



Datum van
inontvangstneming

:

26/01/2018

Zaak C-710/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

18 december 2017

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

28 september 2017

Appellante:

CCC - Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa

Verweerder:

Comune di Tarvisio

[OMISSIS]

Consiglio di Stato (raad van state, Italië)

Afdeling rechtspraak (Vijfde kamer)

heeft de navolgende

BESLISSING

genomen op het hoger beroep [OMISSIS] ingesteld door:

CCC - Consorzio Cooperative Costruzioni Soc. Cooperativa [OMISSIS]

tegen

Comune di Tarvisio (gemeente Tarvisio) [OMISSIS]

en tegen

Incos s.r.l. [OMISSIS]

[OMISSIS] Idrotermica F.lli ██████████ [OMISSIS] e ██████████ [OMISSIS]

[OR.2]

tot herziening

van uitspraak nr. 18/2013 van de T.A.R. [Tribunale amministrativo regionale (regionale bestuursrechter)] Friuli-Venezia Giulia] [OMISSIS] [standaardformules]

- 1 De T.A.R. Friuli-Venezia Giulia [OMISSIS] heeft bij uitspraak nr.18 [van] 11 januari 2013 het door appellante CCC ingestelde beroep verworpen strekkende tot nietigverklaring van besluit nr. 538 van 12 oktober 2012 van de technisch directeur waarbij de verslagen zijn goedgekeurd van de aanbesteding voor de realisering van een biomassacentrale voor stadsverwarming voor de woonkern Cave del Predil en heeft eveneens het incidenteel beroep verworpen.
- 2 In de uitspraak wordt het volgende overwogen:

[OMISSIS] *[vaststellingen van de rechter in eerste aanleg ten aanzien van enkele in het incidentele beroep aangevoerde grieven die niet van belang zijn voor de prejudiciële vraag]*

- met betrekking tot het principaal beroep, de ontwerper die geassocieerd is met de winnende firma zou zich kunnen [OR.3] bedienen van „avvalimento” (een beroep op de capaciteiten van derden) en derhalve voldoet de combinatie van ondernemingen aan de vereiste kwalificaties voor deelname aan de aanbesteding, [in dit verband is de T.A.R. Friuli-Venezia Giulia,] in afwijking van de andersluidende rechtspraak, onder toepassing van de Europese en nationale beginselen, van oordeel dat ook de aangewezen ontwerpers die behoren tot de entiteiten die de in de aanbesteding genoemde verrichtingen uitvoeren, zich kunnen beroepen op de capaciteiten van derden;

- bijgevolg mag ook de beroepsbeoefenaar die formeel de opdracht aanneemt om bepaalde werken te ontwerpen, een beroep doen op de capaciteiten van derden;

[OMISSIS] *[vaststellingen van de rechter in eerste aanleg ten aanzien van omstandigheden die niet van belang zijn voor de prejudiciële vraag]*

- 3 Appellante heeft de uitspraak bestreden door in wezen de in beroep in eerste aanleg aangevoerde grieven te herhalen. In hoger beroep heeft zij dan ook verzocht de uitspraak in het beroep in eerste aanleg te vernietigen.

Verweerders [Incos, Idrotermica F.lli ██████████ en ██████████] hebben zich gesteld en verzocht om het hoger beroep te verwerpen en daarbij incidenteel hoger beroep ingesteld onder herhaling van in wezen dezelfde grieven als in het incidenteel beroep in eerste aanleg.

Ook de gemeente [Tarvisio] heeft in het geding geïntervenieerd en verzocht om het hoger beroep te verwerpen.

- 4 Bij deelbeslissing van deze [OMISSIS] kamer [van] 22 oktober 2015, nr. 4849, werd het incidenteel hoger beroep verworpen en het tweede middel van het principaal hoger beroep afgewezen.

Met betrekking tot het eerste middel van het principaal hoger beroep werd de behandeling geschorst en de beslissing aangehouden [OMISSIS] in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie op het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door deze [OMISSIS] kamer van de Consiglio di Stato bij beslissing nr. 2737 [van] 4 juni 2015.

[OMISSIS]

- 5 Het geding betreft een aanbesteding, uitgeschreven door de gemeente Tarvisio met een aankondiging van 10 augustus 2012, voor de „*bouw van een biomassacentrale voor stadsverwarming voor de woonkern Cave del Predil*”, binnen een termijn van dertig dagen voor het ontwerpen en van 365 dagen voor de uitvoering, voor het totaal bedrag van 3.060.200,85 EUR, toe te wijzen volgens [OR.4] het criterium van de economisch meest gunstige offerte [OMISSIS].

Aan de procedure hebben zes inschrijvers deelgenomen, waaronder appellante CCC en het tijdelijk samenwerkingsverband Incos. Aan deze [laatste] is de opdracht definitief gegund bij besluit nr. 538 van 12 oktober 2012 van de technisch directeur.

CCC heeft deze definitieve gunning en de verslagen van de aanbestedingscommissie aangevochten voor zover genoemd tijdelijk samenwerkingsverband Incos niet van de aanbesteding is uitgesloten [OMISSIS].

Incos [s.r.l.] [OMISSIS] heeft zich gesteld en verzocht om het beroep af te wijzen, en heeft daarbij incidenteel beroep ingesteld.

- 6 Bij deelbeslissing nr.4849 van deze [OMISSIS] kamer [van] 22 oktober 2015 werd het incidenteel hoger beroep verworpen en het tweede middel van het principaal hoger beroep afgewezen.

Resteert derhalve het eerste middel van het principaal hoger beroep waarover het oordeel in genoemde uitspraak is aangehouden in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie op het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door deze [OMISSIS] kamer van de Consiglio di Stato bij beslissing nr. 2737 [van] 4 juni 2015.

- 7 Bij het vaststellen van de datum voor de mondelinge behandeling heeft appellante CCC opgemerkt dat de bij het Hof van Justitie aanhangige zaak (C-287/15) van de rol is gehaald bij beschikking van de voorzitter van de Vierde kamer van 12 juli 2016 met als motivering dat „*Bij beslissing van 5 mei 2016 ingekomen ter griffie*

van het Hof op 4 juli 2016, de Consiglio di Stato het Hof heeft bericht dat hij zijn verzoek om een prejudiciële beslissing wilde intrekken”, gezien het feit dat de zaak niet langer bij de nationale rechter aanhangig is door intrekking van het hoger beroep.

Aangezien de grond voor de aanhouding ook [van de onderhavige procedure] is komen te vervallen, zijn er dus geen beletselen om ook een beslissing te nemen over het resterende deel (eerste middel) van het principaal hoger beroep van CCC -Consorzio Cooperative [OR.5] Costruzioni Soc. Cooperativa.

- 8 Appellante voert aan dat het tijdelijke samenwerkingsverband Incos had moeten worden uitgesloten wegens het ontbreken bij de voor de opdracht aangewezen ontwerper van de speciale eisen die zijn opgenomen in artikel 53, lid 3, van wetsbesluit nr. 163 van 2006 [houdende instelling van het wetboek van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter omzetting van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (hierna: „wetboek inzake overheidsopdrachten”)], en dat aan deze eisen niet kan worden voldaan door een beroep op de capaciteiten van derden.

Over de vraag of in een dergelijke situatie een beroep mag worden gedaan op de capaciteiten van derden, loopt de rechtspraak [van] de Consiglio di Stato uiteen.

In uitspraak nr. 4929 van deze [OMISSIS] kamer [van] 2 oktober 2014 is geoordeeld dat [OMISSIS] een dergelijk beroep op de capaciteiten van derden volgens de laatste [uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van] 10 oktober 2013, [Svm Costruzioni 2 e ██████████ ██████████ C-94/12, EU:C:2013:646], niet alleen van toepassing is op de inschrijvers, maar op alle ondernemers, die in welke hoedanigheid dan ook moeten aantonen te voldoen aan de eisen in het kader van de aanbesteding.

Daarentegen kan [volgens de uitspraak van de Consiglio di Stato van] 7 maart 2014, nr. 1072, een samenwerkingsverband van beroepsbeoefenaren geen beroep doen op de capaciteiten van derden omdat die mogelijkheid ingevolge artikel 49 (van het wetboek inzake overheidsopdrachten) beperkt is tot alleen die ondernemers die verzoeken te mogen deelnemen aan de aanbesteding en die, indien zij van die mogelijkheid gebruik wensen te maken, moeten verklaren dat de hulpondernemer aan de voorwaarden voldoet; en [volgens de uitspraak van de Consiglio di Stato van] 1 oktober 2012, nr. 5161, wordt in artikel 49, lid 2, [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] met „inschrijver” die een beroep mag doen op de capaciteiten van derden uitsluitend die ondernemers bedoeld die verzoeken deel te mogen nemen aan de aanbesteding en die moeten verklaren en aantonen dat de hulpondernemer op wie een beroep is gedaan voldoet aan de vereiste kwalificaties en dat bij optelling daarvan bij die van de inschrijver zelf er volledig wordt voldaan aan de in de aankondiging van de opdracht genoemde voorwaarden.

- 9 In dit geval hebben de vennootschappen IN.CO.S s.r.l. en IDROTERMICA F.lli ████████ deelgenomen aan de aanbesteding door een tijdelijk samenwerkingsverband te vormen en hebben zij – aangezien hun certificaten van de SOA (certificerende instelling) geen kwalificatie voor ontwerpen inhouden – een beroep gedaan op een externe ontwerper, te weten ingenieur ████████ ████████ die geen deel uitmaakt van het tijdelijk samenwerkingsverband.

Deze heeft evenwel een overeenkomst betreffende het beroep op de capaciteit van derden overgelegd, die was gesloten met Prisma Engineering s.r.l. (als hulponderneming) en waarin staat: „*met het oog op [OR.6] deelname aan de aanbesteding, beschikt de genoemde ingenieur ████████ niet [over enkele technische bekwaamheidsvereisten zoals opgenomen in de aankondiging van de opdracht.]*

[OMISSIS]”. *[aanduiding van een aantal technische bekwaamheidsvereisten zoals opgenomen in de aankondiging van de opdracht in kwestie]*

Deze overeenkomst met genoemde hulponderneming moet als onrechtmatig worden beschouwd omdat zij is gesloten door een andere onderneming dan de werkelijke inschrijver, het tijdelijk samenwerkingsverband INCOS, in strijd met de bepalingen voor geïntegreerde aanbestedingen.

- 10 Hieruit volgt dat de door de succesvolle inschrijver aangewezen beroepsbeoefenaar niet zelf voldoet aan [OR.7] de in het bestek van de aanbesteding voorgeschreven eisen.

Volgens vaste bestuursrechtspraak [OMISSIS] gaat het bij het doen van een beroep op de capaciteiten van derden om een middel [dat], ofschoon het algemene karakter niet is betwist – het doel ervan zijnde bij te dragen aan een zo groot mogelijke deelname aan aanbestedingsinschrijvingen en aan effectieve concurrentie [volgens] de communautaire beginselen – hoe dan ook in evenwicht moet zijn met het vereiste dat er afdoende garanties zijn voor de aanbestedende dienst dat het contract correct wordt uitgevoerd.

De kernvraag is derhalve of de aangewezen ontwerper in de zin en de terminologie van genoemd artikel 53, lid 3, [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] een beroep kan doen op weer een andere ontwerper door ook op zijn beurt een beroep te doen op de capaciteiten van derden. Is het, in essentie, in overeenstemming met de wet dat er bij een aanbestedingsprocedure tweemaal, opeenvolgend, een beroep wordt gedaan op de capaciteiten van derden?

Het aangehaalde artikel 53, lid 3, [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] bepaalt [dat]: „*Wanneer het contract mede het ontwerpen in de zin van lid 2 omvat, moeten de ondernemers beschikken over de voor ontwerpers voorgeschreven kwalificaties of een beroep doen op gekwalificeerde ontwerpers die in het bod genoemd moeten worden of moeten zij deelnemen aan een samenwerkingsverband met ondernemers die gekwalificeerd zijn om het ontwerp te maken. De aankondiging vermeldt wat de vereisten zijn voor de ontwerpers*

volgens het bepaalde in hoofdstuk IV van deze titel (ontwerpen en inschrijvingen voor ontwerpen) en wat het bedrag aan ontwerpkosten is dat begrepen is in het contractsbedrag”.

In de rechtspraak van de Consiglio di Stato is de vraag of de „aangewezen” ontwerper als bedoeld in genoemde voorziening op zijn beurt ook weer een beroep kan doen op derden zoals geregeld in artikel 49 [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] ontkennend beantwoord. Immers:

a) daartegen verzet zich de tekst van artikel 49, die luidt dat „de inschrijver” uitsluitend individueel of als lid van een consortium of een samenwerkingsverband een beroep kan doen op de capaciteiten van derden als hulponderneming van de op de aanbesteding inschrijvende onderneming; daardoor wordt uitgesloten dat de inschrijver een beroep doet op een hulponderneming die op zijn beurt niet voldoet aan de in de aankondiging genoemde vereisten.

b) [daartegen verzet zich] het feit dat, als de aangewezen ontwerper al geen contractuele band heeft met de aanbestedende dienst dit eens te meer geldt voor zijn hulpondernemer, die een **[OR.8]** derde is die door zijn positie geen garanties kan bieden aan de overheid; alleen de inschrijver die het contract zal sluiten, zal namelijk contractuele verplichtingen aangaan met de aanbestedende dienst; en de hulpondernemer verplicht zich op grond van artikel 49, lid 2, onder d), [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] tegenover de inschrijver en de aanbestedende dienst ertoe de nodige middelen ter beschikking te stellen die bij de inschrijver ontbreken, door middel van de daarvoor bedoelde verklaring; bovendien wordt de hulpondernemer *van rechtswege* hoofdelijk aansprakelijk met de inschrijver voor de verrichtingen die volgens het contract uitgevoerd moeten worden (artikel 49, lid 4, [van het wetboek inzake overheidsopdrachten]) en de hoofdelijke aansprakelijkheid, die een garantie geeft voor een goede uitvoering van de opdracht, kan er alleen zijn wanneer de hulponderneming een contractuele band heeft met de inschrijver; artikel 49 schrijft dan ook voor dat reeds bij het verzoek om te mogen deelnemen bewijs wordt verstrekt van het contract waarbij een beroep wordt gedaan op de capaciteiten van een derde.

Bovendien blijkt uit artikel 53, lid 3, [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] dat de regeling uitsluitend bepaalt dat de gekwalificeerde ontwerper op wie de inschrijvende onderneming voornemens is een beroep te doen in plaats van een samenwerkingsverband te vormen, alleen maar aangewezen hoeft te worden, zonder voor te schrijven dat ook de verklaringen als bedoeld in artikel 49 overgelegd moeten worden door de hulp gevende onderneming op de capaciteiten waarvan een beroep wordt gedaan [verklaring van de hulp gevende onderneming dat zij aan de hulp vragende onderneming alle middelen ter beschikking stelt die nodig zijn voor de uitvoering van het contract; verklaring van de hulp gevende onderneming dat zij niet individueel of als een verbonden onderneming of lid van een consortium aan de aanbesteding deelneemt en dat er ten opzichte van andere deelnemende ondernemingen geen sprake is van zeggenschap in de zin van artikel 34, lid 2, (van het wetboek

overheidsopdrachten)] of door de aan de aanbesteding deelnemende firma die een beroep op haar gedaan heeft (contract dat is aangegaan met de hulp gevende onderneming).

Wat uit het voorgaande naar voren lijkt te komen is dat, in het geval van het keuzesysteem bij geïntegreerde aanbestedingen, de door de deelnemende onderneming gekozen en aan de aanbestedende dienst aangewezen ontwerper niet de hoedanigheid van inschrijver krijgt: uitsluitend de inschrijvende onderneming heeft die hoedanigheid en de ontwerper blijft slechts een externe medewerker, wiens positie geen rechtstreeks belang heeft voor de aanbestedende overheid.

Als vervolgens diezelfde aangewezen ontwerper op zijn beurt een beroep doet op kwalificaties waarover derden beschikken [OR.9], zou er in wezen een keten aan „hulpondernemingen van de hulponderneming” ontstaan. Dit versterkt niet alleen het ontbreken van een rechtstreekse band met de aanbestedende dienst maar maakt het de aanbestedende dienst in ieder geval ook moeilijker na te gaan of de deelnemers over de nodige kwalificaties beschikken ([in dit verband blijkt uit de rechtspraak van de Consiglio di Stato] dat, daar het gaat om een hulpmiddel voor de inschrijver, de toepasselijkheid moet worden uitgesloten voor de hulponderneming die op haar beurt niet over de vereiste kwalificaties beschikt, omdat er anders een keten zou ontstaan van hulpondernemingen van de hulpondernemer die zou kunnen beletten dat gemakkelijk kan worden nagegaan of aan die vereisten is voldaan.

- 11 In het algemeen kan er evenwel volgens de rechtspraak [van de EU] niet alleen door de inschrijvende ondernemingen een beroep op de capaciteiten van derden worden gedaan maar door alle ondernemingen die in welke hoedanigheid ook moeten aantonen dat zij voldoen aan de in de aanbesteding gestelde eisen.

Er rijst twijfel of een entiteit, zoals de ontwerper in de onderhavige aanbesteding, over wie er een geschil is, en die te kwalificeren is als louter een „medewerker van de inschrijvende partij”, ofschoon hij gehouden is aan te tonen dat hij over de nodige kwalificaties beschikt zoals opgenomen in de aankondiging van de opdracht, op grond van genoemd artikel 53, lid 3, [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] niet als *onderneming* gekwalificeerd kan worden en om die reden geen beroep kan doen op de capaciteiten van derden: aangezien het hier gaat om een professionele verrichting, is de activiteit sterk persoonsgebonden waardoor het persoonlijke karakter van de verrichting van bijzonder belang is.

In dit verband is in de bestuursrechtspraak [OMISSIS] bevestigd dat het beroep op de capaciteiten van derden al een afwijking is van het beginsel van het persoonlijke karakter van de eisen voor deelname aan de aanbesteding, zodat dit alleen kan worden toegelaten in nauwkeurig omschreven gevallen, teneinde de betrouwbaarheid van de inschrijvende onderneming op het vlak van de uitvoering te waarborgen. Bijgevolg mag niet worden afgeweken van de eis dat er een directe rechtstreekse band tussen de hulp gevende onderneming en de hulp vragende onderneming bestaat, die beide door die band hoofdelijk aansprakelijk zijn voor

de gehele in het contract bedongen prestatie. Hieruit vloeit voort dat een keten van hulpondernemingen [niet is] toegestaan, omdat een dergelijke keten die noodzakelijke rechtstreekse band verbreekt tussen de hulp gevende onderneming en de hulp vragende onderneming, waardoor de juridische keten die de diverse ondernemingen bindt langer en zwakker wordt, met evidente effecten op het gebied van de hoofdelijke aansprakelijkheid [OR.10] voor de hulp vragende onderneming ten opzichte van de hulp gevende onderneming die rechtstreeks voldoet aan de [noodzakelijke] vereisten [OMISSIS].

- 12 Deze [OMISSIS] kamer van de Consiglio di Stato is derhalve van oordeel dat aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de vraag moet worden voorgelegd, die al aan de orde was in de beslissing van deze [OMISSIS] kamer [van] 4 juni 2015, nr. 2737, [die aanleiding heeft gegeven tot zaak C-287/15], of een bepaling als het reeds geanalyseerde artikel 53, lid 3, [van het wetboek inzake overheidsopdrachten] die het mogelijk maakt voor een onderneming om aan de aanbesteding deel te nemen met een „aangewezen” ontwerper, die op zijn beurt volgens vaste nationale rechtspraak geen beroep kan doen op de capaciteiten van derden omdat hij geen inschrijver is, verenigbaar is met de toepasselijke communautaire wetgeving (artikel 48 [van] 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)
- 13 [OMISSIS] [vermelding van gevallen waarin een prejudiciële verwijzing niet verplicht is]
- 14 Derhalve wordt het Hof van Justitie van de Europese Unie verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag [OMISSIS] [OR.11] [OMISSIS] [standaardformules]:
- „Is een bepaling als die van artikel 53, lid 3, van wetsbesluit nr. 163 van 16 april 2006, volgens welke een onderneming mag deelnemen met een ‚aangewezen’ ontwerper die op zijn beurt geen beroep kan doen op de capaciteiten van derden omdat hij geen inschrijver is, verenigbaar met artikel 48 van richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004?”
- [OMISSIS]
- 15 [OMISSIS] [standaardformules]

Beslissing

De Consiglio di Stato, afdeling rechtspraak (Vijfde kamer), verwijst naar het Hof van Justitie van de Europese Unie de hierboven aangeduide prejudiciële vraag en [OMISSIS] schorst de behandeling.

[OMISSIS] Rome, [OMISSIS] 28 september 2017 [OMISSIS]

[OR.12]

[OMISSIS] [*standaardformules*]