



Datum van
inontvangstneming

:

03/04/2017

Zaak C-102/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

28 februari 2017

Verwijzende rechter:

Tribunal de Contas (Lissabon, Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

17 januari 2017

Verzoekende partij:

Secretaria Regional de Saúde dos Açores

Verwerende partij:

Ministério Público

Tribunal de Contas [Portugese rekenkamer]

Arrest nr. 1/2017 [OMISSIS]

Zaak [OMISSIS] **nr. 12/2016**

(prejudiciële verwijzing)

[OMISSIS] Arrest van de Tribunal de Contas, voltallige eerste Kamer:

I - VOORWERP VAN HET GEDING

1. De Secretaria Regional de Saúde dos Açores [regionaal ministerie van gezondheid van de regio Azoren] [...] heeft beroep ingesteld tegen besluit nr. 7/2016 - SRATC [Secção Regional dos Açores do Tribunal de Contas; regionale afdeling van de Azoren van de Tribunal de Contas] van 26 september 2016, dat is genomen in het kader van controle ex ante nr. 51/2016 en waarbij toestemming is geweigerd voor de overeenkomst voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor werken betreffende de restauratie en de opwaardering van

het Centro de Saúde de Velas [gezondheidscentrum te Velas] [,] die is gesloten tussen de Região Autónoma dos Açores, bij monde van de Secretaria Regional de Saúde[,], en Sociedade Afavias– Engenharia e Construções – Açores, SA, tegen de prijs van 1 387 000,00 EUR, op grond van twee onrechtmatigheden in de aanbestedingsprocedure, te weten schending van artikel 40, leden 3 en 5, onder c), van [regionaal wetgevend decreet nr. 27/2015/A van 29 december 2015 tot goedkeuring van] het Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores [rechtsregeling inzake overheidsopdrachten van de autonome regio Azoren; hierna: „RJCPRAA”] en schending van artikel 465 van de Código dos Contratos Públicos [Portugees wetboek inzake overheidsopdrachten; hierna: „CCP”].

2. In haar memories heeft verzoekende partij haar vorderingen in beroep uiteengezet en voor de te beantwoorden vraag is enkel het volgende van belang:

[OR.2]

[,]1. Het onderhavige beroep is gericht tegen het besluit van de regionale afdeling [voor de Azoren] van de Tribunal de Contas (SRATC), waarbij toestemming is geweigerd voor de *overeenkomst voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor werken betreffende de restauratie en de opwaardering van het Centro de Saúde de Velas*, gesloten met de vennootschap *Afavias – Engenharia e Construções - Açores, SA*, op grond van artikel 44, lid 3, LOPTC [Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas; Portugese wet tot inrichting van en tot vaststelling van de procedures bij de Tribunal de Contas], omdat er in de aanbestedingsprocedure twee onrechtmatigheden zijn vastgesteld, namelijk schending van artikel 40, leden 3 en 5, onder c), [RJCPRAA] en schending van artikel 465 van de Código dos Contratos Públicos.

2. Artikel 40 RJCPRAA is gebaseerd op de artikelen 58 en volgende van richtlijn [2014/24/EU] betreffende overheidsopdrachten, die bij deze regionale wettelijke regeling is omgezet in de nationale rechtsorde.

3. Met andere woorden, niet alleen is artikel 40 RJCPRAA in overeenstemming met artikel 58 van die richtlijn, maar ook punt 8.3 van het aanbestedingsdocument is in overeenstemming met bijlage XII bij die richtlijn, betreffende de „bewijsmiddelen voor selectiecriteria” van de marktdeelnemers.

4. De aanbestedende dienst heeft gekozen voor een criterium op basis van de geografie (dat wellicht redelijk open is); de SRATC verkoos een criterium op basis van het soort opdracht voor werken (dat wellicht restrictiever is voor de marktdeelnemers).

5. (...)

6. De betrokken werkzaamheden moeten worden uitgevoerd in een **gevoelig gebied**, aangezien het gaat om de bouw en restauratie van een

gezondheidscentrum dat niet kan sluiten, en moet blijven functioneren, hetgeen van wezenlijk belang is met name op een **eiland zonder ziekenhuis**.

7. Niet mag worden vergeten dat de uitvoering van de werkzaamheden in een geografisch gebied zoals de regio Azoren, **bijzondere kenmerken** vertoont, vooral op kleinere eilanden, met bijzondere uitdagingen onder meer wat betreft de **toegang tot materialen, bevoorrading, onderaannemers, menselijke middelen, bestel- en leveringstermijnen, klimaatomstandigheden, bodemvereisten**.

8. Bijgevolg ligt het *concrete overheidsbelang van de aanbestedende dienst* niet zozeer in het vereiste van eerdere ervaring met het soort gebouw, louter vanuit bouwtechnisch oogpunt, maar veeleer in de technische bekwaamheid van de gekozen kandidaat om het hoofd te bieden aan onvoorziene gebeurtenissen en dus om de termijnen voor uitvoering van de werkzaamheden in de autonome regio Azoren volledig en met de nodige garanties na te leven, zodat een onderbreking in de werking van het huidige gezondheidscentrum zo kort mogelijk duurt en de kleinst mogelijke impact heeft.

9. Het soort selectie op basis van de vroegere uitvoering van overeenkomsten **is geen creatie sui generis van de aanbestedende dienst**: het is niet alleen een gebruikelijke praktijk bij de plaatsing van overheidsopdrachten, maar het is ook uitdrukkelijk voorzien in de wetgeving betreffende overheidsopdrachten, zowel op nationaal niveau als op Unieniveau – zie de artikelen 164 en 165 CCP en de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

10. (...) [”]

[OR. 3]

3. Het Openbaar Ministerie heeft een advies uitgebracht en daarin geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

II - MIDDELEN EN ARGUMENTEN

4. De als bewezen geachte feiten, zoals die blijken uit het bestreden besluit en die van wezenlijk belang zijn voor de beslechting van het geding, zijn als volgt:

[„]1.1. Bij besluit van de Secretário Regional da Saúde van 8 februari 2016 is toestemming verleend voor de [,] opening van een openbare aanbesteding met het oog op de gunning van een overheidsopdracht voor werken betreffende de restauratie en de opwaardering van het gezondheidscentrum te Velas, tegen de basisprijs van 1 400 000 EUR (een miljoen vierhonderdduizend euro), plus btw tegen het wettelijk toepasselijke tarief, en met een uitvoeringstermijn van ten hoogste 18 (achttien) maanden [”] en werden de aanbestedingsstukken (aanbestedingsdossier en bestek) goedgekeurd [”].

1.2. In het aanbestedingsdossier was bepaald:

[„] **8. Toelating van inschrijvers**

8.3. Overeenkomstig artikel 40, lid 3, van het Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores, goedgekeurd bij regionaal wetgevend decreet nr. 27/2015/A van 29 december 2015, kunnen enkel inschrijvingen worden aanvaard van entiteiten die ten bewijze van hun geschiktheid aantonen dat: a) zij drie (3) opdrachten voor werken in de autonome regio Azoren hebben uitgevoerd met een eenheidswaarde van meer dan 750 000 EUR (zevenhonderd vijftigduizend euro).

25. Bewijzen van geschiktheid

25.1 De inschrijver moet de volgende bewijsstukken van geschiktheid overleggen (...):

(...)

e. referenties, met stavingsstukken, van overheidsopdrachten die de inschrijver heeft uitgevoerd met naleving van de vereisten van punt 8.3, die zijn opgesteld door de respectieve opdrachtgever van die respectieve opdracht(en).[”]

[OR. 4]

1.3. De overheidsopdracht is gepubliceerd in het *Jornal Oficial da Região Autónoma dos Açores* [publicatieblad van de autonome regio Azoren], reeks II, nr. 50, van 11 maart 2016.

1.4. Bij besluit nr. 44/2016 van de regeringsraad van 30 maart 2016 is het besluit van de Secretário Regional da Saúde van 8 maart 2016, waarbij toestemming was verleend voor de aanbesteding en waarbij de aanbestedingsstukken zijn goedgekeurd, bevestigd.

1.5. Twee ondernemingen hebben een inschrijving ingediend.

Concorrente	Preço (€)
1. Afavias, S.A.	1.387.000,0 0
2. Somague Ediçor, S.A.	1.398.000,0 0

1.6. Bij besluit nr. 116/2016 van de regeringsraad van 7 juli 2016 is de overheidsopdracht voor werken gegund aan [de onderneming Afavias, SA].

1.7. (...)

1.8. (...)[“”]

Toepasselijke bepalingen

4. Los van het onderzoek van alle vragen die zijn opgeworpen in de memories van verzoekende partij, kan hier, bij wijze van samenvatting waarin de in casu te beantwoorden vraag niettemin geheel begrijpelijk wordt uiteengezet, worden gesteld dat in het bestreden besluit de voorafgaande toestemming voor de betrokken overeenkomst werd geweigerd aangezien in de gekozen aanbestedingsprocedure werd gespecificeerd dat enkel entiteiten die ten bewijze van hun geschiktheid aantoonden dat zij drie opdrachten voor werken in de autonome regio Azoren met een eenheidswaarde van meer dan 750 000 EUR hadden uitgevoerd, een inschrijving konden indienen. Volgens dat besluit is dat vereiste niet in overeenstemming met artikel 40, leden 3 en 5, onder c), van de Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores (RJCPRAA), dat bepaalt dat in het aanbestedingsdossier „*andere toelatingscriteria kunnen worden opgelegd inzake de economische en financiële draagkracht en inzake de technische en beroepsbekwaamheid voor de uitvoering van [OR. 5] de overeenkomst*” (lid 3 van dat artikel 40), zodat „*voor de evaluatie van de technische en beroepsbekwaamheid de regionale aanbestedende diensten overlegging kunnen vereisen (...) van referenties, met stavingsstukken, inzake door de inschrijver in het verleden uitgevoerde opdrachten, waaruit een voldoende mate van voor de goede uitvoering van de opdracht geschikte ervaring blijkt*” (lid 5). Tevens volgens dat besluit „*vormt het geografische criterium (plaats van uitvoering van de werkzaamheden) geen geschikt criterium op basis waarvan de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver om de overeenkomst uit te voeren kunnen worden aangetoond*”. Nog steeds bij wijze van samenvatting kan worden gesteld dat volgens het besluit de vastgestelde onrechtmatigheid de mededinging kan beperken en in die mate het financiële resultaat van de aanbesteding wijzigt wegens schending van het beginsel van gelijkheid en mededinging.

5. Hoewel verzoekende partij erkent dat in het aanbestedingsdossier een geografisch criterium wordt gesteld [uitvoering van drie opdrachten voor werken in de autonome regio Azoren met een eenheidswaarde van meer dan 750 000 EUR], betoogt zij niettemin, kort samengevat, dat dit in overeenstemming is met artikel 40 RJCPRAA en dat dit artikel is gebaseerd op de artikelen 58 en volgende van de Europese richtlijn inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, die bij deze regionale wetgevende handeling in de nationale rechtsorde is omgezet. Bovendien stelt zij opnieuw dat het gebruikte criterium in overeenstemming is met het bepaalde in bijlage XII bij de richtlijn, betreffende de „bewijsmiddelen voor selectiecriteria” van de marktdeelnemers. Dit betoog herhaalt zij in de in punt 2 van dit arrest bedoelde memorie.

6. De essentiële vraag komt aldus erop neer of het criterium dat de aanbestedende dienst – verzoekende partij – in de aanbesteding heeft gebruikt als toelatingscriterium – [uitvoering van drie opdrachten voor werken in de autonome regio Azoren met een eenheidswaarde van meer dan 750 000 EUR] –, al dan niet verenigbaar is met de wetgeving die de autonome regio Azoren heeft goedgekeurd bij regionaal wetgevend decreet nr. 27/2015/A, betreffende het Regime Jurídico dos Contratos Públicos na Região Autónoma dos Açores[,] waarbij richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement van 26 [OR. 6] februari 2014 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten is omgezet in de rechtsorde van de autonome regio Azoren.

7. Zoals duidelijk blijkt, is het ter verduidelijking van de vraag van belang een ruim wetgevend kader voor ogen te houden, dat in casu de Europese, de nationale en de regionale toepasselijke bepalingen omvat, rekening houdend met de bij de grondwet toegekende bevoegdheden.

8. In casu gaat het in concreto alleen om de uitlegging die een overheidsinstantie heeft gegeven van een voorschrift in bovenbedoelde wetgeving [artikel 40, leden 3 en 5, onder c), RJCPRAA], met onmiddellijke en rechtstreekse gevolgen voor een mogelijke beperking van de mededinging in een bepaalde aanbestedingsprocedure, naargelang het machtigingsvoorschrift (artikel 58, lid 4, van voornoemde richtlijn) en de andere beginselen die inzake het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing zijn, met name het beginsel van gelijkheid en mededinging.

9. Regionaal wetgevend decreet nr. 27/2015/A van 29 december 2015, waarbij het RJCPRAA is goedgekeurd, is op 1 januari 2016 in werking getreden en is van toepassing op de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die zijn ingeleid na de datum van inwerkingtreding ervan (artikel 100, lid 1).

10. Ingevolge het RJCPRAA zijn op het plaatsen van overheidsopdrachten „de in de Código dos Contratos Públicos vastgestelde voorschriften uitdrukkelijk van toepassing, rekening houdend met de specifieke voorschriften van de volgende afdelingen” (artikel 25).

11. Artikel 40 RJCPRAA, waarnaar wordt verwezen in het aanbestedingsdossier, voor zover van belang van de onderhavige zaak, luidt als volgt:

„Artikel 40

Bewijzen van geschiktheid

1 – De artikelen 81 tot en met 87 van de Código dos Contratos Públicos zijn uitdrukkelijk van toepassing op de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, rekening houdend met de specifieke voorschriften van de hierna volgende leden.

(...)

3 – Naast het bepaalde in het vorige lid kan de uitnodiging om een inschrijving of het aanbestedingsdossier tevens het bewijs vereisen dat is voldaan aan andere geschiktheidscriteria betreffende de economische en financiële [OR. 7] draagkracht en de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver voor de uitvoering van de overeenkomst, overeenkomstig het bepaalde in de hierna volgende leden.

(...)

5 – Met het oog op de evaluatie van de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid kunnen de regionale aanbestedende diensten vereisen:

(...)

c) referenties, met stavingsstukken, inzake door de inschrijver in het verleden uitgevoerde opdrachten, waaruit een voldoende mate van voor de goede uitvoering van de opdracht geschikte ervaring blijkt.”

12. Dat artikel 40 [...] heeft als grondslag artikel 58, lid 4, van de richtlijn, dat bepaalt:

„Met betrekking tot de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid kunnen aanbestedende diensten eisen opleggen opdat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passende kwaliteitsnorm uit te voeren.

De aanbestedende diensten kunnen met name eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.”

13. Het lijkt geen twijfel dat de mogelijkheid bestaat om geschiktheidseisen inzake de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid van de inschrijver te stellen, waarbij het bewijs kan bestaan in aangetoonde ervaring in het verleden, met name het bewijs dat opdrachten die zijn gegund en uitgevoerd, daadwerkelijk tot een goed einde zijn gebracht.

14. Het is precies op basis van die ervaring in het verleden (met opdrachten waarbij de werkzaamheden volledig zijn uitgevoerd) dat de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid om de betrokken opdracht uit te voeren kan worden geëvalueerd.

15. Hetgeen niet passend lijkt en evenmin verenigbaar is met de ratio van de gehele procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, is het feit dat aan de inschrijvers een geschiktheids criterium wordt opgelegd waarbij een entiteit wordt verplicht te beschikken over ervaring op dat gebied uitsluitend in een bepaald land of een bepaalde regio.

[OR. 8]

16. De geschiktheidsvereisten betreffen het recht op toegang tot de procedure en vormen uitsluitingsgronden voor wie niet de vereiste geschiktheid bezit.

17. Richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat „[o]m tot een objectieve vergelijking van de relatieve waarde van de inschrijvingen te kunnen komen en aldus, onder omstandigheden van effectieve mededinging, te kunnen bepalen welke inschrijving de economisch meest voordelige is, [...] de gunning van de opdracht [dient] te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen” [overweging 90 van richtlijn 2014/24/EU], hetgeen uitdrukkelijk is bevestigd in de normatieve bepalingen ervan, namelijk in het voorschrift dat „[o]verheidsopdrachten [...] niet [worden] opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken” [artikel 18, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU].

18. Binnen het nationale rechtskader, dat van toepassing is op het gehele nationale grondgebied, daaronder begrepen de autonome regio's, bepaalt de Código de Contratos Públicos in artikel 1, lid 4, dat „de beginselen van transparantie, gelijkheid en mededinging uitdrukkelijk van toepassing zijn op de overheidsopdrachten” en in artikel 132, lid 4, dat „het aanbestedingsdossier tevens enkele specifieke voorschriften kan bevatten betreffende de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht die de aanbestedende dienst geschikt acht, mits deze voorschriften niet tot gevolg hebben dat de mededinging wordt belemmerd, beperkt of vervalst”.

19. Thans is het van belang erop te wijzen dat noch artikel 40, leden 3 en 5, onder c), van regionaal wetgevend decreet nr. 27/2015/A van 29 december 2015, noch artikel 58, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014, verduidelijkt of „*referenties, met stavingsstukken, inzake door de inschrijver in het verleden uitgevoerde opdrachten, waaruit een voldoende mate van voor de goede uitvoering van de opdracht geschikte ervaring blijkt*” in een bepaalde procedure een [Or. 9] criterium van geografische geschiktheid kan omvatten inzake de uitvoering van werkzaamheden in het verleden, met name dat deze werkzaamheden uitsluitend in dezelfde autonome regio zijn uitgevoerd.

20. Elke rechterlijke instantie moet bij de uitoefening van haar bevoegdheden het nationale recht uitleggen in overeenstemming met het Unierecht.

21. Richtlijn 2014/24/EU, die in de rechtsorde van de autonome regio Azoren is omgezet bij [...] regionaal wetgevend decreet nr. 27/2015/A van 29 december 2015, doet omtrent artikel 58, lid 4, ervan twijfel rijzen of deze richtlijn aldus kan worden uitgelegd dat, gelet op de beginselen die een ruime mate van mededinging moeten bevorderen bij het plaatsen van overheidsopdrachten, met name voor werken, een criterium kan worden opgelegd waardoor enkel entiteiten die ten bewijze van hun geschiktheid aantonen dat zij voorheen drie opdrachten voor werken in deze autonome regio met een eenheidswaarde van meer dan 750 000 EUR hebben uitgevoerd, kunnen inschrijven.

22. Gelet op de relevantie van de vraag, inzonderheid vanuit toekomstig perspectief, en het ontbreken van rechtspraak ter zake, beslist de Tribunal krachtens artikel 267 van het Verdrag van Lissabon om het Hof van Justitie van de Europese Unie deze vraag voor te leggen teneinde het beginsel van eenvormigheid in de uitlegging van het Unierecht te eerbiedigen.

23. Deze kamer van de Tribunal de Contas is overeenkomstig artikel 214 van de grondwet van de Portugese Republiek en de artikelen 1, 5, lid 1, onder c), en 96 van wet nr. 98/97 van 26 augustus 1997, de nationale rechterlijke instantie die in laatste aanleg bevoegd is om de te beoordelen vraag te beslechten.

24. De behandeling van de zaak moet worden geschorst tot de uitspraak op het prejudiciële verzoek [OMISSIS].

[OR. 10]

III - BESLUIT

Gelet op het voorafgaande verzoekt de Eerste kamer, in voltallige zitting, het Hof van Justitie van de Europese Unie om een beslissing over de volgende prejudiciële vraag:

a) Dient artikel 58, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 aldus te worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als die beschreven [in artikel 40, leden 3 en 5, onder c), van regionaal wetgevend decreet nr. 27/2015/A van 29 december 2015], volgens welke inzake overheidsopdrachten als geschiktheids criterium een geografisch criterium kan worden opgelegd volgens hetwelk in dezelfde autonome regio in het verleden drie opdrachten voor werken moeten zijn uitgevoerd?

Tevens wordt beslist de behandeling van de zaak te schorsen tot de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie [OMISSIS].

Lissabon, 17 januari 2017

De raadsheren,

[OMISSIS] [ondertekening]

[OMISSIS]