



Datum van
inontvangstneming

:

18/07/2018

Zaak C-395/18

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:

14 juni 2018

Verwijzende rechter:

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 februari 2018

Verzoekende partij:

Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA

Verwerende partijen:

Consip SpA

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Onderwerp van het hoofdgeding

Verzoek tot nietigverklaring van nota nr. 25606 van 29 september 2017, waarbij aan Tim is meegedeeld dat zij door de Consip (Concessionaria servizi informativi pubblici; overheidsdienst ten behoeve van het openbaar bestuur, Italië) is uitgesloten van deelname aan de procedure voor de plaatsing van de overheidsopdracht voor de levering van het Wavelength Division Multiplexing (WDM)-netwerk voor de onderlinge koppeling van de afdelingen RGS (Ragioneria Generale dello Stato, Italië; algemene rekenkamer), DT (Dipartimento del Tesoro, Italië; afdeling schatkist) en DAG (Dipartimento dell'Amministrazione Generale, del Personale e dei Servizi, Italië; afdeling algemene administratie, personeelszaken en ondersteunende diensten) alsook verzoek tot nietigverklaring van enige andere, niet bekende uitsluitingsmaatregel.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing

Verenigbaarheid van de Italiaanse regelgeving inzake de uitsluiting van een ondernemer van een aanbestedingsprocedure met het Unierecht

Artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

I) Moeten de artikelen 57 en 71, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regel als die in artikel 80, lid 5, van wetsbesluit nr. 50/2016, die voorziet in de uitsluiting van de inschrijver wanneer tijdens de aanbestedingsprocedure wordt vastgesteld dat er grond is tot uitsluiting van een onderaannemer die deel uitmaakt van het drietal dat in de offerte is vermeld, in plaats van het opleggen van een verplichting aan de inschrijver om de betreffende onderaannemer te vervangen;

II) subsidiair, mocht het Hof van Justitie van oordeel zijn dat aan de lidstaat de mogelijkheid van uitsluiting van een inschrijver toekomt, verzet het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 5 VEU, opgenomen in „overweging” 101 van richtlijn 2014/24/EU en door het Hof van Justitie tot algemeen beginsel van het Unierecht verklaard, zich tegen een nationale regel als die in artikel 80, lid 5, van wetsbesluit nr. 50/2016, die bepaalt dat de inschrijver in alle gevallen wordt uitgesloten wanneer tijdens een aanbestedingsprocedure wordt vastgesteld dat er grond is tot uitsluiting van een onderaannemer, ook indien er andere onderaannemers zijn die niet zijn uitgesloten en die voldoen de vereisten om de in onderaanneming gegeven diensten te verrichten, of indien de inschrijver verklaart af te zien van de diensten van de onderaannemer omdat hij zelf voldoet aan de vereisten om de diensten te verrichten.

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 5 VEU;

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 2014, L 94, blz. 65), in het bijzonder artikelen 57 en 71, lid 6.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikelen 80, lid 5, en 105, lid 6, van decreto legislativo n. 50 del 2016 (GURI nr. 91 van 19 april 2016, gewoon supplement nr. 10; hierna: „wetsbesluit nr. 50/2016”).

Korte beschrijving van de feiten en de procedure

- 1 Op 29 juli 2016 heeft Consip een aanbesteding uitgeschreven voor „de plaatsing van een overheidsopdracht voor de levering van het Wavelength Division Multiplexing (WDM)-netwerk voor de onderlinge koppeling van de datacentra van de afdelingen RGS, DT en DAG”. Het onderwerp van de aanbesteding bestond met name uit het tot stand brengen van interconnectie met onderhoud en ondersteuning, optionele uitbreiding van de bandbreedte met onderhoud en ondersteuning, alsook optionele diensten met betrekking tot verhuizing. De geraamde waarde van de opdracht was 1 420 785,60 EUR exclusief btw.
- 2 TIM is van de aanbestedingsprocedure uitgesloten omdat was vastgesteld dat er grond was tot uitsluiting van een van de onderaannemers die zij had opgenomen op de lijst van onderaannemers die zij eventueel zou inschakelen indien haar de opdracht zou worden gegund.
- 3 Conform de specificaties van het aanbestedingsdossier heeft Tim bij het indienen van haar inschrijving drie onderaannemers genoemd die zij wilde inschakelen indien haar de opdracht werd gegund. Tevens heeft zij voor ieder van de onderaannemers het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) bijgesloten.
- 4 In de loop van de procedure is Consip nagegaan of aan de vereisten was voldaan en heeft zij vastgesteld dat een van de drie onderaannemers die door de verzoekende partij werden genoemd, niet voldeed aan de regels betreffende de toegang tot het arbeidsproces van mensen met een handicap.
- 5 Na die vaststelling heeft Consip Tim krachtens artikel 80, lid 5, i), van wetsbesluit nr. 50/2016 uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.
- 6 Tim heeft daarop beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 7 Tim stelt dat zij het beroep heeft ingesteld omdat de uitsluiting onrechtvaardig en onevenredig is. In het bijzonder dient te gelden, aldus Tim, dat de Europese richtlijn duidelijk bepaalt dat wanneer op een onderaannemer een uitsluitingsgrond van toepassing is, dit niet kan leiden tot een sanctie ten laste van de kandidaat die verder gaat dan de vervanging van de onderaannemer.
- 8 Bovendien had Tim in elk geval de andere twee in de offerte opgenomen onderaannemers kunnen inschakelen, ten aanzien van wie niet was vastgesteld dat er grond was om hen uit te sluiten, om de opdracht uit te voeren.
- 9 Ten slotte stelt Tim dat een beroep op de onderaannemer hoe dan ook niet onmisbaar was om de opdracht te kunnen uitvoeren, aangezien zij zelf voldeed aan de voorwaarden die nodig waren om de prestaties te verrichten.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 10 In artikel 80, lid 5, van wetsbesluit nr. 50/2016 is bepaald dat „[d]e aanbestedende diensten [...] een ondernemer in een van de volgende situaties [uitsluiten] van de aanbestedingsprocedure, ook met betrekking tot een onderaannemer in de gevallen als bedoeld in artikel 105, lid 6:

[...]

(i) de ondernemer legt het certificaat als bedoeld in artikel 17 van wet nr. 68 van 12 maart 1999 niet over.

[...]”.
- 11 Het in dit wetsartikel genoemde certificaat betreft het bewijs van het voldoen aan de „Regels inzake het recht op werk voor personen met een handicap”, die inderdaad in wet nr. 68/1999 zijn opgenomen.
- 12 Bovendien bepaalt het hierboven aangehaalde artikel 105, lid 6, van wetsbesluit nr. 50/2016 dat „de vermelding van het drietal onderaannemers [...] verplicht [is] wanneer de som van de aan te besteden werken, diensten of leveringen gelijk is aan of hoger is dan de in artikel 35 bedoelde drempelwaarden en wanneer er geen specifieke specialisatie is vereist. In dat geval voorziet de aankondiging of kennisgeving van de aanbesteding in deze verplichting. In de aankondiging of kennisgeving kan de aanbestedende dienst andere omstandigheden noemen waarin de vermelding van het drietal verplicht is, ook onder de drempelwaarden als bedoeld in artikel 35.”
- 13 Ten slotte bepaalt artikel 105, lid 12, van wetsbesluit nr. 50/2016 dat „[d]e geselecteerde inschrijver moet voorzien in vervanging van de onderaannemer ten aanzien van wie is vastgesteld dat op hem een van de uitsluitingsgronden van artikel 80 van toepassing is”.
- 14 Uit de toepassing van het bepaalde in artikel 80, lid 5, en artikel 105, lid 12, van wetsbesluit nr. 50/2016 blijkt echter dat, ingeval de vermelding van het drietal onderaannemers verplicht is, de gevolgen van de vaststelling dat grond is voor de uitsluiting van een onderaannemer verschillend zijn wanneer dit wordt vastgesteld tijdens de aanbestedingsprocedure of in de periode nadat de opdracht is gegund.
- 15 In het eerste geval zal de vaststelling dat er grond is tot uitsluiting van een onderaannemer die deel uitmaakt van het drietal, ertoe leiden dat de kandidaat wordt uitgesloten (in de zin van artikel 80, lid 5, van wetsbesluit nr. 50/2016).
- 16 In het tweede geval is het gevolg van de vaststelling dat er grond is tot uitsluiting van een onderaannemer die deel uitmaakt van het drietal, dat de aanbestedende dienst de geselecteerde inschrijver zal vragen om vervanging van de onderaannemer (overeenkomstig artikel 105, lid 12, van wetsbesluit nr. 50/2016).

- 17 De verwijzende rechter merkt op dat Tim is uitgesloten op grond van het bepaalde in artikel 80, lid 5, van wetsbesluit nr. 50/2016, waarin ondubbelzinnig staat dat uitsluiting van de kandidaat ook plaatsvindt wanneer tijdens de aanbestedingsprocedure is vastgesteld dat een van de uitsluitingsgronden van lid 5 van toepassing is op een onderaannemer die door de kandidaat is vermeld.
- 18 Deze bepaling staat echter op gespannen voet met het bepaalde in artikel 105, lid 12, van hetzelfde wetsbesluit nr. 50/2016, waarin staat dat de geselecteerde inschrijver moet voorzien in vervanging van de onderaannemer ten aanzien van wie is vastgesteld dat er grond is om hem uit te sluiten. Deze bepaling heeft evenwel betrekking op een tijdstip na de gunning van de opdracht, zoals blijkt uit de term „geselecteerde inschrijver” in plaats van „kandidaat” of „inschrijver”.
- 19 Gezien het voorgaande acht de verwijzende rechter de uitlegging die de verzoekende partij in subsidiaire orde met het oog op stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie heeft voorgesteld, onhoudbaar. Deze uitlegging gaat er namelijk van uit dat artikel 105, lid 12, van wetsbesluit nr. 50/2016 (dat enkel voorziet in de vervanging van de onderaannemer, en niet in de uitsluiting van de inschrijver) ook van toepassing is ingeval tijdens de aanbestedingsprocedure wordt vastgesteld dat er grond is om een onderaannemer uit te sluiten, tenminste voor zover deze onderaannemer niet onmisbaar is voor de uitvoering van de opdracht. Deze uitlegging lijkt in tegenspraak met de duidelijke bewoordingen van de nationale wetgeving, die uitdrukkelijk en zonder te voorzien in uitzonderingen bepaalt dat de inschrijver automatisch zal worden uitgesloten wanneer ten aanzien van een onderaannemer die deel uitmaakt van het drietal, wordt vastgesteld dat er grond is om hem uit te sluiten.
- 20 Het is evenzo duidelijk dat uitsluitend ten gunste van de geselecteerde inschrijver, oftewel de ondernemer aan wie de opdracht reeds is gegund, is voorzien in de vervanging van de onderaannemer. Met het oog op de eventuele aanvaarding van een andere uitlegging wordt het in dit verband niet relevant geacht dat de term „geselecteerde inschrijver” niet precies wordt gedefinieerd in wetsbesluit nr. 50/2016, aangezien het een zelfstandig naamwoord is dat niet voor tweërlei uitleg vatbaar is en dat duidelijk verwijst naar de uitvoeringsfase van het contract, oftewel een moment volgend op de gunning.
- 21 Derhalve moet worden verduidelijkt of het bepaalde in artikel 80, lid 5, van wetsbesluit nr. 50/2016 verenigbaar is met het Unierecht, met name het deel van genoemd lid dat bepaalt dat wanneer tijdens de aanbestedingsprocedure na verificatie wordt vastgesteld dat er grond tot uitsluiting van een onderaannemer is, de aanbestedende dienst in alle gevallen gehouden is om niet alleen de onderaannemer uit te sluiten, maar ook de kandidaat die heeft aangegeven deze onderaannemer te willen inschakelen.
- 22 Bij de regeling van de uitsluitingsgronden voor de aanbestedingsprocedure verwijst artikel 57, lid 5, van richtlijn 2014/24 namelijk naar de gevallen die betrekking hebben op „de ondernemer” ofwel (volgens artikel 2, lid 1, punt 10,

van dezelfde richtlijn) „elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt”. Lid 5 van voornoemd artikel 57 voorziet in het bijzonder in de uitsluiting van de ondernemer „wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in de lid 4”.

- 23 Daarom moet worden verduidelijkt of de situaties bedoeld in artikel 57 van de richtlijn alleen tot uitsluiting van de ondernemer tijdens de aanbestedingsprocedure kunnen leiden wanneer het de ondernemer zelf betreft, of dat het (overeenkomstig de keuze van de Italiaanse wetgever) is toegestaan de inschrijver ook uit te sluiten wanneer de uitsluitingsgrond alleen van toepassing is op een onderaannemer die door hem is aangewezen.
- 24 Bovendien wijst de verwijzende rechter erop dat artikel 71 van richtlijn 2014/24 het, met specifieke verwijzing naar het geval waarin de ondernemer die aan een aanbestedingsprocedure deelneemt een onderaannemer inschakelt, mogelijk maakt te anticiperen op het tijdstip waarop de ondernemer duidelijkheid biedt over welke onderaannemer hij voorstelt (lid 2) en de verificatie of deze onderaannemer de verplichtingen in artikel 18, lid 2, van diezelfde richtlijn naleeft (zie lid 6 van artikel 71). Wanneer er sprake is van een uitsluitingsgrond die op een onderaannemer van toepassing is, voorziet de bepaling in kwestie echter uitdrukkelijk alleen in vervanging van de onderaannemer. Daarin wordt niet expliciet vermeld dat de lidstaat de uitsluiting kan gelasten van de kandidaat die heeft verklaard de onderaannemer ten aanzien van wie is vastgesteld dat op hem een uitsluitingsgrond van toepassing is, te willen inschakelen.
- 25 De bepalingen van de richtlijn lijken derhalve in te houden dat vervanging van de inschrijver¹ de maximale sanctie is die kan worden opgelegd wanneer wordt vastgesteld dat op die onderaannemer een uitsluitingsgrond van toepassing is. Het bepaalde in artikel 71, lid 6, van richtlijn 2014/24, dat uitdrukkelijk alleen voorziet in de vervanging van de inschrijver² ten aanzien van wie is vastgesteld dat er grond is om hem uit te sluiten, en dus niet in de uitsluiting van de kandidaat die heeft verklaard deze onderaannemer te willen inschakelen, lijkt gebaseerd te zijn op het evenredigheidsbeginsel, als verankerd in artikel 5, lid 4, VEU, dat herhaalde malen is bevestigd in de rechtspraak van het Hof van Justitie, meest recentelijk in zijn arrest van 8 februari 2018, Lloyd’s of London (EU:C:2018:78). Deze bepaling lijkt bedoeld te zijn om de naleving van de materiële regels als bedoeld in artikel 57 te verzekeren met de minimaal noodzakelijke en toereikende maatregelen voor het bereiken van het gestelde doel, zonder de concurrentie bij deelname aan aanbestedingen al te sterk te beperken.

¹ Noot van de vertaler: dit moet als onderaannemer worden gelezen.

² Noot van de vertaler: dit moet als onderaannemer worden gelezen.

- 26 Als gevolg daarvan, en subsidiair, voor het geval het Hof van Justitie van oordeel is dat de bepalingen van bovengenoemde richtlijn het de lidstaat toestaan om erin te voorzien dat de ondernemer tijdens de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten wanneer wordt vastgesteld dat op een aangewezen onderaannemer een uitsluitingsgrond van toepassing is, wenst de verwijzende rechter te vernemen of de door de Italiaanse wetgever gemaakte keuze verenigbaar is met het evenredigheidsbeginsel.
- 27 Bij dit onderzoek moet ook worden meegewogen dat de uitsluiting van de inschrijver overeenkomstig de keuze van de Italiaanse wetgever automatisch en zonder uitzondering plaatsvindt, en in het bijzonder dat in geen enkel geval wordt toegestaan dat de onderaannemer wordt vervangen of aan de inschrijver de mogelijkheid wordt geboden om af te zien van het gebruik van de onderaannemer, ook niet wanneer inschakeling van de onderaannemer niet strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht.