



Datum van inontvangstneming : 19/02/2013

Zaak C-19/13

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

15 januari 2013

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato / Italië

Datum van de verwijzingsbeslissing:

14 december 2012

Verzoekende partij:

Ministero dell'Interno

Verwerende partij:

Fastweb S.p.A.

(omissis)

ITALIAANSE REPUBLIEK

Consiglio di Stato

(omissis)

geeft de onderhavige

BESLISSING

op het hoger beroep (omissis) ingesteld door:

Ministero dell'Interno, (omissis)

tegen

Fastweb S.p.a., (omissis)

met betrekking tot

Telecom S.p.a., (omissis)

tot wijziging

van het tussen partijen gewezen vonnis [Or.2] nr. 4997/2012 van het Tribunale Amministrativo Regionale (hierna: „TAR”) LAZIO - ROMA (kamer I TER) betreffende de procedure van gunning door onderhandelingen zonder aankondiging voor de verrichting van elektronische-communicatiediensten ten behoeve van het Dipartimento di pubblica sicurezza e dell’Arma dei Carabinieri (departement Openbare veiligheid en de Carabinieri), zoals spraak- en mobiele-datatransmissiediensten

(omissis)

(omissis) [procedurele aspecten]

Feiten

- 1 Het Ministero dell’Interno, Dipartimento di Pubblica Sicurezza (ministerie van Binnenlandse Zaken – departement Openbare Veiligheid; hierna: „ministerie”), sloot in 2003 een overeenkomst met Telecom Italia S.p.a. (hierna: „Telecom Italia”) voor de ontwikkeling en het beheer van telecommunicatiediensten, die nadien werd aangevuld met een aantal aanhangsels. De overeenkomst liep af op 31 december 2011.

1.1. Toen die overeenkomst ten einde liep meende het ministerie te kunnen gebruikmaken van artikel 28, lid 1, sub e, van richtlijn 2009/81/EG van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en [Or.3] diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en, meer algemeen, van artikel 57, lid 2, sub b, van decreto legislativo (hierna: „d.lgs.”) 163/2006 dat in het nationale recht uitvoering heeft gegeven aan de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

1.2. In het bijzonder was het ministerie van mening dat slechts één ondernemer, namelijk de vroegere exploitant Telecom Italia, in staat was de nieuwe opdracht voor diensten uit te voeren, zulks om technische redenen en omdat die onderneming (bepaalde) exclusieve rechten bezat. Daarom kon de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht worden toegepast.

In deze overtuiging verzocht de aanbestedende dienst de Avvocatura Generale (bij nota van 12 december 2011) voorafgaandelijk om advies, dat gunstig luidde (besluit van 20 december 2011). Overeenkomstig artikel 79 bis van het voormelde d.lgs. 163/2006 publiceerde hij diezelfde dag de „aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf” in het supplement op het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Op 22 december werd het besluit vastgesteld waarbij Telecom

Italia werd uitgenodigd deel te nemen aan de onderhandelingen die de dag nadien zouden worden gevoerd. Na de onderhandelingen tekenden de partijen op 31 december de raamovereenkomst voor „elektronische-communicatiediensten ten behoeve van het departement Openbare Veiligheid en de Carabinieri, waaronder spraak- en mobiele-datatransmissiediensten”.

Op 16 februari 2012 werd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* de gunning van de opdracht bekendgemaakt.

[Or.4]

- 2 Met een eerste beroep kwam Fastweb S.p.a. (hierna: „Fastweb”) op tegen de gunning van de betrokken opdracht. Zij stelde dat zij het ministerie haar belangstelling om in de toekomst deel te nemen aan aanbestedingen eerder al had laten blijken en kritiseerde de keuze om de opdracht te gunnen zonder inschrijvingsprocedure. Zij betoogde dat artikel 28 van richtlijn 2009/18/EG en artikel 57 d.lgs. 163/2006 waren geschonden, dat de aanbestedende dienst geen toereikende motivering had verstrekt en zijn bevoegdheid had overschreden, en dat niet was voldaan aan de voorwaarden voor de procedure van gunning door onderhandelingen zonder aankondiging. Fastweb verzocht bijgevolg om nietigverklaring van de gunning en vaststelling dat de overeenkomst, voor zover die al was gesloten, onverbindend was.

2.1. Met aanvullende argumenten betwistte Fastweb de voordien genomen besluiten, waarvan zij niet eerder op de hoogte was, in het bijzonder het voormelde besluit van 22 december 2011 dat Telecom Italia noemde als operator waarmee over de gunning van de dienst zou worden onderhandeld. Onder verwijzing naar artikel 16 van legge (hierna: „l.”) 241/1990 en de artikelen 17, 59 en 79-bis d.lgs. 163/2006 stelde zij dat er nog andere inbreuken waren gepleegd, kritiseerde in het bijzonder de keuze van de aanbestedende dienst om de dienstverrichting te regelen bij een raamovereenkomst met een onbepaald voorwerp en een vrij lange looptijd, alsook de wijze waarop de overeenkomst op 31 december 2011 tot stand was gekomen, met daaraan voorafgaand de bekendmaking van de aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf, die volgens haar een aantal fundamentele aspecten niet vermeldde, en als zodanig dus niet de in artikel 121, lid 5, van de Codice del processo amministrativo (wetboek bestuursprocesrecht) bedoelde uitwerking kon hebben.

- 3 Het TAR wees de door het ministerie en Telecom Italia opgeworpen excepties van [Or.5] niet-ontvankelijkheid (omissis) [ontvankelijkheidskwesties waarop reeds was beslist] af, onder meer op grond dat Fastweb de aan de andere partij toegewezen dienst toch had kunnen verrichten, zij het misschien niet volledig zelf, dan toch via een beroep op de draagkracht van andere lichamen en een tijdelijke ondernemersvereniging. Ten gronde (omissis) [procedurekwesties] oordeelde het TAR dat de bezwaren van Fastweb tegen de keuze van het ministerie terecht waren en dat de door de aanbestedende dienst genoemde gegevens en

omstandigheden geen „technische redenen” vormden op grond waarvan volgens artikel 57, lid 2, sub b, d.lgs. 163/2006 „de overeenkomst slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd”, maar „opportuiniteitsoverwegingen en redenen die verband hielden met de moeilijkheden die de gunning van de diensten aan andere ondernemers dan Telecom Italia mogelijkerwijs zou meebrengen”. (omissis) [irrelevant punt]

3.1. Het TAR wees het verzoek om nietigverklaring toe. Het oordeelde dat de overeenkomst in het onderhavige geval niet onverbindend kon worden verklaard op basis van artikel 121 van de Codice del processo amministrativo, aangezien lid 5 daarvan moest worden toegepast als gevolg van het feit dat op 20 december 2011 overeenkomstig artikel 79 bis d.lgs. 163/2006 de aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf in het *Publicatieblad* [Or.6] van de Europese Unie was bekendgemaakt. Dit betekende echter niet dat de overeenkomst niet onverbindend kon worden verklaard op grond van artikel 122, mits aan de nodige voorwaarden was voldaan.

3.2. Het TAR verklaarde de op 31 december 2011 ondertekende overeenkomst bijgevolg onverbindend, maar pas vanaf 31 december 2013.

3.3. Tegen het vonnis van het TAR werd hoger beroep ingesteld door het ministerie en Telecom Italia.

Middelen

- 4 In hoger beroep wierp het ministerie de in eerste aanleg reeds aangevoerde procedurele excepties opnieuw op. Ten gronde stelde het dat artikel 57, lid 2, sub b, d.lgs. 163/2006 onjuist was toegepast, meer bepaald wat de voorwaarde inzake de „technische redenen” betreft, op grond dat het in eerste aanleg overgelegde onderzoeksverslag op uitvoerige wijze aantoonde dat deze redenen in het onderhavige geval wel degelijk bestonden.

4.1. Het ministerie bestreed het vonnis ook voor zover daarbij was geoordeeld dat de overeenkomst onverbindend was, met het betoog dat artikel 122 in het onderhavige geval niet kon worden toegepast, maar enkel artikel 121, lid 5, dat een dergelijke onverbindendverklaring uitdrukkelijk uitsluit.

4.2. Telecom Italia stelde van haar kant incidenteel hoger beroep in op basis van in wezen dezelfde argumenten als die van het ministerie, namelijk dat het TAR het non ultra petita-beginsel had geschonden en dat het ten gronde onvoldoende rekening had gehouden met het in eerste aanleg ingediende onderzoeksverslag waaruit bleek door welke technische [Or.7] redenen de keuze van het ministerie was ingegeven.

4.3. Telecom Italia bestreed voorts de beslissing van het TAR inzake de raamovereenkomst met het betoog dat de zogenoemde richtlijn „beroepsprocedures” (2007/66/EG), in het bijzonder artikel 2 quinquies, lid 4,

daarvan, indien juist toegepast, zich in het onderhavige geval ertegen verzet dat de overeenkomst onverbindend wordt verklaard, zulks ten gevolge van de aankondiging die conform artikel 3 bis van die richtlijn twaalf dagen vóór de sluiting van de overeenkomst in het *Publicatieblad van de Europese Unie* was bekendgemaakt.

4.4. Fastweb (omissis) betoogde dat de raamovereenkomst overeenkomstig artikel 122 van de Codice del processo amministrativo onverbindend diende te worden verklaard.

- 5 Bij deelarrest heeft deze kamer van de Consiglio di Stato de procedurekwesties beslecht, waarbij zij de reeds in eerste aanleg opgeworpen excepties van niet-ontvankelijkheid heeft afgewezen. Ten gronde heeft zij uitspraak gedaan op het onderdeel van het vonnis van het TAR waarin de in het kader van de procedure door onderhandelingen vastgestelde besluiten, met name de gunning van de opdracht aan Telecom Italia, nietig zijn verklaard.

5.1. Zij heeft die nietigverklaring bevestigd en daarmee de hogere beroepen in zoverre verworpen, op grond dat de voorwaarden voor toepassing van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder aankondiging niet vervuld waren of, beter gezegd, dat onvoldoende was aangetoond dat deze voorwaarden vervuld waren.

5.2. De kamer oordeelde namelijk dat uit het gevoerde betoog en het overgelegde bewijs (waaronder het op 28 april 2012 in eerste aanleg ingediende technische verslag), niet bleek dat het objectief [Or.8] onmogelijk was de betrokken diensten aan potentieel andere ondernemers toe te wijzen, maar dat een dergelijke beslissing volgens het ministerie niet opportuun was, hoofdzakelijk omdat dit wijzigingen, kosten en aanpassingstijd meebracht.

- 6 Nu de nietigverklaring van de gunning in hoger beroep is bevestigd, rijst de vraag naar het lot van de raamovereenkomst. Om deze vraag te kunnen beantwoorden gaat de kamer hierna dieper in op de draagwijdte van de gemeenschapsregeling inzake procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten.

Gemeenschapsregeling betreffende de onverbindendheid van overeenkomsten inzake het plaatsen van overheidsopdrachten

- 7 De richtlijnen 89/665/EG en 92/12/EEG betreffende de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten zijn gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG, die zowel de instrumenten tot preventieve bescherming als de instrumenten tot bescherming achteraf, dat wil zeggen nadat de overeenkomst is gesloten, heeft versterkt. Eerstgenoemde instrumenten beogen voor zover mogelijk te voorkomen dat de overeenkomst wordt gesloten voordat een betrokken partij de rechtmatigheid van de gunning in rechte heeft kunnen betwisten (zie de artikelen 2, lid 3, en 2 bis, lid 2). Om laatstgenoemde instrumenten doeltreffender te maken, noemt richtlijn 2007/66/EG drie gevallen waarin de lidstaten ervoor

moeten zorgen dat de overeenkomst „onverbindend wordt verklaard” (zie artikel 2 quinquies, lid 1). Buiten deze gevallen, waarin de onverbindendverklaring een in beginsel verplichte maatregel is (zie echter ook hierna), bepaalt de richtlijn dat de gevolgen [Or.9] van de nietigverklaring van de gunning voor de na deze gunning gesloten overeenkomst „door het nationale recht [worden] bepaald” (zie artikel 2, lid 7).

7.1. In het bijzonder met betrekking tot de bescherming na sluiting van de overeenkomst, zij herinnerd aan de punten 13 en 14 van de considerans van richtlijn 2007/66 volgens welke:

– het Hof van Justitie de onderhandse gunning van opdrachten als een zeer ernstige schending van het communautaire aanbestedingsrecht beschouwt, zodat via deze weg tot stand gekomen overeenkomsten in beginsel als onverbindend moeten worden beschouwd;

– onverbindendheid de meest doeltreffende manier is om de mededinging te herstellen en nieuwe zakelijke kansen te creëren voor bedrijven waaraan op een onwettige manier de mogelijkheid tot mededinging is ontnomen.

7.2. Volledigheidshalve en omdat appellanten zich erop beroepen, zij verder punt 26 van de considerans van deze richtlijn in herinnering gebracht, dat luidt: „Ter voorkoming van eventuele rechtsonzekerheid als gevolg van onverbindendheid, moeten de lidstaten in een uitzondering op de vaststelling van onverbindendheid voorzien in gevallen waarin de aanbestedende dienst van mening is dat de onderhandse gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is toegestaan overeenkomstig de richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG en [h]ij een opschortende minimumtermijn heeft toegepast die een doeltreffende [Or.10] beroepsprocedure mogelijk maakt.”

7.3. Tot de gevallen waarvoor de richtlijn in onverbindendheid voorziet behoort de situatie waarin „de aanbestedende dienst een opdracht heeft gegund zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, zonder dat dit op grond van richtlijn 2004/18/EG is toegestaan” (artikel 2 quinquies, lid 1, sub a).

7.4. Voorts bepaalt de richtlijn dat artikel 2 quinquies, lid 1, sub a, geen toepassing vindt wanneer:

– de aanbestedende dienst van mening is dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging op grond van richtlijn 2004/18/EG is toegestaan,

– de aanbestedende dienst een aankondiging van zijn voornemen om tot sluiting van de overeenkomst over te gaan in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft bekendgemaakt, en

– de overeenkomst niet is gesloten vóór het verstrijken van een termijn van tien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum van bekendmaking van de aankondiging.

- 8 In het onderhavige geval heeft deze kamer in het voormelde deelarrest vastgesteld dat het ministerie de opdracht aan Telecom Italia heeft toegewezen op basis van een procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging, hoewel de voorwaarden daartoe niet vervuld waren.

8.1. Ervan uitgaande dat de procedure van gunning door onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in casu wél was toegestaan, heeft het ministerie op 20 december 2011 een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, en heeft het [Or.11] op 31 december 2011 de nieuwe raamovereenkomst ondertekend met de geselecteerde onderneming Telecom Italia.

8.2. Aangezien het onderhavige geval een opdracht betreft met betrekking waartoe wordt aangevoerd dat richtlijn 2009/81/EG op defensie- en veiligheidsgebied van toepassing is, moet erop worden gewezen dat deze richtlijn een regeling inzake beroepsprocedures bevat (zie artikel 60) die nagenoeg overeenstemt met die van richtlijn 89/665/EEG, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG.

- 9 Uit deze eerste analyse van de in de richtlijnen vervatte gemeenschapsregeling kan worden afgeleid dat:

a) de lidstaten in bepaalde gevallen, waarin het om zeer ernstige inbreuken gaat, ervoor moeten zorgen dat de overeenkomst (bij nietigverklaring van de gunning) onverbindend wordt verklaard;

b) de lidstaten in andere gevallen dienen te bepalen dat deze regel (inzake in beginsel verplichte onverbindendheid) niet van toepassing is;

c) het in de overige gevallen aan de lidstaten staat te bepalen welke gevolgen de nietigverklaring van de gunning voor de overeenkomst heeft.

9.1. (omissis) In het onderhavige geval dient toelichting te worden verstrekt bij het bepaalde sub b, dat de gevallen betreft waarvoor de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de (in beginsel) verplichte onverbindendheid buiten toepassing wordt gelaten.

9.2. Het Collegio vraagt zich af of die uitsluiting – of uitzondering op de regel sub a – in onvoorwaardelijke zin moet worden opgevat, te weten in die zin dat de overeenkomst altijd en hoe dan ook verbindend *moet* worden verklaard, dan wel of die uitzondering niet aldus kan worden uitgelegd [Or.12] dat de overeenkomst niet verplicht onverbindend hoeft te worden verklaard, maar dat het aan de

beoordeling van de nationale rechter wordt overgelaten ze als onverbindend te erkennen, zodat zij onder de restgevallen sub c valt (zoals hierna wordt uiteengezet heeft het TAR in het bestreden vonnis de tweede mogelijkheid toegepast).

9.3. Wordt voor de eerste uitlegging gekozen, dan leidt dat ertoe dat de zeer ernstige inbreuk die de onwettige onderhandse gunning uit het oogpunt van de bescherming van de mededinging vormt, nooit kan worden bestraft met de onverbindendverklaring van de overeenkomst.

Dit heeft te maken met het feit dat de aanbestedende dienst via de aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf voor een gelijkwaardig geachte publiciteit heeft gezorgd, waardoor een opschortende minimumtermijn wordt toegepast die het mogelijk maakt een beroepsprocedure in te leiden.

Nationale regeling inzake de onverbindendheid van de overeenkomst bij ernstige inbreuken en in de overige gevallen

- 10 De Italiaanse wetgever heeft uitvoering gegeven aan richtlijn 2007/66 met d.lgs. 53/2010, dat, op grond van de in artikel 44 van l. 88/2009 vervatte machtiging, een aantal artikelen van d.lgs. 163/2006 [Codice dei contratti pubblici (wetboek overheidsopdrachten)] heeft gewijzigd. Nadien, bij de vaststelling van de Codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010), is de regeling in de artikelen 120 tot en met 125 daarvan opgenomen (maar de Codice dei contratti bevat nog altijd een aantal procedurevoorschriften, zoals de bepalingen inzake standstill en voorafgaande aankondiging).

10.1. Wat de bescherming na de sluiting van de overeenkomst betreft, zij om te beginnen erop gewezen dat de nationale wetgever niet slechts in geval van „ernstige inbreuken” in de onverbindendheid van de overeenkomst heeft voorzien [Or.13], maar ook, zoals hem door de richtlijn was toegestaan, in geval van andere inbreuken, zij het met een aantal belangrijke verschillen.

10.2. Artikel 121 van de Codice del processo amministrativo ziet op „ernstige inbreuken”. Daarbij gaat het om:

– gevallen van gunning zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht (waaronder het geval van de procedure door onderhandelingen zonder aankondiging, voor zover een dergelijke procedure is gevolgd buiten de gevallen waarin dat is toegestaan);

– gevallen van niet-inachtneming van de opschortende termijn gedurende welke de overeenkomst niet kan worden gesloten, mits dit, samen met gebreken in de gunning zelf, de kansen van de verzoekende partij om de opdracht binnen te halen, ongunstig heeft beïnvloed.

10.3. In dergelijke gevallen is de overeenkomst „noodzakelijkerwijs” onverbindend, ook al gaat het daarbij niet om een automatisch en onvermijdelijk gevolg, aangezien het kan worden uitgesloten wanneer is voldaan aan „dwingende voorwaarden van algemeen belang”, wat uitsluitend door de bestuursrechter kan worden beoordeeld, en wel aan de hand van de in artikel 121, lid 2, genoemde parameters. (omissis) [verwijzing naar de rechtsleer]

10.3.1. Verder is een uitdrukkelijke uitzondering op de algemene regel van „noodzakelijke” onverbindendheid vervat in artikel 121, lid 5, waarop het ministerie en Telecom Italia zich in het onderhavige geval beroepen.

10.3.2. De nationale regel waarbij die van richtlijn 2007/66 is omgezet, bepaalt dat de „regel inzake onverbindendheid van lid 1, sub a en b, niet van toepassing is” wanneer de aanbestedende dienst:

[Or.14]

- bij gemotiveerd besluit voorafgaand aan de gunningsprocedure heeft verklaard dat de procedure zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht is toegestaan uit hoofde van d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti);
- een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf overeenkomstig artikel 79 bis d.lgs. 163/2006 heeft bekendgemaakt;
- de overeenkomst niet heeft gesloten voor het verstrijken van een termijn van tien kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum van bekendmaking van de aankondiging.

10.4. Artikel 122 van de Codice del processo amministrativo ziet op de „overige gevallen”, dat wil zeggen gevallen waarbij de inbreuken als minder ernstig worden beschouwd. Op dit punt laat de richtlijn de lidstaten een grote vrijheid. Zij kunnen namelijk zowel bepalen dat de overeenkomst in deze gevallen altijd en hoe dan ook onverbindend is, als omgekeerd dat zij altijd en hoe dan ook verbindend is, dan wel kiezen voor een tussenoplossing.

10.5. De Italiaanse wetgever heeft voor deze derde weg gekozen door te voorzien in een „mogelijke” onverbindendheid. Of daarvan sprake is, moet worden vastgesteld door de bestuursrechter, die zijn beoordeling verricht aan de hand van de in artikel 122 genoemde criteria. Aldus wacht de bestuursrechter de moeilijke taak om, net als een kortgedingrechter, alle betrokken belangen tegen elkaar af te wegen.

10.6. Bij die afweging dient die rechter, voor zover hij tot de conclusie komt dat de overeenkomst onverbindend is, ook te bepalen vanaf wanneer zij onverbindend is (al dan niet met terugwerkende kracht).

- 11 In het onderhavige geval heeft het TAR geoordeeld dat er wegens het bepaalde in artikel 121, lid 5, geen sprake kon zijn van „noodzakelijke” onverbindendheid, maar dat artikel 122 van de Codice del processo [Or.15] amministrativo inzake de „mogelijke” onverbindendheid wél van toepassing was. Het TAR heeft de vordering van Fastweb dan ook toegewezen en de overeenkomst onverbindend verklaard vanaf 1 januari 2014, waardoor de aanbestedende dienst over een ruime termijn beschikt om de aankondiging van de opdracht bekend te maken en de nieuwe procedure te regelen.

Uitlegging van richtlijn 2007/66

- 12 Het is reeds benadrukt dat de in de richtlijn vervatte regeling inzake de gevolgen van de nietigverklaring van de gunning voor de overeenkomst is gebaseerd op criteria die geen plaats laten voor automatische gevolgen maar die met het oog op een flexibele afweging van de betrokken belangen op graduele en evenredige gevolgen gericht zijn.

Deze fundamentele keuze blijkt duidelijk uit de wijze waarop de zeer ernstige inbreuken worden benaderd, voor zover ook in deze gevallen de onverbindendheid van de overeenkomst nooit een onvermijdelijk of automatisch gevolg is, maar er steeds een mogelijkheid tot flexibiliteit en aanpassing aan het concrete geval blijft bestaan.

- 13 In dit kader, dat de beoordelingsbevoegdheid van de autoriteit die uitspraak moet doen over de kwestie wil versterken, rijst de vraag of er omgekeerd gevallen kunnen bestaan waarin de overeenkomst hoe dan ook en altijd moet worden gehandhaafd, ook al wordt daardoor de procedurele autonomie van de lidstaten beperkt, die dan geen andersluidende bepalingen kunnen vaststellen, ofschoon punt 20 van de considerans van richtlijn 2007/66 de mogelijkheid om strengere sancties overeenkomstig het nationale recht toe te passen, in beginsel niet uitsluit.

[Or.16]

- 14 Wat het antwoord op de hierna weergegeven eerste prejudiciële vraag betreft, is het Collegio van oordeel – welk oordeel het formuleert overeenkomstig punt 23 van de Informatienota van het Hof voor de indiening van prejudiciële verzoeken door de nationale rechters (PB 2011, C 160, blz. 1) – dat de voorrang moet worden gegeven aan een uitlegging (van de richtlijn) op grond waarvan het geval waarin de onderhandse gunning van de opdracht zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht wordt voorafgegaan door een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf, in het nationale recht onder de „minder ernstige” inbreuken kan worden gebracht, dat wil zeggen onder de „overige gevallen” als bedoeld in artikel 122 van de Codice del processo amministrativo. Met andere woorden mag het feit dat de overeenkomst niet onverbindend kan worden verklaard overeenkomstig artikel 121, niet eraan in de weg staan dat zij

onverbindend wordt verklaard overeenkomstig artikel 122, voor zover aan de voorwaarden daarvoor is voldaan.

- 15 Gelet op het voorgaande stelt het Collegio het Hof de volgende vraag:

„Dient artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 2007/66 aldus te worden uitgelegd dat in een situatie waarin een aanbestedende dienst, alvorens de opdracht onderhands te gunnen aan een bepaalde ondernemer die is geselecteerd zonder dat eerst een aankondiging van de opdracht is bekendgemaakt, een aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft gepubliceerd en ten minste tien kalenderdagen heeft gewacht vooraleer de overeenkomst te sluiten, het de nationale rechter automatisch – altijd en hoe dan ook – verboden is die overeenkomst onverbindend te verklaren, ook al stelt hij vast dat inbreuk is gemaakt op de voorschriften die onder bepaalde voorwaarden gunning van de opdracht zonder aanbestedingsprocedure toestaan?”

Subsidiair: rechtsgeldigheid van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 2007/66

[Or.17]

- 16 Voor het geval dat de bovenstaande uitleggingsvraag aldus wordt beantwoord dat artikel 2 quinquies, lid 4, inhoudt dat de overeenkomst hoe dan ook van kracht moet blijven zonder dat de lidstaten daarvan kunnen afwijken, rijst de vraag of deze oplossing wel adequaat is, zowel in het licht van een aantal in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie neergelegde beginselen – inzonderheid de beginselen van gelijkheid van partijen, non-discriminatie en bescherming van de mededinging – als in dat van het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte.
- 17 Wat het antwoord op de hierna weergegeven tweede prejudiciële vraag betreft, is het Collegio van oordeel – welk oordeel het formuleert overeenkomstig punt 23 van de voormelde Informatienota van het Hof – dat kan worden betwijfeld of artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 2007/66, wanneer het aldus wordt opgevat dat het een absoluut en onvoorwaardelijk verbod inhoudt om een overeenkomst die resulteert uit een onwettige gunning zonder aanbestedingsprocedure, onverbindend te verklaren, in overeenstemming is met de beginselen van gelijkheid van partijen, non-discriminatie en bescherming van de mededinging, die hun grondslag vinden in de vrijheid van goederenverkeer, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstenverkeer (zie punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18/EG).

17.1. Bovendien betwijfelt het Collegio of een dergelijke oplossing werkelijk effectieve bescherming biedt aan ondernemers wier rechten en vrijheden zijn geschonden, aangezien een vervangende schadevergoeding alléén mogelijkerwijs niet volstaat om de geleden schade te herstellen en te voorkomen dat dezelfde

inbreuk in de toekomst nog wordt gepleegd doordat bepaalde opdrachten opnieuw [Or.18] onderhands worden gegund.

18 Gelet op het voorgaande stelt het Collegio de volgende vraag:

„Is artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 2007/66 in overeenstemming met de beginselen van gelijkheid van partijen, van non-discriminatie en van bescherming van de mededinging en waarborgt het het in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegde recht op een doeltreffende voorziening in rechte, wanneer het aldus wordt uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat de overeenkomst onverbindend wordt verklaard naar nationaal recht (artikel 122 van de Codice del processo amministrativo), ook al heeft de rechter vastgesteld dat inbreuk is gemaakt op de voorschriften die onder bepaalde voorwaarden gunning van de opdracht zonder aanbestedingsprocedure toestaan?”

19 Volledigheidshalve zij erop gewezen dat dezelfde vragen, voorafgegaan door dezelfde overwegingen, kunnen worden gesteld met betrekking tot artikel 60, lid 4, van voormelde richtlijn 2009/81/EG betreffende het plaatsen van opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied, waarvan de regeling ter zake overeenkomt met die van artikel 2 quinquies, lid 4, van richtlijn 2007/66/EG.

Aan het Hof van Justitie van de Europese Unie mee te delen stukken

20 (omissis)

(omissis)

(omissis) [Or.19] (omissis) [bij de griffie van het Hof ingediende stukken]

21 (omissis) [passage betreffende de schorsing van de behandeling van de zaak]

Op deze gronden

beslist de Consiglio di Stato (omissis):

1) (omissis) de stukken overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie mee te delen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, (omissis) [procedurele aspecten]

2) de behandeling van deze zaak te schorsen;

3) (omissis)

Aldus beslist te Rome (omissis) op 14 december 2012 (omissis)

(omissis)