



Datum van inontvangstneming : 14/02/2017

Zaak C-14/17

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

11 januari 2017

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

17 november 2016

Verzoeksters:

VAR, s.r.l.

ATM – Azienda Trasporti Milanesi s.p.a.

Verweerster:

Iveco Orecchia SpA

[omissis]

ITALIAANSE REPUBLIEK

De Consiglio di Stato (Raad van State),

afdeling rechtspraak (Vijfde kamer),

wijst de navolgende

BESCHIKKING

op het hoger beroep van

VAR s.r.l., [omissis]

tegen

Iveco Orecchia s.p.a., [omissis]

in tegenwoordigheid van:

ATM SpA – Azienda Trasporti Milanesi, [omissis]

[Or. 2]

en van

ATM – Azienda Trasporti Milanesi SpA, [omissis]

tegen

Iveco Orecchia SpA, [omissis]

in tegenwoordigheid van:

VAR Srl, [omissis]

met het oog op de herziening

van het tussen de partijen gewezen vonnis van de Tribunale amministrativo regionale (regionale administratieve rechter; hierna: „TAR”) van Lombardije – Milaan, afdeling IV, nr. 01339/2016, betreffende de toewijzing van een opdracht voor de levering van reserveonderdelen voor autobussen, trolleybussen en trams.

[omissis] [standaardformules]

Bij aankondiging van opdracht van 25 februari 2015 heeft de Azienda Trasporti Milanesi – ATM een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de „*levering van originele reserveonderdelen [Or. 3] en/of originele uitrusting en/of gelijkwaardige onderdelen voor autobussen en trolleybussen van Iveco*” voor een bedrag dat hoger is dan de drempel die relevant is voor de toepassing van de Unieregels inzake openbare aanbestedingen (geschatte waarde: 3 350 000,00 EUR exclusief btw).

Aan het einde van de aanbestedingsprocedure werd de opdracht gegund aan VAR Srl (hierna: „VAR”), die als eerste was gerangschikt vóór Iveco Orecchia SpA (hierna: „Iveco Orecchia”).

Aangezien deze laatste van mening was dat de opdracht op onrechtmatige wijze was toegewezen, is zij bij de TAR Lombardije – Milaan tegen het gunningsbesluit opgekomen.

VAR is in rechte verschenen en heeft incidenteel beroep ingesteld.

Bij vonnis nr. 679 van 11 april 2016, dat enkel een dictum bevatte, heeft de TAR het principale beroep toegewezen en het incidentele beroep verworpen.

Tegen dat vonnis heeft VAR in 2016 hoger beroep ingesteld [omissis].

Vervolgens heeft de TAR bij vonnis nr. 1339 van 7 juli 2016 de motivering van bovengenoemd vonnis uiteengezet.

Hij was in het bijzonder van oordeel dat VAR van de aanbestedingsprocedure diende te worden uitgesloten om de volgende twee redenen:

a) omdat zij had verklaard dat zij reserveonderdelen wilde leveren die gelijkwaardig waren aan de oorspronkelijke onderdelen (zoals de lex specialis toestaat), zonder evenwel bij de indiening van de offerte of tijdens de aanbestedingsprocedure certificaten of enig ander bewijs over te leggen waaruit bleek dat de betrokken onderdelen gelijkwaardig waren aan de originele;

b) omdat zij niet had aangegeven wie de daadwerkelijke producent van elk van de aangeboden reserveonderdelen was.

Wat meer bepaald de overweging onder a) betreft, heeft de TAR verklaard dat de verplichting voor de inschrijver om tijdens de aanbesteding te bewijzen dat de voorgestelde producten gelijkwaardig zijn aan de originele producten voortvloeit uit artikel 68 van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006, waarbij artikel 23 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] in Italiaans recht is omgezet.

VAR heeft dit vonnis aangevochten en haar hoger beroep [omissis] van 2016 aangevuld met bijkomende middelen.

[Or. 4]

Iveco Orecchia is in rechte verschenen om verweer te voeren tegen het hoger beroep.

ATM is in rechte verschenen ter ondersteuning van appellante.

Vervolgens hebben de partijen ter ondersteuning van hun standpunten verschillende memories ingediend.

ATM heeft bij afzonderlijke akte hoger beroep [omissis] tegen bovengenoemd vonnis nr. 1339/2016 ingesteld.

Iveco Orecchia en VAR zijn in rechte verschenen, de eerste om verweer te voeren tegen het hoger beroep, de tweede ter ondersteuning van ATM.

Alle partijen hebben memories ingediend waarin zij hun standpunten nader hebben toegelicht.

Ter openbare terechtzitting van 17 november 2016 zijn beide zaken onderzocht.

Aangezien de twee hogere beroepen tegen hetzelfde vonnis gericht zijn, dienen de zaken te worden gevoegd.

Vooraf dienen de excepties te worden behandeld die Iveco Orecchia ten aanzien van de twee hogere beroepen heeft opgeworpen.

[omissis] **[Or. 5]** [omissis] **[Or. 6]** [omissis]

[omissis] [excepties met betrekking tot nationaalrechtelijke procedurele kwesties, die alle ongegrond zijn verklaard]

Met het eerste middel van de hogere voorzieningen komen appellanten op basis van in wezen soortgelijke argumenten op tegen het bestreden vonnis voor zover daarin de stelling is aanvaard dat de inschrijver die producten aanbiedt die gelijkwaardig zijn aan de originele producten, krachtens bovengenoemd artikel 68 te allen tijde verplicht is om reeds tijdens de aanbestedingsprocedure deze gelijkwaardigheid aan te tonen.

Dienaangaande merken zij op dat:

- 1) de aanbestedende dienst het voorwerp van de overeenkomst heeft omschreven onder verwijzing naar het uitzonderingsgeval van artikel 68, lid 13, dat bepaalt: *„Behalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is, mag in de technische specificaties geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is door toepassing van de leden 3 en 4, mits deze vermelding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden ‚of gelijkwaardig‘”;*
- 2) in een dergelijk geval het bewijs niet hoeft te worden geleverd in het kader van de aanbesteding, anders dan in de gevallen waarin de technische specificaties van het te leveren goed zijn vastgesteld overeenkomstig artikel 68, lid 3;
- 3) in de aanbestedingsregeling was bepaald dat, indien soortgelijke producten werden aangeboden, de gelijkwaardigheid diende te worden aangetoond aan de hand van een daartoe bestemd certificaat van de fabrikant, dat aan de aanbestedende dienst diende te worden bezorgd „bij de eerste levering van een gelijkwaardig reserveonderdeel” (punt 5 van de technische specificatie).

Iveco Orecchia antwoordt hierop dat een correcte uitlegging van artikel 68 van decreto legislativo nr. 163/2006 en met name van lid 13 ervan de conclusies bevestigt waartoe de TAR is gekomen.

[Or. 7]

Indien deze bepaling anders werd uitgelegd, zou zij in strijd zijn met artikel 3 van de Italiaanse grondwet en artikel 34 van richtlijn 2004/17/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten].

Voor het geval dat artikel 68, lid 13, aldus zou moeten worden opgevat dat het de inschrijver toestaat om niet reeds bij de inschrijving of ten laatste tijdens de aanbestedingsprocedure de gelijkwaardigheid van de te leveren producten aan te tonen, verzoekt Iveco Orecchio de Consiglio di Stato als rechterlijke instantie die in laatste aanleg uitspraak doet, het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 VWEU te verzoeken bij wege van prejudiciële beslissing:

a) te beoordelen of het verenigbaar is met het recht van de Europese Unie en met name met artikel 34 van richtlijn 2004/17/EG om artikel 68, lid 13, van decreto legislativo nr. 163/2006 aldus uit te leggen dat het een inschrijver die gelijkwaardige producten wenst te leveren is toegestaan om de kwaliteit en de gelijkwaardigheid van deze producten niet reeds bij de inschrijving te bewijzen, maar pas na de toewijzing van de opdracht;

b) in geval van bevestigend antwoord op de vraag onder a) toe te lichten op welke wijze:

b1) de eerbiediging van de beginselen van onveranderlijkheid van de offerte, gelijke behandeling en onpartijdigheid, volledige mededinging en goed bestuur, de rechten van de verdediging en het recht van de andere concurrenten om te worden gehoord kan worden verzekerd;

b2) artikel 58 van richtlijn 2004/17/EG (dat is omgezet bij artikel 234 van decreto legislativo nr. 163/2006), volgens hetwelk de aanbestedende dienst een inschrijving kan afwijzen die meer dan 50 % producten uit derde landen bevat, en onder dezelfde voorwaarden verplicht is de voorkeur te geven aan een inschrijving die geen producten uit derde landen bevat, toepassing kan vinden.

Na deze korte uiteenzetting van de verschillende standpunten zij opgemerkt dat de lex specialis van de procedure niet specifiek bepaalde dat de inschrijver reeds bij de inschrijving of alleszins tijdens de aanbestedingsprocedure de gelijkwaardigheid van de te leveren producten diende aan te tonen.

[Or. 8]

Artikel 5 van de technische specificatie bepaalde integendeel uitdrukkelijk dat het certificaat waaruit de gelijkwaardigheid met het originele product bleek, aan de aanbestedende dienst diende te worden bezorgd „*bij de eerste levering van een gelijkwaardig reserveonderdeel*”.

Overeenkomstig de regeling die voor de betrokken aanbestedingsprocedure gold, heeft VAR noch in haar offerte noch zelfs maar tijdens de aanbestedingsprocedure de gelijkwaardigheid tussen de aangeboden en de originele producten aangetoond.

Bijgevolg moet worden nagegaan of deze door de aanbestedingsregeling gerechtvaardigde handelwijze kan worden geacht verenigbaar te zijn met artikel 68 van decreto legislativo nr. 163/2006.

Dit artikel bepaalt in lid 13 het volgende: „*Behalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is, mag in de technische specificaties geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de opdracht niet mogelijk is door toepassing van de leden 3 en 4, mits deze vermelding of verwijzing vergezeld gaat van de woorden ‚ gelijkwaardig’.*”

Deze bepaling vereist dus niet dat de inschrijver in het kader van de aanbesteding aantoont dat de aangeboden producten gelijkwaardig zijn aan de originele producten, en wijkt daarmee af van de gevallen waarin de aanbestedende dienst de producten waarop de opdracht betrekking heeft omschrijft overeenkomstig lid 3, in welk geval de inschrijver reeds in zijn offerte moet aantonen „*dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de in de technische specificaties gestelde eisen*” (leden 4, 6, 7 en 8).

Voorts stemt de tekst van artikel 68, lid 13, van decreto legislativo nr. 163/2006 bijna woordelijk overeen met die van artikel 34, lid 8, van richtlijn 2004/17/EG.

Deze laatste bepaling luidt immers als volgt: „*Behalve indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is, mag in de technische specificaties geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een volgens bijzondere werkwijzen verkregen fabricaat, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een [Or. 9] merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering toegestaan wanneer een voldoende nauwkeurige en begrijpelijke beschrijving van het voorwerp van de*

opdracht niet mogelijk is door toepassing van de leden 3 en 4; een dergelijke vermelding of verwijzing gaat vergezeld van de woorden ,of gelijkwaardig’.”

Prima facie lijkt de bepaling van nationaal recht dus niet in tegenspraak te zijn met de bepaling van Unierecht.

Hieruit zou dus kunnen worden afgeleid dat eerstgenoemde bepaling in overeenstemming is met laatstgenoemde bepaling.

Een systematische uitlegging van deze laatste bepaling zou evenwel kunnen leiden tot de conclusie dat zelfs in het geval van producten die overeenkomstig artikel 34, lid 8, van richtlijn 2004/17/EG zijn omschreven, het bewijs van de gelijkwaardigheid reeds bij de inschrijving dient te worden geleverd.

Ter beslechting van het geding moet dus worden vastgesteld of deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het bewijs van de gelijkwaardigheid van de te leveren producten zelfs in het in artikel 34, lid 8, van deze richtlijn bedoelde geval reeds bij de inschrijving moet worden geleverd, en bijgevolg of artikel 68, lid 13, van decreto legislativo nr. 163/2006 in overeenstemming is met deze richtlijn.

Iveco Orecchia heeft overigens een verzoek in die zin ingediend bij de Consiglio di Stato, die als administratieve rechter die in laatste aanleg uitspraak doet, ingevolge artikel 267 VWEU verplicht is het Hof van Justitie een prejudiciële vraag te stellen.

Voorts is er geen sprake van een van de gevallen waarin de rechter in laatste aanleg van een prejudiciële verwijzing kan afzien.

[omissis] **[Or. 10]** [omissis] [verwijzing naar de Cilfit-rechtspraak]

Bijgevolg dienen de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van de Justitie te worden voorgelegd:

- a) Primair: moet artikel 34, lid 8, van richtlijn 2004/17/EG aldus worden uitgelegd dat reeds bij de inschrijving het bewijs dient te worden geleverd dat de te leveren producten gelijkwaardig zijn aan het originele product?
- b) Subsidiair, voor het geval dat de eerste uitleggingsvraag ontkennend wordt beantwoord: op welke wijze moet de eerbiediging van de beginselen van gelijke behandeling en onpartijdigheid, volledige mededinging en goed bestuur, de rechten van de verdediging en het recht van de andere inschrijvers om te worden gehoord worden verzekerd?

Daarentegen is niet voldaan aan de voorwaarden om de andere door Iveco Orecchia – eveneens subsidiair – voorgestelde prejudiciële vraag te stellen op welke wijze artikel 58 van richtlijn 2004/17/EG (dat is omgezet bij artikel 234 van decreto legislativo nr. 163/2006), volgens hetwelk de aanbestedende dienst een

inschrijving kan afwijzen die meer dan 50 % producten uit derde landen bevat, en onder dezelfde voorwaarden verplicht is de voorkeur te geven aan een inschrijving die geen producten uit derde landen bevat, toepassing kan vinden.

De beantwoording van die vraag is immers geenszins relevant voor de beslechting van het geding, aangezien er in de onderhavige zaak geen problemen zijn gerezen in verband met de toepassing van artikel 234 van decreto legislativo nr. 163/2006 en artikel 58 van richtlijn 2004/17/EG.

[omissis] **[Or. 11]** [omissis]

[instructies voor de griffie en standaardformules]

OM DEZE REDENEN

Beslist de Consiglio di Stato:

a) de in het overwegende gedeelte geformuleerde prejudiciële vragen worden overgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie;

[omissis]

[omissis] Rome [omissis] 17 november 2016 [omissis]

[Or. 12]

[omissis] [standaardformule en ondertekeningen]