaarde vormt waaronder de opdracht wordt uitgevoerd in de zin van artikel 26 van richtlijn 2004/18, [...] niet toelaatbaar [is] uit hoofde van dat artikel op grond van de bewoordingen daarvan: het is immers strijdig met artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, en dus met het recht van de Unie”.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 12 Vergelijking tussen de hierboven aangehaalde nationale bepalingen op het vlak van onderaanneming en het recht van de Europese Unie, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof, roept bij de verwijzende rechter twijfels op aangaande de verenigbaarheid van artikel 105, lid 2, derde volzin, van wetsbesluit nr. 50/2016 met de beginselen en de regels zoals die volgen uit de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU en uit artikel 71 van richtlijn 2014/24.
- 13 Een algemene beperking van onderaanneming tot 30 % van het totaalbedrag van de opdracht, voor zowel opdrachten voor werken als opdrachten voor diensten en leveringen, waardoor het ondernemingen onmogelijk wordt gemaakt een groot deel (70 %) van de werken aan derden in onderaanneming te geven, kan toegang



van, in het bijzonder, kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten moeilijker maken, en belemmert zo de uitoefening van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting. Bovendien wordt de aanbestedende diensten de kans ontnomen om een groter aantal en meer gediversifieerde offertes te ontvangen. Een dergelijke limiet, waarin artikel 71 van richtlijn 2014/24 niet voorziet, perkt de mogelijkheid in om gebruik te maken van onderaanneming voor een gedeelte van de opdracht, dat op abstracte wijze is vastgesteld op een bepaald percentage, en wel ongeacht de mogelijkheid om de capaciteiten van eventuele onderaannemers te verifiëren en zonder vermelding van de wezenlijke aard van de taken waarom het gaat, hetgeen in strijd is met de doelstellingen van openstelling voor mededinging en bevordering van de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten.

- 14 In bovengenoemd advies nr. 782/2017 heeft de Consiglio di Stato vastgesteld dat de beperkingen op de omvang van onderaanneming beoordeeld moeten worden en gerechtvaardigd kunnen zijn in het licht van de beginselen van maatschappelijke aanvaardbaarheid waarop de richtlijnen zijn gebaseerd en de in artikel 36 VWEU neergelegde waarden, waaronder de openbare orde en veiligheid, die een grondslag kunnen vormen voor beperkingen van de vrije mededinging en van de markt. In die optiek zou de doelstelling om de integriteit van overheidsopdrachten te waarborgen en om criminele infiltraties te voorkomen een beperking van de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten kunnen rechtvaardigen.
- 15 Er moet evenwel in aanmerking worden genomen dat volgens de rechtspraak van het Hof een beperking van de vrijheid van vestiging en van de vrijheid van dienstverrichting „gerechtvaardigd [kan] zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen dat zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken [arrest van 5 april 2017, C-298/15, reeds aangehaald, punt 51]”.
- 16 In het licht van het belang dat het Hof hecht aan het vereiste dat de betrokken beperkende maatregel evenredig is, twijfelt de verwijzende rechter eraan of de kwantitatieve limiet die in artikel 105, lid 2, van wetsbesluit nr. 50/2016 gesteld wordt, als gerechtvaardigd kan worden beschouwd, rekening houdend met de ontwikkeling die de regeling van de onderaanneming zowel binnen de Unie als op nationaal niveau heeft gekend.
- 17 In dit verband moet namelijk duidelijk naar voren worden gebracht dat artikel 71 van richtlijn 2014/24 en artikel 105 van wetsbesluit nr. 50/2016 voorzien in een reeks verplichtingen op het gebied van informatieverstrekking alsook in procedurele verplichtingen, waardoor de onderaannemer thans geacht kan worden dezelfde controles te ondergaan als de onderneming waaraan de opdracht gegund is. Met name wordt het de aanbestedende dienst mogelijk gemaakt om zich van tevoren op de hoogte te stellen van de gedeeltes van de opdracht waarvan het de bedoeling is dat zij in onderaanneming worden gegeven en van de identiteit van

de voorgestelde onderaannemers, en om na te gaan of de onderaannemer over de nodige kwalificaties beschikt, er geen uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn, hij in orde is met de betaling van zijn socialezekerheidspremies en voldoet aan de veiligheidseisen.

- 18 In het beschreven wettelijk kader lijkt de drastische maatregel waarbij de omvang van onderaanneming wordt beperkt tot 30 % van het totaalbedrag van de opdracht, echter niet het meest efficiënte en nuttige instrument om het doel te bereiken, de integriteit van de markt voor overheidsopdrachten te waarborgen (zonder dat het „verder gaat dan daartoe nodig is”). Dit doel lijkt al op adequate wijze te worden bereikt door middel van de nieuwe regels die het mogelijk maken (mits correct toegepast) om diepgaandere onderzoeken en controles uit te voeren dan in het verleden, die erop gericht zijn te waarborgen dat voor onderaanneming in transparante omstandigheden een beroep wordt gedaan op capabele en geschikte ondernemingen.
- 19 De verwijzende rechter herinnert ten slotte nog aan de doelstellingen die de nationale wetgever nastreefde met de regel die het gebruik van onderaanneming beperkt, namelijk het ontmoedigen van criminaliteit en corruptie, en teruggevoerd kan worden op de waarden die zijn verankerd in artikel 36 VWEU, waaronder uitdrukkelijk de openbare orde en veiligheid, die een grondslag kunnen vormen voor beperkingen van de vrije mededinging en van de markt. De verwijzende rechter wijst erop dat de nationale bepalingen al voorzien in een reeks taken die aan de prefecten zijn opgedragen met het expliciete doel te voorkomen dat ondernemingen die ervan verdacht worden banden te onderhouden met de maffia of anderszins in verband worden gebracht met belangen die terug te voeren zijn op de belangrijkste criminele organisaties die in Italië opereren, toegang hebben tot openbare aanbestedingen. Volgens de verwijzende rechter kan ook dit aspect van belang zijn voor de beoordeling of het evenredigheidsbeginsel wel geëerbiedigd is, voor zover de bepaling tot beperking van onderaanneming verdere limieten introduceert en derhalve de gevolgen van de beperkingen die aan de markt worden opgelegd, verzwaart omdat zij, als neveneffect, ook ondernemingen treft die geen enkele band met een criminele organisatie hebben en waarvoor er geen enkele reden is deze te straffen op grond van de regel waarvan betwijfeld wordt of hij verenigbaar is met het Unierecht.
- 20 De verwijzende rechter is van oordeel dat beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag bepalend is voor de beslissing in het hoofdgeding. Wanneer namelijk geoordeeld zou worden dat het Unierecht geen beperkingen toestaat op de omvang van onderaanneming, zoals die welke is opgenomen in artikel 105, lid 2, derde volzin, van wetsbesluit nr. 50/2016, moet het geschil beslecht worden met een uitspraak waarbij het beroep wordt toegewezen, met de daaruit voortvloeiende nietigverklaring van het besluit waarbij de verzoekende partij is uitgesloten van de aanbesteding. Wanneer daarentegen de uitlegging aldus is dat het Unierecht niet in de weg staat aan toepassing van de bepaling in kwestie, moet het geding beslecht worden met een uitspraak waarbij het beroep wordt verworpen.



Verzoek om behandeling volgens de versnelde procedure

- 21 De verwijzende rechter verzoekt om behandeling volgens de versnelde procedure overeenkomstig artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering op grond dat 1) de vraag die aan het Hof wordt voorgelegd een principiële karakter heeft omdat de regel die onderaanneming beperkt algemeen wordt toegepast; 2) het lot van de betrokken aanbestedingsprocedure in essentie in handen is van het Hof, nu de verwijzende rechter al beslist heeft op elk ander onderdeel van het beroep, en 3) de opdracht de uitvoering betreft van spoedeisende werken die geen vertraging of uitstel dulden, en waarmee een aanmerkelijk bedrag gemoeid is.