



Datum van inontvangstneming : 21/03/2018

**Zaak C-101/18**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

12 februari 2018

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

11 januari 2018

**Verzoekende partij:**

■■■■■

**Verwerende partij:**

Arcadis - Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo

---

**ITALIAANSE REPUBLIEK**

**Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië)**

[OMISSIS]

heeft de navolgende

**BESLISSING**

genomen op het beroep [OMISSIS] ingesteld door:

■■■■■ namens zichzelf en als gevolmachtigde van de tijdelijke combinatie van ondernemingen met ■■■■■ Cooprogetti Soc. Coop., en ■■■■■ ■■■■■ [OMISSIS]

*tegen*

Arcadis - Agenzia Regionale Campana Difesa Suolo, [OMISSIS]

*en tegen*

Regione Campania, niet verschenen;

*tot herziening*

van uitspraak nr. 2428/2015 van de T.A.R. [Tribunale amministrativo regionale (regionale bestuursrechter)] Campania, Napels, eerste kamer, tussen partijen geweest, betreffende het plaatsen van een opdracht voor de directievoering, uitvoering van metingen, boekhouding, assistentie bij de oplevering alsmede de coördinatie op het terrein van de veiligheid [Or.2] en gezondheid tijdens de uitvoering van het project „La Bandiera Blu” in het kustgebied Domitio;

Gelet op het hoger beroep [OMISSIS];

[OMISSIS] [*procedure, standaardformules*]

aangezien de T.A.R. per la Campania, eerste kamer, bij uitspraak nr. 2428 van 29 april 2015 het beroep heeft afgewezen dat door verzoekster was ingesteld strekkende tot nietigverklaring van de uitsluiting van de tijdelijke combinatie van beroepsbeoefenaars van de door Arcadas - Agenzia Regionale Campania Difeso del Suolo (regionaal agentschap van Campania voor bodembescherming) – uitgeschreven en uitgevoerde procedure voor het plaatsen van een opdracht voor directievoering, assistentie bij de oplevering en andere daarmee samenhangende verrichtingen betreffende de uitvoering van het werk van het projectonderdeel aangeduid als „functioneel perceel 1, gemeenten Sessa Aurunca, Francolise, Cellole, Carinola van het grote project „bandiera blu” in het kustgebied Domitio;

aangezien de T.A.R. bij zijn beslissing kort samengevat is uitgegaan van het volgende:

als motivering voor de beslissing tot uitsluiting is gegeven dat een van de volmachtgevers niet voldoet aan de algemene eisen zoals die gesteld worden in artikel 38, lid 1, onder a), van decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 163 van 2006, omdat de vennootschap TEI, volmachtgever van de combinatie waaraan de opdracht voorlopig is gegund, na haar verzoek om aan de aanbesteding te mogen deelnemen, bij de rechtbank Milaan vanwege financiële moeilijkheden van de onderneming een verzoek om toelating tot het sluiten van een preventief akkoord heeft ingediend, waarbij zij het voorbehoud heeft gemaakt om overeenkomstig artikel 161, lid 6, van de faillissementswet het ontwerp van akkoord met voortzetting van de bedrijfsactiviteit zoals bedoeld in artikel 186 bis van de faillissementswet bij de rechtbank neder te leggen;

[Or.3]

overwegende dat er door de aanbestedende dienst in het bestreden besluit geoordeeld is dat de toelating tot het sluiten van een preventief akkoord in de weg staat aan deelname aan aanbestedingen, die bij wijze van uitzondering alleen is toegestaan aan ondernemingen die op grond van artikel 186 bis van de



faillissementswet toelating tot het sluiten van een preventief akkoord „met voortzetting van de bedrijfsactiviteit” hebben gekregen;

overwegende dat verzoekster daarentegen had aangevoerd dat ook het akkoord „onder voorbehoud” zoals bedoeld in lid 6 van artikel 161 deelname aan openbare aanbestedingsprocedures mogelijk maakt, omdat het om een voorfase gaat die hetzij kan uitmonden in een procedure van akkoord tot liquidatie hetzij in een akkoord met voortzetting van de bedrijfsactiviteit; de rechtbank Milaan heeft namelijk aan de betrokken vennootschap toestemming verleend om aan alle aanbestedingsprocedures deel te nemen waarvoor op grond van artikel 186 bis, lid 4, van de faillissementswet toestemming is gevraagd en heeft ook de verlenging van het contract met een publieke organisatie toegestaan in het licht van evidente procedurele efficiëntie;

in aanmerking nemende dat door de T.A.R. de lijn van de rechtspraak van de Consiglio di Stato [OMISSIS] wordt aangehouden die inhoudt dat overeenkomstig artikel 38 van wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006, zoals gewijzigd bij decreto legge (wetgevend besluit) nr. 83 van 22 juni 2012, deelname aan aanbestedingen van overheidsopdrachten verboden is voor alle rechtssubjecten die in staat van faillissement, gedwongen liquidatie of preventief akkoord verkeren, met uitzondering van het zogeheten „akkoord met voortzetting van de bedrijfsactiviteit” als bedoeld in artikel 186 bis van de faillissementswet, goedgekeurd bij koninklijk besluit nr. 267 van 16 maart 1942, ingevoerd bij artikel 33 van wetgevend besluit nr. 83 van 22 juni 2012, en omgezet in wet nr. 134 van 7 augustus 2012, waarvan sprake is wanneer in het ontwerp van het akkoord ex artikel 161, lid 2, onder e), van de faillissementswet, uitdrukkelijk is opgenomen dat de schuldenaar de bedrijfsactiviteiten voortzet, zoals ook is uitgesproken door de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (toezichthoudende autoriteit voor overheidsopdrachten) bij besluit nr. 3 van 23 april 2014, waarin deze heeft uitgesloten dat het zogeheten verzoek tot een akkoord „onder voorbehoud” deelname aan aanbestedingen van overheidsopdrachten mogelijk maakt, omdat daaraan het essentiële element van het voorleggen van een ontwerp van akkoord met continuïteit van de bedrijfsvoering ontbreekt;

in aanmerking nemende dat het zogeheten akkoord „onder voorbehoud” immers beide [Or.4] mogelijkheden openlaat; de liquidatie van de onderneming is evenzeer mogelijk als de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten;

aangezien in dit geval de rechtbank Milaan de onderneming waarvoor de procedure tot toelating tot het sluiten van een preventief akkoord nog aanhangig was, geen toestemming had verleend om deel te nemen aan de in geschil zijnde aanbesteding op het moment dat door de aanbestedende dienst werd geverifieerd of de tijdelijke combinatie waaraan de opdracht voorlopig gegund was, aan de gestelde eisen voldeed;

overwegende dat bovengenoemde goedkeuring eerst op 19 maart 2015 werd verleend, terwijl de toelating tot het sluiten van een preventief akkoord met voortzetting van de bedrijfsactiviteit op 5 februari 2015 bij beschikking van de rechtbank Milaan, tweede kamer voor burgerlijke zaken, werd verleend, welke beide data gelegen zijn na het nemen van het bestreden besluit;

in aanmerking nemende dat de latere handelingen geen invloed kunnen hebben op de beoordeling van de rechtmatigheid van het bestreden besluit aangezien het bij de gunning van een opdracht niet van belang is dat er, nadat een besluit tot uitsluiting is genomen, voldaan wordt aan een vereiste voor deelname aan de selectieprocedure, omdat de regels van gelijke voorwaarden van elke selectieprocedure zich daartegen verzetten, gegeven het feit dat aan de eisen voor deelname bij aanbestedingen van overheidsopdrachten gedurende de gehele selectieperiode tot aan de definitieve gunning moet worden voldaan; daarom is het niet toegestaan om, wanneer zich in de fase waarin gecontroleerd wordt of aan de eisen wordt voldaan, een reden voor uitsluiting blijkt te hebben voorgedaan, het gebrek met terugwerkende kracht te repareren, omdat een dergelijke handelwijze het afsluiten van de procedure voor onbepaalde tijd kan belemmeren, aangezien het in theorie mogelijk wordt voor elke concurrent om alsnog aan een eis te voldoen waaraan hij eerder tijdens de procedure niet voldeed;

aangezien derhalve vanwege ongegrondheid van de aangevoerde grieven het beroep moet worden verworpen en tegelijkertijd het daarmee samenhangende verzoek om schadevergoeding moet worden afgewezen;

**[Or.5]**

gelet op het hoger beroep dat bij de Consiglio di Stato werd ingesteld door ■■■■■ als gevolmachtigd hoofd van de tijdelijke combinatie met ■■■■■ steeds als volmachtgever;

aangezien de oorspronkelijke verzoekende partij in het hoofdgeding, ■■■■■ toelating tot het sluiten van een preventief akkoord heeft verkregen, waardoor zij niet langer voldoet aan het algemene vereiste van artikel 38, lid 1, onder a), van wetsbesluit nr. 163/2006, dat bepaalt dat ondernemers die in staat van faillissement verkeren of ten aanzien van wie een andere insolventieprocedure (zoals een preventief akkoord) is ingeleid, van aanbestedingen zijn uitgesloten, wegens de vanzelfsprekende noodzaak de economische betrouwbaarheid te garanderen van degene die de overheidsopdracht moet uitvoeren;

aangezien artikel 38, lid 1, onder a), van wetsbesluit nr. 163/2006 namelijk bepaalt dat van de aanbestedingsprocedures worden uitgesloten deelnemers die „in staat van faillissement, gedwongen liquidatie of preventief akkoord verkeren, met uitzondering van het geval als bedoeld in artikel 186-bis van koninklijk besluit nr. 267 van 16 maart 1942, of ten aanzien waarvan een van deze insolventieprocedures aanhangig is”;



aangezien derhalve is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van voornoemd artikel 38, lid 1, onder a), van wetsbesluit nr. 163/2006, dat eveneens verwijst naar aanhangige procedures en tevens betrekking heeft (volgens de ratio van de bepaling) op „aan de sluiting en de latere homologatie van een verzoek tot sluiting van een preventief akkoord voorafgaande handelingen”, omdat deze bepaling klaarblijkelijk bedoeld is om ondernemingen uit te sluiten die, aangezien zij duidelijk in financiële moeilijkheden verkeren (hetgeen in het specifieke geval is vastgesteld in een authentieke akte), niet langer als betrouwbare contractspartij van overheidsdiensten kunnen optreden;

aangezien artikel 38 van wetsbesluit nr. 163/2006 (zoals gewijzigd bij wetgevend besluit nr. 83/2012) volgens de nationale bestuursrechtspraak (zie laatstelijk Consiglio di Stato, vierde kamer, 3 juli 2014, nr. 3344) deelname aan overheidsaanbestedingen uitsluit voor alle rechtssubjecten die in staat van faillissement, gedwongen liquidatie, of preventief akkoord verkeren, waarbij uitsluitend een uitdrukkelijke uitzondering wordt gemaakt voor het zogeheten „akkoord met voortzetting van de bedrijfsactiviteit” („concordato in continuità aziendale”) als bedoeld in artikel 186-bis van koninklijk besluit nr. 267/1942 (faillissementswet) (ingevoerd bij artikel 33 van wetgevend besluit nr. 83 van 22 juni 2012, en **[Or.6]** omgezet in wet nr. 134 van 7 augustus 2012), waarvan sprake is wanneer in het in artikel 161, lid 2, onder e), van de faillissementswet bedoelde voorwerp van akkoord uitdrukkelijk is bepaald dat de schuldenaar de bedrijfsactiviteit voortzet [OMISSIS] [*andere gevallen*];

aangezien volgens de regelgeving deelname aan de procedures tot plaatsing van overheidsopdrachten niet alleen mogelijk is voor de ondernemingen die al toelating tot het sluiten van een preventief akkoord met „voortzetting van de bedrijfsactiviteit” verkregen en die reeds een beslissing tot toelating hebben gekregen, maar ook voor ondernemingen die een verzoek om toelating tot het sluiten van een preventief akkoord hebben ingediend, na voorafgaande toestemming van de rechtbank.;

aangezien bovendien in de tijd gelegen tussen het indienen van het verzoek en de toelating tot het sluiten van een akkoord de onderneming die een verzoek om toelating tot het sluiten van een preventief akkoord „met voortzetting van de bedrijfsactiviteit” heeft ingediend dus de mogelijkheid behoudt om deel te nemen aan de aanbestedingen van overheidsopdrachten (zie Consiglio di Stato, vijfde kamer, nr. 6272, 27 december 2013);

aangezien immers het akkoord met „voortzetting van de bedrijfsactiviteit” of „sanering” dat gericht is op herstel van winstgevendheid van de onderneming, uit teleologisch en systematisch oogpunt dus een type akkoord is dat wezenlijk verschilt van het zogeheten akkoord ter „liquidatie” waarvan de doelstelling strikt beperkt is tot een zo groot mogelijke voldoening van de schuldeisers;

aangezien dus de bepaling deelname aan openbare aanbestedingsprocedures niet alleen toestaat aan de ondernemingen die reeds zijn toegelaten tot het sluiten van

een akkoord „met voortzetting van de bedrijfsactiviteit” en die reeds een beslissing tot toelating hebben gekregen, maar ook aan ondernemingen die een verzoek om toelating tot het sluiten van een preventief akkoord hebben ingediend, na voorafgaande toestemming van de rechtbank, maar alleen wanneer er sprake is van het genoemde geval van „sursance met voortzetting van de bedrijfsactiviteit;

aangezien er in casu geen sprake is van een „akkoord met voortzetting van de bedrijfsactiviteit”, maar van een zogeheten „akkoord onder voorbehoud” („concordato in bianco”), dat wil zeggen, een preventief akkoord **[Or.7]** met een voorbehoud in de zin van artikel 161, lid 6, van koninklijk besluit nr. 267/1942;

aangezien de inleiding van een dergelijke insolventieprocedure, zoals in de nationale rechtspraak uiteengezet (zie Consiglio di Stato in voltallige zitting, 15 april 2010 nr. 2155), als zodanig reeds „heel goed kan worden opgevat als een bekentenis dat de betrokkene zich bewust is van de eigen financiële moeilijkheden”;

aangezien de genoemde insolventieprocedure ondernemers in financiële moeilijkheden de mogelijkheid biedt om faillissementsverzoeken van schuldeisers tijdelijk te „bevriezen” (gedurende 30 tot 120 dagen) teneinde de keuze tussen indiening van een ontwerpakkoord in de zin van artikel 161 van de faillissementswet en een herstructurerings-akkoord in de zin van artikel 182-bis van de faillissementswet uit te stellen totdat er met de schuldeisers is heronderhandeld;

aangezien dit verzoek het op zich onmogelijk zou hebben gemaakt om met het openbaar bestuur te onderhandelen omdat een procedure tot verlening van faillissement, gedwongen liquidatie of preventief akkoord, aanhangig is;

aangezien, wat meer in het bijzonder de vraag betreft wanneer een insolventieprocedure kan worden geacht „aanhangig” te zijn, louter een verzoek van schuldeisers niet kan worden geacht te volstaan (een dergelijk verzoek zou opzettelijk kunnen zijn ingediend of ongegrond kunnen zijn), aangezien in elk geval een uitspraak vereist is van een rechter die objectief heeft vastgesteld dat de onderneming in staat van insolventie verkeert **[OMISSIS]**; de Consiglio di Stato in voltallige zitting heeft in voornoemde uitspraak nr. 2155 van 15 april 2010 evenwel geoordeeld dat de bovengenoemde vraag in het geval van een preventief akkoord niet langer aan de orde is indien de ondernemer zelf om toelating tot de insolventieprocedure verzoekt, een stap die heel goed kan worden beschouwd als een bekentenis dat hij zich bewust is van zijn financiële moeilijkheden;

aangezien de bovengenoemde vraag, gelet op de aangehaalde rechtspraak, in het onderhavige geding relevant is omdat [REDACTED] nimmer als begunstigde van de opdracht kon worden geselecteerd en derhalve geen belang meer zou hebben **[Or.8]** bij het aanvechten van de gunning van de opdracht aan de andere belanghebbende partij, aangezien zij van de betrokken aanbesteding had moeten worden uitgesloten;



aangezien het College evenwel twijfelt of de vermelde nationale regeling, zoals uitgelegd, verenigbaar is met de toepasselijke communautaire regeling;

aangezien volgens artikel 45, lid 2, onder a) en b), van richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, die ratione temporis van toepassing was, „van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer: a) die in staat van faillissement of van liquidatie verkeert, wiens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens wie een surseance van betaling of een akkoord geldt, of die in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wetten of regelgevingen; b) wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surseance van betaling dan wel een andere soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wetten of regelgevingen, aanhangig is gemaakt”;

aangezien het Hof van Justitie meer in het bijzonder moet worden gevraagd of het met de voornoemde regeling verenigbaar is dat het loutere verzoek om toelating tot het sluiten van een preventief akkoord door de schuldenaar, zoals in de onderhavige zaak het geval is, als „aanhangige” procedure wordt beschouwd, zoals de Consiglio di Stato in voltallige zitting heeft geoordeeld in voormelde uitspraak nr. 2155 van 15 april 2010;

aangezien het Hof van Justitie eveneens moet worden gevraagd of met de voornoemde regeling verenigbaar is dat de bekentenis van de schuldenaar dat hij in staat van insolventie verkeert en om toelating tot het sluiten van een preventief akkoord „onder voorbehoud” (waarvan de kenmerken hierboven zijn beschreven) heeft verzocht zoals ████████ in de onderhavige zaak heeft gedaan, als grond voor uitsluiting van de openbare aanbestedingsprocedure wordt aangemerkt; daarmee zou het in de vermelde communautaire (artikel 45 van de richtlijn) en nationale (artikel 38 van wetsbesluit 163/2006) regeling gehanteerde begrip „aanhangige” procedure ruim worden uitgelegd, hetgeen wordt gerechtvaardigd door dezelfde doelstelling dat aan een aanbesteding geen ondernemingen mogen deelnemen [Or.9] die ondubbelzinnig hebben bekend dat zij duidelijk in staat van insolventie verkeren;

aangezien het antwoord op deze tweede vraag van fundamenteel belang is voor het onderhavige geding omdat moet worden vastgesteld vanaf welke datum de onderneming Tei van de betrokken aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgesloten;

aangezien de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie relevant worden geacht, [OMISSIS] [*standaardformules*]:

„1) Is het verenigbaar met artikel 45, lid 2, onder a) en b), van richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 dat het loutere verzoek van de schuldenaar aan de bevoegde rechter om toelating tot het sluiten van een preventief akkoord als ‚aanhangige procedure’ wordt aangemerkt?



2) Is het verenigbaar met voornoemde bepaling dat de bekentenis van de schuldenaar dat hij in staat van insolventie verkeert en een verzoek om toelating tot het sluiten van een preventief akkoord ‚onder voorbehoud’ (waarvan de kenmerken hierboven zijn beschreven) wil indienen, wordt aangemerkt als grond voor uitsluiting van de openbare aanbestedingsprocedure, waarmee het begrip ‚aanhangige procedure’ als bedoeld in genoemde communautaire (artikel 45 van de richtlijn) en nationale (artikel 38 wetsbesluit nr. 163/2006) regeling ruim wordt uitgelegd?”

[OMISSIS] [*standaardformules*]

[OMISSIS] [*nationale procedure*]

**[Or.10]**

### **OM DEZE REDENEN**

legt de Consiglio di Stato [OMISSIS] de bovenstaande prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, schorst het geding en houdt iedere verdere beslissing aan, ook die inzake de kosten.

[OMISSIS] [*procedurele en standaardformules*]

Aldus gedaan te Rome, [OMISSIS] op 11 januari 2018

[OMISSIS]

[OMISSIS] [*samenstelling van het rechterlijk orgaan*]