



Datum van inontvangstneming : 14/10/2013

Zaak C-427/13

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

25 juli 2013

Verwijzende rechter:

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

22 mei 2013

Verzoekende partij:

Emmeci Srl

Andere partij bij de procedure:

Cotral SpA

(omissis)

Voorwerp: verzoek om advies voor de beslechting van de geschillen ex artikel 6, lid 7, sub n, van decreto legislativo (wetsbesluit; hierna: „d.lgs.”) nr. 163/2006, ingediend door EMMECI Srl en COTRAL SpA – „Levering van mechanische reserveonderdelen voor het onderhoud van autobussen” (omissis)

Elektronische veiling – Artikel 85 Codice [dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/EG en 2004/18/EG] (wetboek overheidsvereenkomsten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG) – Artikel 292 Regolamento [di esecuzione e attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, nr. 163] (uitvoeringsregeling van d.lgs. nr. 163/2006) – „Black-out”-periode in de slotfase – Strijd met artikel 56 van richtlijn 2004/17/EG – Verzoek om een prejudiciële beslissing in de zin van artikel 267 VWEU

De raad [van de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture]

(omissis)

Ten aanzien van de feiten

Op 6 maart 2013 is het verzoekschrift neergelegd [dat hier aan de orde is] (omissis) inzake de door COTRAL SpA – Compagnia Trasporti Laziali uitgeschreven niet-openbare procedure door middel van elektronische veiling, aangekondigd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 22 oktober 2012, voor de levering, voor de duur van twee jaar, van nieuwe mechanische reserveonderdelen (origineel, voor eerste gebruik of equivalent) voor het onderhoud van autobussen (omissis) met als gunningscriterium de laagste prijs.

De vennootschap EMMECI Srl, die was toegelaten tot de niet-openbare procedure via telecommunicatieverbinding (op 7 februari 2013), betwist de rechtmatigheid van het beding op bladzijde 5 van de uitnodigingsbrief, met het opschrift „DUUR”, dat bepaalt: „De maximumduur van de veiling is 50 minuten. De minimumduur is gelijk aan 20 minuten, dat wil zeggen de onderhandelingen worden afgesloten bij het verstrijken van deze termijn als de leveranciers geen offertes indienen. Steeds wanneer een gunstigere offerte wordt ingediend, wordt de veiling automatisch verlengd en wordt het tijdstip van de sluiting opnieuw gesteld op de basistijd (20 minuten). In geval binnen de basistijd gunstigere offertes worden ingediend, wordt de veiling voortgezet tot vijf minuten voor het einde [van de maximumduur]. Bij het verstrijken van deze termijn worden de deelnemers door het systeem gewezen op de [Or.2] mogelijkheid om, vanaf dat moment en binnen de maximumduur van de veiling, nog één keer een bod uit te brengen. Tijdens de fase van het laatste bod kunnen de deelnemers hun plaats in de ranglijst en de inschrijvingen van de andere marktpartijen niet weergeven. Deze informatie wordt na afloop van de veiling weergegeven.”

Met een enkel, uit meerdere delen bestaand middel stelt EMMECI Srl dat een black-out van vijf minuten in de slotfase van de elektronische veiling, tijdens welke de deelnemers niet de mogelijkheid hebben hun eigen plaats in de ranglijst weer te geven, in strijd is met het algemene beginsel van transparantie en openbaarheid dat het verloop van aanbestedingen voor de gunning van overheidsopdrachten beheerst, en met name een schending vormt van het bepaalde in artikel 56, lid 6, van richtlijn 2004/17/EG voor aanbestedingen in de bijzondere sectoren, dat luidt: „Tijdens elke fase van de elektronische veiling delen de aanbestedende diensten ogenblikkelijk aan alle inschrijvers ten minste de informatie mee die de inschrijvers de mogelijkheid biedt op elk moment hun respectieve klassering te kennen”.

(omissis) [nationale procedure].

Ten aanzien van het recht

1. Hoofdeding

COTRAL SpA – Compagnia Trasporti Laziali is een overheidsbedrijf dat geheel in handen is van de regio Lazio, die enig aandeelhoudster is. Zij beheert het

openbaar vervoer op het grondgebied van de regio. COTRAL SpA is een aanbestedende dienst in de sector tram-, trolleybus- en busdiensten in de zin van de bijlagen VI-E bij d.lgs. nr. 163/2006, en gehouden de nationale regeling ter omzetting van richtlijn 2004/17/EG op het gebied van opdrachten voor werken, leveringen en diensten na te leven.

In de loop van de niet-openbare procedure via telecommunicatieverbinding voor de gunning, voor de duur van twee jaar, van de levering van nieuwe mechanische reserveonderdelen (origineel, voor eerste gebruik of equivalent) voor het onderhoud van autobussen heeft een van de deelnemers, EMMECI Srl, bij de Autorità beroep ingesteld tegen het beding in de uitnodigingsbrief over de wijze van uitvoering van de elektronische veiling, die volgens haar een schending vormt van artikel 56, lid 6, van richtlijn 2004/17/EG.

Aangezien het onderdeel van de uitnodigingsbrief waarin wordt uitgesloten dat deelnemers gedurende de laatste vijf minuten van de elektronische veiling hun plaats op de ranglijst kennen, louter de bepaling van artikel 292, lid 4, van **[Or.3]** decreto del Presidente della Repubblica (presidentieel decreet; hierna: „dpr”) nr. 207/2010 herneemt, vordert de verzoekende vennootschap dat deze buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met artikel 56, lid 6, van richtlijn 2004/17/EG. Om uitspraak te doen over de grief, acht de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (autoriteit voor het toezicht op overheidsovereenkomsten voor werken, diensten en leveringen; hierna ook: „autoriteit”) het noodzakelijk het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

2. Procesbevoegdheid van de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

De verwijzende autoriteit is volgens de regeling van de artikelen 6 e.v. van d.lgs. nr. 163/2006 een college dat momenteel bestaat uit zeven leden (omissis), die in onderlinge overeenstemming door de voorzitters van de kamer van afgevaardigden en de senaat worden benoemd. Hun mandaat duurt zeven jaar en kan niet worden verlengd. De wet garandeert de functionele onafhankelijkheid en de onafhankelijkheid van de uitspraken en de beoordelingen van de autoriteit, die volledig autonoom is in haar organisatie en reglement van orde. De wet regelt bovendien de verplichtingen op het vlak van onthouding en de gevallen van belangenverstrengeling voor de leden van de raad van de autoriteit gedurende het mandaat.

De autoriteit houdt toezicht op de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen in de gewone en bijzondere sectoren, teneinde te waarborgen dat de beginselen van billijkheid en transparantie van procedures voor de selectie van een wederpartij, en van economische voordeligheid en efficiëntie bij de uitvoering van de overeenkomsten

in aanmerking worden genomen, en de mededingingsregels in de afzonderlijke aanbestedingsprocedures worden nageleefd.

Eén van de taken van de autoriteit is het beslechten van geschillen die zijn gerezen tussen aanbestedende diensten en marktpartijen. Artikel 6, lid 7, sub n, van d.lgs. nr. 163/2006 bepaalt namelijk dat de autoriteit op verzoek van de aanbestedende dienst en een of meer andere partijen een niet-bindend advies uitbrengt over vraagstukken die zijn gerezen tijdens de aanbesteding en daarvoor een mogelijke oplossing formuleert.

De precontentieuze procedure is uitputtend geregeld in een door de autoriteit vastgestelde regeling [(omissis) waarvan de geldende versie is gepubliceerd (omissis) in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana nr. 106 van 8 mei 2013]. Kort samengevat behelst de regeling het volgende:

- de procedure kan enkel met een verzoekschrift van de aanbestedende dienst of van een marktpartij worden ingeleid (artikel 2);

[Or.4]

- in het licht van het alternativiteitsbeginsel is het verzoek niet-ontvankelijk als over dezelfde aanbestedingsprocedure al beroep bij een rechter aanhangig is (artikel 3) en wordt voortzetting van de procedure onmogelijk indien in de loop van de instructie beroep bij een rechter wordt ingesteld (artikel 5);

- op straffe van niet-ontvankelijkheid moet het verzoek de in de verordening aangegeven wezenlijke onderdelen bevatten en vergezeld gaan van de daarin genoemde documenten en gegevens (artikel 4);

- indien het verzoek is ingediend door de aanbestedende dienst, moet deze zich in het verzoek ertoe verbinden tot aan de beslissing van de autoriteit geen handelingen te verrichten die de beslechting van het vraagstuk doorkruisen; als het verzoek daarentegen door een marktpartij is ingediend, nodigt de autoriteit om te beginnen de aanbestedende dienst uit, tot aan de beslissing geen handelingen te verrichten die de beslechting van het vraagstuk doorkruisen (artikel 4);

- overeenkomstig het beginsel van hoor en wederhoor is de autoriteit, voordat zij een beslissing neemt, gehouden de aanbestedende dienst en/of de andere betrokken marktdeelnemers op de hoogte te stellen, een termijn van ten minste tien dagen te gunnen voor memories en de partijen op te roepen voor de hoorzitting, indien daarom uitdrukkelijk is verzocht of zulks noodzakelijk wordt geacht (artikelen 5, 6 en 7);

- de beslissing over het vraagstuk dat het voorwerp is van het geschil wordt „advies” genoemd; het advies wordt gemotiveerd op basis van de vragen en gegevens die door partijen zijn aangehecht, het wordt goedgekeurd door de raad van de autoriteit, aan partijen toegezonden en bekendgemaakt op de website van

de autoriteit; tegen de beslissing staan geen rechtsmiddelen open en partijen kunnen enkel een nieuw onderzoek aanvragen wanneer later opgekomen middelen, feitelijk of rechtens, worden aangevoerd (artikelen 8, 9 en 10).

Op basis daarvan is de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture van mening dat zij bevoegd is krachtens artikel 267 van het Verdrag om een prejudiciële beslissing te verzoeken, wanneer zij wordt gevraagd zich uit te spreken over precontentieuze verzoeken die door een aanbestedende dienst of een marktpartij zijn ingediend.

In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het begrip rechterlijke instantie voor de ontvankelijkheid van een prejudicieel verzoek een begrip van Unierecht is en niet hoeft overeen te komen met de kwalificatie van het verwijzende orgaan in de rechtsorde van de lidstaat. Volgens een bestendige opvatting houdt het Hof van Justitie, om te beoordelen of het verwijzende orgaan een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is, rekening met een samenstel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, alsmede de toepassing door het orgaan van de regelen van het recht (zie arresten Hof van Justitie van 17 oktober 1989, Danfoss, C-109/88; 16 juli 1992, Asociación [Or.5] Española de Banca Privada e.a., C-67/91; 21 maart 2000, Gabalfrisa, C-110/98; 19 september 2006, Wilson, C-506/04; 14 juni 2007, Haupl, C-246/05; 14 juni 2011, Miles, C-196/09).

In dat verband kan een nationale instantie dan als rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 van het Verdrag worden aangemerkt wanneer zij een rechtsprekende functie uitoefent. Die kwalificatie is echter niet mogelijk in zoverre zij andere, met name bestuursfuncties uitoefent. Het is evenwel noodzakelijk na te gaan wat de specifieke aard is van de functie die zij uitoefent in de bijzondere normatieve context en in de specifieke procedure waarin zij zich tot het Hof wendt (zie beschikking Hof van Justitie van 26 november 1999, Anas, C-192/98).

Inzonderheid met betrekking tot geschillen over overheidsopdrachten heeft het Hof meermaals organen die volgens de rechtsorde van de lidstaat geen rechterlijke instantie zijn, in een verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk geacht, mits was aangetoond dat het orgaan aan de bovengenoemde structurele en functionele criteria voldeed (zie arresten Hof van Justitie van 17 september 1997, Dorsch Consult, C-54/96; 15 januari 1998, Mannesmann, C-44/96; 4 februari 1999, Kollensperger, C-103/97).

In casu kan worden opgemerkt dat de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture krachtens artikel 6 van d.lgs. nr. 163/2006 en de geldende precontentieuze regeling die in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana nr. 106 van 8 mei 2013 is gepubliceerd:

- een wettelijke grondslag heeft en permanent van karakter is;
- de geschillen die haar worden voorgelegd onafhankelijk van de regering en van andere organen van de nationale overheid, en onpartijdig jegens de aanbestedende diensten en alle partijen bij het geschil beoordeelt;
- gehouden is een behandeling op tegenspraak tussen partijen te waarborgen, zowel schriftelijk (door overleggen van memories en documenten) als mondeling (door een eventuele verschijning in persoon);
- gehouden is geschillen uitsluitend met toepassing van de regelen van het recht te beslechten (vooral door de juiste toepassing van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen);
- een quasi-rechterlijke functie vervult en bevoegd is beschikkingen van nationale aanbestedende diensten onrechtmatig te verklaren en de oplossing voor het geschil te formuleren.

Wat de verplichte rechtsmacht betreft, kan worden opgemerkt dat in de recentste rechtspraak van het Hof duidelijk is gemaakt dat zij niet samenvalt met **[Or.6]** dwingende rechtsmacht, maar aldus moet worden opgevat dat de rechtsorde een bepaald beschermingsmiddel ter beschikking heeft gesteld en een persoon die daarvan gebruik wenst te maken, daarvan niet mag worden afgehouden, zij het als alternatief voor een beroep bij de nationale rechter (zie arrest Hof van Justitie van 16 oktober 1997, Garofalo, C-69/96; bij die gelegenheid heeft het Hof erkend dat de Consiglio di Stato in zijn hoedanigheid van adviseur bevoegd is te verzoeken om een prejudiciële beslissing, aangezien hij als onpartijdig en onafhankelijk orgaan een „advies” verstrekt voor de beslissing op een buitengewoon beroep bij het staatshoofd, waarbij dit beroep moet worden opgevat als een beschermingsmiddel dat een alternatief vormt voor een beroep bij het Tribunale Amministrativo Regionale, de bestuursrechter).

Op dezelfde manier is de precontentieuze procedure voor de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture een alternatief voor het beroep bij een rechter (overeenkomstig de aangehaalde regeling), in de zin dat marktpartijen en aanbestedende diensten de vrije keuze hebben tussen een geschil aan de autoriteit voorleggen of beroep instellen bij het Tribunale Amministrativo Regionale. De procedure is dus niet vergelijkbaar met gewone arbitrage, die berust op een overeenkomst tussen de strijdende partijen en met betrekking waartoe de heersende rechtspraak van het Hof de ontvankelijkheid van een verzoek om een prejudiciële beslissing uitsluit (zie arrest Hof van Justitie van 27 september 2005, Denuit, C-125/04).

3. De regeling van de Unie op het gebied van elektronische veilingen

Artikel 56, lid 3, van richtlijn 2004/17/EG bepaalt dat het bestek voor elektronische veilingen in de bijzondere sectoren de volgende minimumgegevens

bevat: a) de elementen waarvan de waarden vallen onder de elektronische veiling, voor zover deze elementen kwantificeerbaar zijn zodat ze kunnen worden uitgedrukt in cijfers of procenten; b) de eventuele limieten van de waarden die kunnen worden ingediend, zoals deze voortvloeien uit de specificaties betreffende het voorwerp van de opdracht; c) de informatie die in de elektronische veiling ter beschikking van de inschrijvers zal worden gesteld en het tijdstip waarop die informatie in voorkomend geval ter beschikking wordt gesteld; d) relevante informatie betreffende het verloop van de elektronische veiling; e) de voorwaarden waaronder de inschrijvers een bod kunnen doen en met name de minimumverschillen die in voorkomend geval voor de biedingen vereist zijn; f) relevante informatie betreffende het gebruikte elektronische systeem en de nadere technische bepalingen en specificaties voor de verbinding.

Artikel 56, lid 6, bepaalt vervolgens: „Tijdens elke fase van de elektronische veiling delen de aanbestedende diensten ogenblikkelijk aan alle inschrijvers ten minste de informatie mee die de inschrijvers de mogelijkheid biedt op elk moment hun respectieve klassering te kennen”; het is echter aan de aanbestedende diensten overgelaten of zij daarnaast andere informatie meedelen over de ingediende prijzen of waarden of over het aantal deelnemers aan de fase van de veiling.

[Or.7]

4. De Italiaanse regeling op het gebied van elektronische veilingen

Voor zover van belang in het onderhavige geding bepaalt artikel 85, lid 9, van d.lgs. nr. 163/2006: „Tijdens de elektronische veiling delen de aanbestedende diensten ogenblikkelijk aan alle inschrijvers ten minste de informatie mee die de inschrijvers de mogelijkheid biedt op elk moment hun respectieve klassering te kennen; de aanbestedende diensten kunnen ook aanvullende informatie betreffende door andere inschrijvers ingediende prijzen of waarden meedelen indien dat in de aanbestedingsdocumenten is vermeld; zij kunnen tevens op ieder ogenblik meedelen hoeveel inschrijvers aan de fase van de veiling deelnemen; zij mogen tijdens het verloop van de fasen van de elektronische veiling tot aan de gunning evenwel in geen geval de identiteit van de inschrijvers bekendmaken.”

Artikel 85, lid 12, verwijst vervolgens naar de uitvoeringsregeling voor nadere gegevens over de vereisten en de technische details van de procedure van de elektronische veiling.

Artikel 292 van dpr nr. 207/2010 bepaalt: „In de uitnodiging tot deelname aan de veiling is de maximumduur van de elektronische veiling aangegeven en daarnaast de basistijd, te weten de periode vanaf de ontvangst van de laatste gunstigere offerte, waarbinnen – als er geen verdere gunstigere offertes zijn ingediend door ten minste een van de deelnemers aan de veiling – de veiling afgesloten wordt geacht voordat de vastgestelde maximumduur is bereikt” (lid 2); „In geval binnen de basistijd gunstigere offertes worden ingediend, wordt de

veiling voortgezet tot vijf minuten voor het einde van de in de uitnodiging bepaalde maximumduur. Bij het verstrijken van deze termijn worden de deelnemers door het systeem gewezen op de mogelijkheid om, vanaf dat moment en binnen de maximumduur van de veiling, nog één keer een bod uit te brengen” (lid 3); „Tijdens de fase van het laatste bod kunnen de deelnemers hun plaats in de ranglijst en de inschrijvingen van de andere marktpartijen niet weergeven. Deze informatie wordt na afloop van de veiling weergegeven” (lid 4).

5. Prejudiciële vraag

Het standpunt van de autoriteit over de beantwoording van de voorgelegde prejudiciële vraag, dat wordt vermeld overeenkomstig punt 23 van de Informatienota van het Hof van Justitie van de Europese Unie (bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 28 mei 2011), is dat de voorkeur moet worden gegeven aan een uitlegging van richtlijn 2004/17/EG volgens welke de aanbestedende diensten verplicht zijn om voor de gehele duur van elektronische veilingen en na elk bod, aan de deelnemers de mogelijkheid te bieden hun plaats in de ranglijst te kennen, zonder dat daarop uitzonderingen kunnen worden gemaakt.

[Or.8]

Afgaande op de tekst van artikel 56, lid 6, van de richtlijn voor de bijzondere sectoren vormt dat de minimuminhoud van de informatieverplichting voor alle fasen waaruit de elektronische veiling bestaat die op de aanbestedende diensten rust.

De aangehaalde bepaling van artikel 292, lid 4, van dpr nr. 207/2010 (die op basis van artikel 85, lid 12, van d.lgs. nr. 163/2006 een aanvulling vormt op de Italiaanse wettelijke regeling voor elektronische veilingen voor de gunning van overheidsopdrachten) staat de aanbestedende diensten daarentegen toe „tijdens de fase van het laatste bod” te verhinderen dat de deelnemers hun plaats in de ranglijst kennen, waardoor de transparantieverplichtingen die in de Unievoorschriften zijn neergelegd, worden beperkt.

Een black-out van vijf minuten in de slotfase van een elektronische veiling, met andere woorden in de fase die normaliter beslissend is voor de gunning van de opdracht aan de inschrijver die de gunstigste offerte indient, lijkt tevens in strijd met de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, waaruit voortvloeit dat er daadwerkelijke concurrentie moet zijn tussen de deelnemers, die alle door waarneming van het gedrag van de andere deelnemers, met name van de biedingen in de slotfase tot en met de afsluiting van de elektronische veiling, op de hoogte gesteld zouden moeten worden van de daadwerkelijke waarde van de overeenkomst.

(omissis) [standaardformules voor de verwijzing van een prejudiciële vraag].

In het licht van het bovenstaande

beslist

de raad [van de Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture]

- het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

A) Dient artikel 56 van richtlijn 2004/17/EG aldus te worden uitgelegd dat het de nationale wetgever niet is toegestaan te bepalen dat aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben tijdens de fase van het laatste bod van elektronische veilingen de deelnemers te beletten hun plaats in de ranglijst en de inschrijvingen van de andere marktpartijen weer te geven, en deze informatie pas na afloop van de veiling bekend te maken?

B) Verzetten artikel 56 van richtlijn 2004/17/EG en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling zich tegen nationale voorschriften of bestuurlijke praktijken als in de **[Or.9]** onderhavige procedure, die een black-out van vijf minuten voorschrijven in de slotfase van de elektronische veiling, tijdens welke de deelnemers hun plaats in de ranglijst niet kunnen kennen?

(omissis) [aanwijzingen voor de nationale griffie over de verwijzing naar het Hof en schorsing van de nationale procedure]