



Datum van inontvangstneming : 19/08/2016

Zaak C-110/16

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

23 februari 2016

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

19 januari 2016

Verzoekende partij:

Lg Costruzioni Srl

Verwerende partijen:

Area – Azienda Regionale per l’Edilizia Abitativa – Distretto di Carbonia

Area – Azienda Regionale per l’Edilizia Abitativa

ITALIAANSE REPUBLIEK

De Consiglio di Stato (raad van state),

afdeling rechtspraak (Vijfde kamer),

geeft de navolgende

BESCHIKKING

In de zaak [OMISSIS] Lg Costruzioni s.r.l. [OMISSIS]

tegen

Area – Azienda Regionale per l’Edilizia Abitativa – Distretto di Carbonia;

Area – Azienda Regionale per l’Edilizia Abitativa [OMISSIS],

andere partijen in de procedure:

TE.SV.AM. s.r.l., optredend in eigen naam en als gemachtigde van de A.T.I. [Associazione temporanea d'impresе; tijdelijke vereniging van ondernemingen] samen met Alvit s.r.l. en Igit s.p.a., alsook Igit s.p.a., in eigen naam en als gemachtigde van de A.T.I. samen met Alvit s.r.l. [OMISSIS], Planarch s.r.l., Francesco Auteri, Rtp Auteri & C;

en strekkende tot nietigverklaring van

het vonnis van de Tribunale amministrativo regionale Sardegna (regionale bestuursrechtbank van Sardinië; hierna: TAR Sardegna), Eerste kamer, nr. 606/2015, gewezen in de onderhavige zaak tussen partijen, betreffende een aanbesteding voor het ontwerpen en bouwen van 44 woningen – vergoeding voor de geleden schade.

Gelet op het hoger beroep [OMISSIS]

[OMISSIS]

[Or. 2]

[OMISSIS]

[OMISSIS] *[standaardformules]*

1. Lg Costruzioni s.r.l. (hierna: „verzoekster”) heeft deelgenomen aan de door AREA (Agenzia Regionale per l’Edilizia Abitativa) – Distretto di Carbonia uitgeschreven en op 18 december 2013 bekendgemaakte aanbesteding voor de gunning van een opdracht inzake het ontwerpen en bouwen van 44 woningen met een overeengekomen huurprijs (voor een totaalbedrag van 3 695 441,43 EUR), en is uiteindelijk als tweede gerangschikt op de ranglijst – de opdracht is gegund aan de A.T.I. TE.SV.AM. Daarop heeft verzoekster bij de TAR Sardegna beroep ingesteld tegen gunningsbesluit nr. 684 van 21 oktober 2014, waarbij de voornoemde opdracht definitief is gegund.

Tot staving van haar beroep voerde zij de volgende middelen aan.

1) schending van het recht (de artikelen 49, 50 en 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163/2006 [wetsbesluit nr. 163/2006] alsook artikel 16, lid 20, van de legge regionale sarda nr. 5 del 2007 [Sardinijsе regionale wet nr. 5 van 2007]), schending van de artikelen 47 en 48 van richtlijn nr. 18/2004, misbruik van bevoegdheid wegens ontoereikend onderzoek, verdraaiing van de feiten, onredelijkheid, tegenstrijdigheid en kennelijk gebrek aan logische samenhang, en handelen in strijd met de aankondiging van de opdracht (artikel 10: regels inzake het beroep op de capaciteiten van anderen);

[OMISSIS]

[OMISSIS] *[andere middelen, die in deze context niet relevant zijn]*

Verzoekster heeft ook een schadevordering ingesteld.

[Or. 3]

De aanbestedende dienst en de andere partijen in de procedure zijn in rechte verschenen en hebben verzocht om het beroep te verwerpen.

2. Na afloop van de procedure in eerste aanleg heeft de TAR Sardegna het hierboven reeds vermelde vonnis nr. 606/2015 gewezen, waarbij hij verzoeksters beroep ongegrond heeft verklaard.

3. Verzoekster heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld, tot staving waarvan zij de grieven heeft herhaald die zij in eerste aanleg had aangevoerd [OMISSIS] *[procedure]*.

De aanbestedende dienst en de andere partijen in de procedure zijn in hoger beroep eveneens verschenen en hebben in verschillende memories geconcludeerd tot ongegrondheid van het hoger beroep en verzocht om afwijzing ervan [OMISSIS] *[procedure]*.

4. De verwijzende rechter acht het, teneinde naar behoren uitspraak te kunnen doen op het eerste en belangrijkste middel van het onderhavige hoger beroep, noodzakelijk om het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële vraag te stellen, die identiek is aan een prejudiciële vraag die hij het Hof heeft gesteld bij beschikking nr. 2737 van 4 juni 2015 (gegeven in het kader van zaak nr. 10429/2014 R.G. [zaak C-287/15 bij het Hof]). Verzoekster heeft de verwijzende rechter, zij het subsidiair, daarom verzocht.

5. Om te beginnen moet met betrekking tot het voornoemde middel in hoger beroep in herinnering worden geroepen dat de geselecteerde inschrijver aan de litigieuze aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen als A.T.I. – die zou worden samengesteld uit de onderneming TE.SV.AM. (gelastigde) en de ondernemingen Alvit en Igit (lastgevers). De leidende onderneming heeft aangegeven dat zij zelf niet over de nodige bekwaamheden beschikte om de in de aanbesteding bedoelde ontwerpdiensten te verrichten en heeft daarom bij de indiening van haar offerte meegedeeld dat zij deze diensten zou laten verrichten door ingenieur Francesco Auteri, die op zijn beurt de leider zou worden van een nog samen te stellen groep ontwerpers met LC Progetti en SRC Ingegneria s.r.l., alsook de ingenieurs Riccardo Auteri en Omar Cappai, geoloog Simone Manconi en ingenieur Laura Cappelli. Tot slot heeft Francesco Auteri verklaard dat hij zelf niet voldeed aan bepaalde voorwaarden om te mogen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure, maar dat hij – om dat euvel te verhelpen – een beroep zou doen op de capaciteiten van de onderneming Planarch s.r.l.

[Or. 4]

6. De TAR Sardegna heeft bij het vonnis waartegen met het onderhavige hoger beroep wordt opgekomen, geoordeeld dat het laatstbedoelde beroep op de capaciteiten van een derde rechtmatig was.

Het recht om een beroep te doen op de capaciteiten van een derde komt volgens die rechter niet enkel toe aan degenen die op een aanbesteding hebben ingeschreven (hierna: „deelnemer”), maar – ruimer – aan alle ondernemers die, op welke wijze dan ook, moeten aantonen dat zij voldoen aan de voorwaarden die in het kader van een aanbestedingsprocedure worden gesteld.

Aldus heeft deze rechter, op basis van een richtlijnconforme uitlegging van de Italiaanse wettelijke regeling (de artikelen 49 en 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163/2006) (in overeenstemming met de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18/EG), geconcludeerd dat ook de ontwerper die louter is „aangewezen” in de zin van artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163/2006 („Wanneer de overeenkomst ook het ontwerp betreft in de zin van lid 2, moeten de ondernemers voldoen aan de voor ontwerpers gestelde eisen, dan wel een beroep doen op gekwalificeerde ontwerpers, die moeten worden aangewezen in de offerte, of deelnemen samen met *personen die gekwalificeerd zijn om te ontwerpen*”), die eveneens een ondernemer is, het voornoemde concept mag aanwenden en dus een beroep kan doen op de kwaliteiten van een andere ontwerper.

7. Met het eerste middel in hoger beroep wordt opgekomen tegen de voormelde overwegingen van de TAR.

Verzoekster stelt dat een ontwerper die is „aangewezen” in de zin van artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163/2006 en dus gewoon een externe medewerker van de deelnemer is, geen beroep mag doen op de capaciteiten van anderen. Volgens haar mogen alleen de deelnemers zelf dit doen. Zij betoogt dat die opvatting voortvloeit uit de nationale regelgeving ter zake en steun vindt in de wettelijke regeling van de Unie, aangezien ook in richtlijn 2004/18/EG de term „ondernemer” in wezen overeenstemt met het concept deelnemer/gegadigde.

De artikelen 49 en 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163/2006 zijn dus niet onverenigbaar met de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18/EG.

Volgens verzoekster had de gekozen deelnemer derhalve moeten worden uitgesloten van de procedure.

8. [OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 5]** [OMISSIS]

[OMISSIS]

9. [OMISSIS]

[OMISSIS] **[Or. 6]** [OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS] [*De Consiglio di Stato onderzoekt verschillende door verweersters opgeworpen en op internrechtelijke gronden gebaseerde excepties van niet-ontvankelijkheid, en wijst ze af.*]

10. Gelet op de voorgaande overwegingen dient de verwijzende rechter het eerste middel van het hoger beroep te onderzoeken.

De problematiek die in dit middel aan de orde is, maakt evenwel reeds het voorwerp uit van een andere prejudiciële verwijzing die de verwijzende rechter onlangs (bij beschikking nr. 2737/2015) heeft ingediend bij het Hof en die betrekking heeft op de vraag of een voorschrift zoals het voornoemde artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163/2006 – dat ondernemingen met een „aangewezen” ontwerper, die volgens de nationale rechtspraak geen gebruik mag maken van het systeem van „beroep op de capaciteiten van anderen” omdat hij zelf geen deelnemer is, toestaat om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure – verenigbaar is met artikel 48 van richtlijn 2004/18/EG.

[Or. 7]

De aldus reeds gestelde vraag is ook relevant in het kader van het onderhavige geding, aangezien de beslissing over het aan de orde zijnde middel – die bepalend is voor de uitkomst van het hele geding – daarvan afhangt.

Derhalve is de verwijzende rechter van oordeel dat hij in deze context de overwegingen die hij in het kader van zijn eerdere prejudiciële verwijzing heeft geformuleerd, woordelijk moet herhalen.

11. „Aangezien de door de aannemer aangewezen beroepsbeoefenaar zelf [...] niet aan de vereisten van het bestek voldoet, zoals wordt bevestigd door de omstandigheid dat de ontwerper, om volledig aan de door de lex specialis gestelde vereisten te voldoen, deels een beroep heeft gedaan op [...] [OMISSIS];

Aangezien volgens thans vaste nationale bestuursrechtspraak [OMISSIS] weliswaar wordt aanvaard dat het systeem van ‚beroep op de capaciteiten van anderen’ – dat tot doel heeft maximale deelneming aan aanbestedingen en een doeltreffende mededinging overeenkomstig de relevante communautaire beginselen te bevorderen – een algemene praktijk is, maar dat dit niet wegneemt dat dit systeem steeds moet worden afgewogen tegen de behoefte van de aanbestedende dienst over gepaste garanties te beschikken voor de correcte uitvoering van de opdrachten;

Dat de wezenlijke vraag volgens deze rechtspraak is vast te stellen of de ‚aangewezen’ ontwerper in de zin en volgens de terminologie van het vermelde artikel 53, lid 3, van het wetboek overheidsaanbestedingen al dan niet op zijn beurt een beroep kan doen op de capaciteiten van een derde ontwerper;

Aangezien het genoemde artikel 53, lid 3, van het wetboek overheidsopdrachten [OMISSIS] bepaalt: ‚Wanneer de overeenkomst ook het ontwerp betreft in de zin van lid 2, moeten de ondernemers voldoen aan de voor ontwerpers gestelde eisen, dan wel een beroep doen op gekwalificeerde ontwerpers, die moeten worden aangewezen in de offerte, of deelnemen samen met personen die gekwalificeerd zijn om te ontwerpen. De aankondiging vermeldt de aan ontwerpers gestelde eisen zoals bepaald in hoofdstuk IV van deze titel (ontwerp en gezamenlijk ontwerp), alsmede de hoogte van de ontwerpkosten die bij het basisbedrag van de overeenkomst zijn inbegrepen’;

Aangezien de Consiglio di Stato (alsook de Toezichthoudende autoriteit) de mogelijkheid dat de ‚aangewezen’ ontwerper als bedoeld in de voornoemde regeling zich kan kwalificeren door op zijn beurt een beroep te doen op de capaciteiten van derden – wat in de nationale regelgeving wordt geregeld in artikel 49 van decreto legislativo nr. 163/2006 – heeft afgewezen, en wel op grond van fundamentele exegetische criteria:

a) het letterlijke door artikel 49 gestelde criterium volgens welke ‚de deelnemer’ uitsluitend afzonderlijk, in een consortium of in een groep een beroep kan doen op de capaciteiten van derden, aangezien dit bij een aanbesteding een hulpmiddel voor de deelnemer is, met als gevolg dat degene die een beroep doet op een hulponderneming die op haar beurt niet aan de vereisten van de aankondiging voldoet, moet worden uitgesloten;

b) het feit dat indien de aangewezen ontwerper niet door een overeenkomst aan de aanbestedende dienst is gebonden, zijn hulponderneming – een derde die de overheidsdienst geen enkele garantie kan bieden – dat zeker niet is: alleen de deelnemer heeft een contractuele verbintenis met de aanbestedende overheidsdienst, terwijl de hulponderneming zich volgens artikel 49, lid 2, onder d), jegens de deelnemer en de aanbestedende dienst verplicht om **[Or. 8]** de noodzakelijke bronnen waarover de deelnemer niet beschikt ter beschikking te stellen met een specifieke verklaring; daarnaast wordt de hulponderneming samen met de deelnemer ex lege hoofdelijk aansprakelijk voor de in de overeenkomst vastgelegde prestaties (artikel 49, lid 4), en kan er uitsluitend sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid – een waarborg voor de goede uitvoering van de opdracht – voor zover de hulponderneming een contractuele verbintenis met de deelnemer heeft – artikel 49 schrijft immers voor dat de overeenkomst inzake de benutting van capaciteiten van derden reeds bij de inschrijving wordt bijgevoegd;

Aangezien artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163 van 16 april 2006 bovendien slechts bepaalt dat de gekwalificeerde ontwerper waarop de

deelnemende onderneming voornemens is ‚een beroep te doen’, in plaats van een tijdelijke vereniging van ondernemingen met hem op te richten, enkel hoeft te worden aangewezen; de betrokken bepaling schrijft immers niet voor dat bij de aanbesteding eveneens de verklaringen worden overgelegd die artikel 49 van dit decreet vereist – teneinde een beroep te kunnen doen op de capaciteiten van derden bij aanbestedingen van werken, diensten en leveringen – van de hulponderneming (verklaring van de hulponderneming dat zij aan de aanbiedende onderneming alle hulpmiddelen ter beschikking stelt die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst; verklaring van de hulponderneming dat zij niet in eigen naam of als verbonden onderneming of onderneming van een consortium 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 van de aanbiedende onderneming (overeenkomst met de hulponderneming);

Aangezien de door de deelnemende onderneming gekozen en aan de aanbestedende dienst aangewezen ontwerper volgens de nationale bestuursrechtspraak in het geval van een selectieprocedure in de vorm van een geïntegreerde aanbesteding niet als deelnemer wordt gekwalificeerd, en deze kwalificatie uitsluitend toekomt aan de deelnemende onderneming, terwijl eerstgenoemde slechts een externe medewerker is waarvan de positie irrelevant is voor de betrekkingen met de aanbestedende dienst;

Aangezien, eveneens volgens de nationale bestuursrechtspraak, indien de aangewezen ontwerper voor de vereiste capaciteiten een beroep doet op derden, dit kan leiden tot een keten van ‚hulpondernemingen van de hulponderneming’, waardoor de aanbestedende dienst bij de aanbesteding niet goed kan nagaan of de deelnemers aan de vereisten voldoen [OMISSIS];

Aangezien volgens communautaire rechtspraak (zie laatstelijk arrest Hof van Justitie van 10 oktober 2013, C-94/12) evenwel niet alleen afzonderlijke deelnemers, maar alle ondernemers de mogelijkheid hebben een beroep op capaciteiten van derden te doen, waarbij zij met willekeurige middelen dienen aan te tonen dat bij de aanbesteding aan de gestelde vereisten is voldaan;

Aangezien derhalve op grond van het voornoemde richtsnoer de twijfel rijst of een rechtssubject zoals de ontwerper in de in dit geding aan de orde zijnde aanbesteding – die in de nationale bestuursrechtspraak wordt gekwalificeerd als louter een ‚medewerker van de aanbieder’, ook al dient hij aan te tonen dat hij aan de in de aankondiging neergelegde vereisten voor kwalificatie voldoet – op grond van artikel 53, lid 3, van het wetboek overheidsopdrachten mogelijk niet als ondernemer kan worden gekwalificeerd en derhalve geen beroep kan doen op de capaciteiten van derden;

Aangezien de nationale bestuursrechtspraak voorts [OMISSIS] heeft bepaald dat de mogelijkheid een beroep te doen op de capaciteiten van derden op [Or. 9] zich

reeds een afwijking is van het beginsel van het persoonlijk karakter van de vereisten voor deelname aan een aanbesteding (en derhalve slechts behoort te worden toegestaan in specifiek omschreven gevallen om de betrouwbaarheid van de deelnemer bij de uitvoering te garanderen), en dat er derhalve noodzakelijkerwijs een rechtstreekse en onmiddellijke betrekking moet bestaan tussen hulp- en hoofdonderneming, die hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de volledige prestatie die het voorwerp van de te gunnen opdracht uitmaakt; hieruit volgt dat een keten van hulpondernemingen die een beroep doen op de capaciteiten van hulpondernemingen verboden moet worden geacht, aangezien daardoor de noodzakelijke rechtstreekse betrekking tussen de hulp- en hoofdonderneming wordt omzeild en de keten (met de daaruit voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheden) die de hoofdonderneming verbindt met de hulponderneming – die zelf aan de vereisten voldoet – wordt verlengd en dus verzwakt [OMISSIS];

Aangezien derhalve aan het Hof van Justitie de vraag moet worden voorgelegd of een bepaling als het reeds geanalyseerde artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163 van 16 april 2006, dat toelaat dat een onderneming deelneemt met een ‚aangewezen’ ontwerper die volgens de nationale rechtspraak geen beroep kan doen op de capaciteiten van derden omdat hij geen deelnemer is, verenigbaar is met de overeenkomstige communautaire regeling (artikel 48 van richtlijn 2004/18/EG);

[...]”

[OMISSIS] *[standaardformules]*

De verwijzende rechter verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is een bepaling als het reeds geanalyseerde artikel 53, lid 3, van decreto legislativo nr. 163 van 16 april 2006, volgens welke een onderneming met een ‚aangewezen’ ontwerper, die volgens de nationale rechtspraak geen beroep kan doen op de capaciteiten van derden omdat hij geen deelnemer is, aan een aanbestedingsprocedure mag deelnemen, verenigbaar met artikel 48 van richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004?”

12. [OMISSIS]

[OMISSIS] *[standaardformules]*

OM DEZE REDENEN

legt de Consiglio di Stato, afdeling rechtspraak (Vijfde kamer) de bovenstaande prejudiciële vraag voor aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, schorst hij het geding en houdt hij iedere verdere beslissing aan, ook die inzake de kosten.

[Or. 10]

[OMISSIS] Rome [OMISSIS] 19 januari 2016 [OMISSIS]

[OMISSIS]

[OMISSIS] *[standaardformules]*