



Datum van inontvangstneming : 24/07/2018

**Zaak C-402/18**

**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:**

15 juni 2018

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

10 mei 2018

**Appellantes:**

Tedeschi Srl, in eigen naam en in hoedanigheid van mandataris van de tijdelijke vereniging van ondernemingen

Consorzio Stabile Istant Service, in eigen naam en in hoedanigheid van mandante van de tijdelijke vereniging van ondernemingen

**Geïntimeerde:**

Università degli Studi di Roma La Sapienza

**Geïntimeerde en appellante in incidenteel hoger beroep:**

C.M. Service Srl

---

**Voorwerp van het hoofdgeding**

Hoger beroep tegen de beslissing waarbij de gunning van een overheidsopdracht voor schoonmaakdiensten aan appellantes onwettig is verklaard wegens overschrijding van de maximumgrenzen die in de Italiaanse wetgeving zijn gesteld, namelijk 30 % voor het in onderaanneming uitbestedbare deel respectievelijk 20 % voor de verlaging van de voor de onderaannemers toepasselijke prijzen

## **Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzingsbeslissing**

Verenigbaarheid van de nationale wettelijke regeling inzake overheidsopdrachten, zoals vervat in artikel 118, leden 2 en 4, van wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006, met artikel 25 van richtlijn 2004/18/EG, artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU, de artikelen 49 en 56 VWEU en met het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel

## **Prejudiciële vraag**

Staan de beginselen van vrije vestiging en vrije dienstverrichting zoals bedoeld in de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), artikel 25 van richtlijn 2004/18 van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 en artikel 71 van richtlijn 2014/24 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 – die niet voorzien in beperkingen voor het in onderaanneming uitbestedbare deel en de prijsverlaging voor onderaannemers, alsmede het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel in de weg aan de toepassing van een nationale regeling inzake overheidsopdrachten als de Italiaanse regeling van artikel 118, leden 2 en 4, van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006, volgens welke het in onderaanneming uitbestedbare deel niet meer mag bedragen dan 30 % van de totale waarde van de overeenkomst en de met de overheidsopdracht belaste onderneming voor de in onderaanneming uitbestede diensten dezelfde, uit de gunning voortvloeiende eenheidsprijzen moet toepassen met een verlaging met ten hoogste 20 %?

## **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

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

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, artikel 25

Arrest van 5 april 2017, Borta UAB (C-298/15, EU:C:2017:266)

Arrest van 14 juli 2016, Wrocław (C-406/14, EU:C:2016:562)

## **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006 houdende het “Wetboek inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter omzetting van richtlijn 2004/17/EG en richtlijn 2004/18/EG”, artikel 118

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, Italië] van 5 mei 1993

Advies nr. 855 van de speciale commissie van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) 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 de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Bij een aankondiging van aanbesteding die is bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie nr. S249 van 24 december 2015, heeft Università degli Studi di Roma „La Sapienza” een open procedure voor de gunning van schoonmaakdiensten in de gebouwen van de universiteit geopend, met als gunningscriterium de economisch voordeligste offerte en met een basisaanbestedingsbedrag van 46 300 968,40 EUR, exclusief btw.
- 2 Na afloop van de aanbestedingsprocedure is de opdracht gegund aan de tijdelijke vereniging van ondernemingen (*Raggruppamento Temporaneo di Imprese*), gevormd door de vennootschap Tedeschi Srl en Consorzio Stabile Instant Service.
- 3 De als tweede gerangschikte vennootschap C.M. Service Srl heeft deze gunning aangevochten voor de TAR Lazio [bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië], die de gunning nietig heeft verklaard op grond dat de aanbestedende dienst niet het gebruik van onderaanneming vanwege de gekozen inschrijver aandachtig had onderzocht en de in onderaanneming uitbestede prestaties werden vergoed met overeenkomstige verlagingen met meer dan de maximumgrens van 20 % die is gesteld in artikel 118, lid 4, van wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006 (hierna: wetsbesluit nr. 163/2006”).
- 4 De gekozen inschrijver heeft tegen dit vonnis van de TAR Lazio hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.
- 5 C.M. Service, geïntimeerde, heeft op haar beurt incidenteel hoger beroep ingesteld, met verzoek de nietigverklaring van de gunning te bevestigen, ook op de andere gronden die niet werden toegewezen door de TAR Lazio, inzonderheid

overschrijding van het maximumpercentage van 30 % dat in artikel 118, lid 2, van wetsbesluit nr. 163/2006 is gesteld op onderaanneming.

- 6 De verwijzende rechter is van oordeel dat het bepaalde in artikel 118 van wetsbesluit nr. 163/2006 relevant en van doorslaggevend belang is voor de beslechting van het geding, zowel wat de grens van 30 % van lid 2 betreft als wat de grens van 20 % van lid 4 betreft.

Aangezien dat artikel inhoudelijk hetzelfde bepaalt als artikel 105 van wetsbesluit nr. 50/2016, waarbij wetsbesluit nr. 163/2006 (dat in casu ratione temporis van toepassing is) is ingetrokken en vervangen, en over dat artikel door de TAR Lombardia [bestuursrechter in eerste aanleg Lombardije, Italië) reeds een prejudiciële vraag met betrekking tot de grens van 30 % voor de in onderaanneming uitbestedbare diensten is gesteld aan het Hof van Justitie (zaak C-63/18), stelt de verwijzende rechter een analoge vraag over het bepaalde in genoemd artikel 118, lid 2, waarbij hij deze vraag eveneens uitbreidt tot laatstbedoelde grens van het daaropvolgende lid 4 met betrekking tot de maximale prijsverlaging die op de onderaannemers kan worden toegepast.

### **Reconstructie van het rechtskader door de verwijzende rechter**

- 7 In de limiet van 30 % voor onderaanneming is voorzien in artikel 118, lid 2, van wetsbesluit nr. 163/2006, luidens hetwelk „ [...] Voor werken wordt, wat de hoofdcategorie betreft, het in onderaanneming uitbestedbare gedeelte nader bepaald, desnoods verschillend volgens de categorie, doch in geen geval voor meer dan 30 %. Voor diensten en leveringen wordt dit deel gerelateerd aan de totale waarde van de overeenkomst (...)”.
- 8 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 nr. 218 van 5 mei 1993 – onder andere bescherming beoogd werd van de openbare orde en veiligheid, met het doel 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.
- 9 Het bepaalde in artikel 18 van wet nr. 55/1990 is vervolgens overgenomen in artikel 118 van wetsbesluit nr. 163/2006 en uiteindelijk in artikel 105 van wetsbesluit nr. 50/2016.

- 10 De Consiglio di Stato heeft zich als adviesorgaan tweemaal uitgesproken over deze beperkende regeling inzake onderaanneming. In advies nr. 855 van 1 april 2016 heeft de Consiglio di Stato met name opgemerkt 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, voor zover zij 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 zols neergelegd in de grondwet of op in artikel 36 VWEU genoemde gronden.
- 11 In advies nr. 782 van 30 maart 2017 heeft de Consiglio di Stato, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie over de eerder toepasselijke richtlijn 2004/18, volgens welke 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 uit te vaardigen. 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 nieuwe richtlijnen 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”.
- 12 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”.
- 13 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, overigens 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 Unierecht.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van het prejudiciële verzoek**

- 14 Een vergelijking tussen de hierboven aangehaalde nationale bepalingen inzake onderaanneming, die voor de beslechting van het hoger beroep van doorslaggevend belang zijn, en het Unierecht, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het Hof van Justitie, noopt de verwijzende rechter ertoe een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid van artikel 118, leden 2 en 4, van wetsbesluit nr. 163/2006 met de beginselen en de regels die zijn vervat in de artikelen 49 en 56 VWEU, artikel 25 van richtlijn 2004/18 en artikel 7 van richtlijn 2014/24.
- 15 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 ondernemen onmogelijk wordt gemaakt een groot deel (70 %) van de prestaties 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 dienst 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.
- 16 In 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.

- 17 Afgezien van wat de Consiglio di Stato als adviesorgaan heeft verduidelijkt, bestaan naar het oordeel van de verwijzende rechter nog andere gronden die hebben geleid tot de invoering van de nationale regeling waarin de betrokken limieten zijn gesteld.

Ten eerste, indien de limiet van 20 % voor de eventuele verlaging van de voor de onderaannemers geldende prijzen in vergelijking met de gunningsprijzen werd afgeschaft, zou het gevaar bestaan dat een verborgen vorm van loondumping het leven ziet, wat zou kunnen leiden tot een mededingingsbeperkend effect.

Ten tweede, indien de limiet van 30 % voor het deel van de in onderaanneming uitbestedbare prestaties zou worden afgeschaft, zou de mogelijkheid ontstaan dat de naleving van de gunningen gevaar loopt wegens de daaruit volgende moeilijkheid om de haalbaarheid van de inschrijving te beoordelen, zoals in casu is gebeurd.

- 18 De verwijzende rechter vestigt de aandacht erop 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 (...)]”.
- 19 De verwijzende rechter is van oordeel dat de beantwoording van de gestelde prejudiciële vraag bepalend is voor de beslissing in het hoofdgeding. Wanneer immers wordt geoordeeld dat het Unierecht zich verzet tegen de in artikel 118, leden 2 en 4, van wetsbesluit nr. 163/2006 gestelde limieten, moet de verwijzende rechter het hoger beroep dat de tijdelijke vereniging van ondernemingen als gekozen inschrijver heeft ingesteld tegen het vonnis in eerste aanleg waarbij de gunning onrechtmatig is verklaard, gegrond verklaren. 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 hoger beroep wordt verworpen.

### **Verzoek om behandeling volgens de versnelde procedure**

- 20 De verwijzende rechter verzoekt om behandeling volgens de versnelde procedure overeenkomstig artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering op

grond dat, ten eerste, de vraag die aan het Hof wordt gesteld, een principieel karakter heeft omdat de regel die de onderaanneming beperkt, algemeen wordt toegepast, ten tweede, het lot van de in het geding zijnde aanbestedingsprocedure in essentie afhangt van de beslissing van het Hof, nu de verwijzende rechter al beslist heeft op elk ander onderdeel van het hoger beroep, en, ten derde, de opdracht betrekking heeft op de uitvoering van dringende werken die geen vertraging of uitstel dulden en waarmee een aanzienlijk bedrag gemoeid is.