Datum van inontvangstneming	:	10/05/2016

Zaak C-178/16

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

24 maart 2016

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

1 december 2015

Verzoekende partijen:

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani s.p.a.

Guerrato s.p.a.

Verwerende partijen:

Provincia autonoma di Bolzano - Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC)

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Uitsluiting van een offerte van de procedure voor de gunning van de concessie voor financiering, definitief ontwerp en de uitvoeringsplanning, constructie en beheer van de nieuwe gevangenis van Bolzano; schadevergoeding.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Verenigbaarheid met het Unierecht van een nationale regeling die de ondernemingen die aan een openbare aanbesteding deelnemen, verplicht om te verklaren dat zij niet bij onherroepelijk vonnis zijn veroordeeld (met inbegrip van vonnissen waarbij de straf door middel van een akkoord tussen de verdachte en de openbaar aanklager is bepaald; hierna ook: „artikel 444-vonnissen"), ook met betrekking tot personen die binnen dergelijke ondernemingen een mandaat bekleedden dat is beëindigd in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging, en die een daarmee corresponderende grond voor uitsluiting van de openbare aanbesteding inhoudt wanneer de onderneming niet aantoont dat zij zich volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de strafrechtelijk gesanctioneerde handeling, waarbij de beoordeling daarvan aan de aanbestedende dienst is overgelaten.

Prejudiciële vraag

„Staat de juiste toepassing van artikel 45, leden 2, onder c) en g), en 3, onder a), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 [...] en van de Unierechtelijke beginselen van de bescherming van gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid, gelijke behandeling, evenredigheid en transparantie, verbod op verzwaring van de procedure en maximale openstelling voor mededinging van openbare aanbestedingen, alsmede legaliteit en nauwkeurige omschrijving van strafbare handelingen, in de weg aan een nationale regeling als die van artikel 38, lid 1, onder c), van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), zoals gewijzigd, voor zover daarbij de daarin neergelegde verplichting om te verklaren dat er geen definitieve veroordelende vonnissen zijn (met inbegrip van vonnissen waarbij de straf door middel van een akkoord tussen de verdachte en de openbaar aanklager is bepaald) voor de daarin vermelde strafbare feiten, wordt uitgebreid tot personen die binnen de betrokken ondernemingen een mandaat bekleedden dat in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aanbesteding is beëindigd, en voor zover deze regeling bepaalt dat de betrokken onderneming van de aanbesteding wordt uitgesloten wanneer zij niet aantoont dat zij zich volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de strafrechtelijk gesanctioneerde handeling van die personen, waarbij de beoordeling of de onderneming zich daarvan heeft gedistantieerd aan

de aanbestedende dienst is overgelaten, zodat de aanbestedende dienst op straffe van uitsluiting van de aanbesteding in feite het volgende op kan leggen:

(i) informatie- en meldingsplichten betreffende strafzaken waarin nog geen definitief vonnis is uitgesproken (en waarvan de uitkomst dus per definitie onzeker is), die zelfs voor de personen die een mandaat bekleden niet in de wet zijn voorzien;

(ii) plichten zich spontaan te distantiëren van de betrokken handelingen, ongeacht het type rechtvaardigende handeling, de periode (ook voorafgaand aan het moment waarop het strafvonnis definitief wordt) en de fase van de procedure waarin ze vervuld moeten worden;

(iii) plichten tot loyale samenwerking van onbepaalde aard, afgezien van een verwijzing naar de algemene clausule van goede trouw".

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

De artikelen 41 en 45, leden 2, onder c) en g), en 3, 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.

Artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG.

De artikelen 41 en 49 van het Handvest van Nice.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 2, artikel 6, lid 7, onder n), artikel 13, lid 2, onder c), artikel 46 en artikel 153, leden 1 tot en met 14, van decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 163/2006 [codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen tot omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG)], meer bepaald artikel 38, lid 1, onder c), dat bepaalt dat de uitsluitingsgrond bestaande in de uitspraak van een definitief veroordelend vonnis of vonnis waarbij de straf door middel van een akkoord tussen de verdachte en de openbaar aanklager is bepaald als bedoeld in de artikelen 444 en volgende Codice di procedura penale (wetboek van strafvordering) voor de daarin vermelde strafbare feiten ook van toepassing is op personen wier mandaat is beëindigd in het jaar dat voorafgaat aan de publicatie van de aankondiging van de aanbesteding, wanneer de onderneming niet aantoont

dat zij zich volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de strafrechtelijk gesanctioneerde handeling.

Artikel 4, lid 2, onder b), van het decreto legge (voorlopig wetsbesluit) van 13 mei 2011, omgezet in wet nr. 106 van 12 juli 2011 (houdende de wijziging van het voornoemde artikel 38 van decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 163/2006).

De artikelen 444 en volgende Codice di procedura penale (wetboek van strafvordering).

De artikelen 1, 3, 6, 10 en 18 van wet nr. 241 van 1990.

Artikel 47 van decreto del presidente della Repubblica (presidentieel decreet) nr. 445 van 2000.

De artikelen 3, 11, 27, 41, 97 en 117, lid 1, van de grondwet.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

De onderhavige zaak betreft de aanbestedingsprocedure die door de Provincia autonoma di Bolzano (autonome provincie Bolzano) is uitgeschreven bij aankondiging van 15 juli 2013 voor de gunning van een concessie van financiering, definitief ontwerp en uitvoeringsplanning, constructie en beheer van de nieuwe gevangenis van Bolzano. Samen met andere inschrijvers heeft Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani s.p.a., in eigen naam en als hoofdgemachtigde van het op te richten tijdelijke samenwerkingsverband van ondernemingen met Guerrato s.p.a. (hierna: „a.t.i. Mantovani") deelgenomen aan die openbare aanbesteding.

Een van de uitsluitingsgronden van een openbare aanbestedingsprocedure, neergelegd in artikel 38, lid 1, onder c), van wetsbesluit nr. 163/2006, is een definitief veroordelend vonnis of artikel 444-vonnis. Die uitsluitingsgrond is ook van toepassing op personen wier mandaat is beëindigd in het jaar dat voorafgaat aan de publicatie van de aankondiging van de aanbesteding, wanneer de onderneming niet aantoont dat zij zich volledig en daadwerkelijk heeft gedistantieerd van de strafrechtelijk gesanctioneerde handeling.

A.t.i. Mantovani heeft twee verklaringen betreffende het vervullen van de algemene vereisten afgelegd. In de eerste (van 4 december 2013) heeft zij verklaard dat er, voor zover zij wist, ten aanzien van B., voorzitter van de raad van bestuur, afgevaardigd bestuurder en wettelijk vertegenwoordiger, wiens mandaat op 6 maart 2013 is beëindigd, tot aan het einde van het mandaat geen gronden waren voor uitsluiting van deelname aan de betrokken aanbestedingsprocedure voor de overheidsopdracht; dat hij met andere woorden niet bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis was veroordeeld, dat er tegen hem noch een definitieve strafbeschikking noch een artikel 444-vonnis was uitgesproken voor strafbare

feiten waarbij de Staat of de Europese [Unie] schade was berokkend en die ingaan tegen de beroepsmoraal; en dat hij niet bij in kracht van gewijsde gegaan vonnis was veroordeeld voor één of meer van de strafbare feiten omschreven in artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18. In de tweede verklaring (van 16 december 2013) heeft a.t.i. Mantovani verklaard niet op de hoogte te zijn van het bestaan van gerechtelijke beslissingen waarvan sprake in artikel 38, lid 1, onder c), van wetsbesluit nr. 163/2006 tegen de betrokken personen, wier mandaat is beëindigd in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging van de betrokken aanbesteding.

A.t.i Mantovani is op de aanbestedingsvergadering van 9 januari 2014 door de aanbestedende dienst onder voorbehoud toegelaten, in afwachting van verduidelijkingen, aangezien een plaatselijke krant het publiek bekende feit had gepubliceerd dat B., beschuldigd in het kader van een zaak rond valse facturen, met het openbaar ministerie een gevangenisstraf van 1 jaar en 10 maanden was overeengekomen.

De aanbestedende dienst heeft in het kader van verificatie van de vereisten daarom een uittreksel uit het strafregister van B. opgevraagd, waaruit bleek dat de onderzoeksrechter van het Tribunale di Venezia (rechtbank van Venetië) op 5 december 2013 een vonnis tegen hem had uitgesproken (in raadkamer en dus niet in openbare terechtzitting), dat op 29 maart 2014 definitief was geworden, waarbij hij voor verschillende strafbare feiten was veroordeeld tot een gevangenisstraf van 1 jaar en 10 maanden, een straf die bij akkoord tussen de partijen was vastgesteld.

Tijdens de vergadering van 29 mei 2014 heeft de aanbestedende dienst verklaard dat hij het voorbehoud voor de toelating tot de aanbesteding van a.t.i. Mantovani niet ophief. Op 3 juni 2014 heeft de aanbestedende dienst haar om verduidelijkingen betreffende het voornoemde vonnis verzocht.

Mantovani heeft in haar verweerschriften van 10 juni 2014 en 17 oktober 2014 de gevraagde verduidelijking bezorgd en aangevoerd dat het strafvonnis pas is gepubliceerd en definitief is geworden nadat zij haar verklaringen betreffende de algemene vereisten had gedaan en dat zij een reeks handelingen heeft gesteld die ervan blijk geven dat de onderneming zich tijdig, daadwerkelijk en volledig heeft gedistantieerd van de handelingen van B., zoals de onmiddellijke beëindiging van al zijn vennootschapsmandaten binnen het Mantovani-concern, de herschikking van de interne bestuursorganen van de vennootschap, het afkopen van de door hem aangehouden aandelen en het inleiden van een aansprakelijkheidsvordering tegen de voormalige bestuurder.

De aanbestedende dienst was van oordeel dat er geen makkelijke oplossing voor de kwestie was en heeft op 25 juli 2014 de Autorità nazionale anticorruzione (nationale anticorruptieautoriteit; hierna: „ANAC”) om een advies gevraagd. Tegelijkertijd heeft hij de verdere fasen van de aanbesteding afgewikkeld, die zijn

uitgemond in de ranglijst van 16 december 2014, waarin a.t.i. Mantovani als vijfde is gerangschikt, terwijl a.t.i. Società Italiana per le Condotte d'Acqua s.p.a. als eerste is gerangschikt.

De ANAC heeft bij advies van 25 februari 2015 bevestigd dat het aan de aanbestedende dienst staat om de passende controles te verrichten wanneer een inschrijver met betrekking tot de personen wier mandaat is beëindigd in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging een verklaring aflegt die bevestigt dat er geen uitsluitingsgronden zijn, met de bewoordingen „voor zover zij zelf weet", en die personen identificeert. In de onderhavige zaak heeft de ANAC uitgesloten dat er sprake was van een valse verklaring. Het loutere feit dat een strafprocedure aan de gang is, is namelijk niet voldoende; vereist is een definitief vonnis. De ANAC merkte bovendien op dat het aan de aanbestedende dienst stond om na te gaan of het verzuim van Mantovani, welke in de onderhavige zaak het betrokken vonnis niet heeft vermeld, de doeltreffendheid van de distantiërende maatregelen van Mantovani heeft aangetast.

De aanbestedende dienst heeft tijdens de openbare zitting van 27 februari 2015 kennis genomen van het advies van de ANAC en a.t.i. Mantovani van de aanbesteding uitgesloten, de voorlopige waarborg, die was gestort voor de deelname aan de aanbesteding, verbeurd verklaard en de ANAC op de hoogte gebracht voor eventuele maatregelen die onder haar bevoegdheid vallen.

A.t.i. Mantovani heeft beroep ingesteld tegen de uitsluitingsmaatregel bij de Tribunale regionale di giustizia amministrativa (regionale bestuursrechter), autonome afdeling te Bolzano.

Bij het bestreden vonnis nr. 270 van 27 augustus 2015 heeft die rechter onder andere geoordeeld dat het beroep tegen het advies van de ANAC en tegen de gunning die nog niet had plaatsgevonden, niet-ontvankelijk was; hij heeft de grieven tegen de uitsluitingsmaatregel (en de daaruit voortvloeiende verbeurdverklaring van de waarborg en de melding aan de ANAC) verworpen; hij heeft uitgesloten dat de onderneming zich van de betrokken strafbare handelingen van de voormalige bestuurder had gedistantieerd en heeft de verzoekende partij verwezen in de kosten van de tegenpartijen.

A.t.i. Mantovani heeft tegen dat vonnis hoger beroep ingesteld, alsmede een vordering tot schadevergoeding. Zij heeft bovendien bijkomend onder meer een punt van onverenigbaarheid met het Unierecht opgeworpen en in dat verband om een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie verzocht.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

1) A.t.i. Mantovani voert onder meer de volgende middelen aan:

- onjuiste beoordeling van de feiten;

- onjuiste aanname van een meldingsplicht betreffende een nog niet gepubliceerd vonnis, dat evenmin definitief was op het moment van de door de wettelijke vertegenwoordiger op 4 en 16 december 2013 afgelegde verklaringen, en dus niet van belang voor de algemene vereisten;

- onjuiste ruime uitlegging van de bepaling in artikel 38, lid 1, onder c), van wetsbesluit nr. 163/2006, betreffende de personen wier vennootschapsmandaat is beëindigd in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging van de aanbesteding, terwijl op dit gebied een bijzonder strenge en nauw bij de bindende bepaling aansluitende uitlegging vereist is, rekening houdend met de richtlijnen van de Europese Unie die niet voorzien in beperkingen van de deelname aan de aanbesteding en evenmin in meldingsplichten betreffende de personen wier vennootschapsmandaat is beëindigd in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging van de aanbesteding (artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU);

- onjuist geen rekening houden met het feit dat bij het voornoemde artikel 38, houdende een meldingsplicht voor de veroordelingen van personen wier mandaat is beëindigd, een onrechtmatige belemmering van de mededinging is ingevoerd, ook al wordt die getemperd door de bepaling dat de onderneming kan aantonen dat zij zich volledig en daadwerkelijk van de betrokken strafrechtelijke handelingen van die personen heeft gedistantieerd;

- onjuiste vervanging in het bestreden vonnis van de middelen aangevoerd door de aanbestedende dienst die als grondslag dienen voor de uitsluitingsgrond, aangezien hij nooit heeft aangevoerd dat de afgelegde verklaringen vals waren;

- onjuiste en tegenstrijdige omschrijving van de niet-afgelegde verklaring betreffende een aanhangige strafprocedure tegen de voormalige bestuurder en betreffende de ontwikkelingen van de lopende aanbesteding, als veronderstelde aanwijzing waaruit kan wordt afgeleid dat de onderneming zich niet daadwerkelijk en volledig van de handelingen heeft gedistantieerd, voor zover aldus, langs een andere weg, een meldingsplicht wordt ingesteld, die in werkelijkheid niet bestaat als het gaat om strafrechtelijke procedures die nog niet met een onherroepelijk vonnis zijn afgesloten;

- schending van het in de rechtspraak ontwikkelde beginsel volgens welk de wettelijke vertegenwoordiger verklaringen betreffende derden wier mandaat is beëindigd, slechts moet afleggen „voor zover hij weet”, terwijl het vervolgens aan de aanbestedende dienst staat (die, in tegenstelling tot de declarant, toegang tot het strafregister en andere bestuurlijke gegevensbanken heeft) om, wanneer hij stuit op definitieve vonnissen die dateren van na de verklaringen in het kader van de aanbesteding, aan de ingeschreven onderneming te vragen of distantiërende maatregelen zijn genomen;

- onjuiste vaststelling dat de door Mantovani gestelde distantiërende handelingen te laat waren;

- onjuiste beoordeling van de door Mantovani genomen distantiërende maatregelen;

- ongelijke behandeling ten aanzien van de als eerste gerangschikte a.t.i. Condotte, voor zover ook in haar geval bij het verifiëren van de algemene vereisten is gebleken dat een persoon wiens mandaat was beëindigd in het jaar voorafgaand aan de publicatie van de aankondiging, was veroordeeld bij artikel 444-vonnis, met een daaropvolgend verzoek van de aanbestedende dienst om aan te tonen dat de onderneming zich van de handelingen heeft gedistantieerd;

- onverenigbaarheid van artikel 38, lid 1, onder c), van wetsbesluit nr. 163/2006 met het Unierecht, meer bepaald met artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG en artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU en met de Unierechtelijke beginselen inzake overheidsopdrachten.

2) De autonome provincie Bolzano, de Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori servizi e forniture (agentschap voor de procedures inzake en het toezicht op overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen) alsmede de ANAC zijn in rechte verschenen en hebben afwijzing van het beroep gevorderd. Tot slot is ook Società Italiana per Condotte d'Acqua s.p.a. in rechte verschenen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

Ten gronde is de Consiglio di Stato (raad van state) van oordeel dat de vraag inzake de verenigbaarheid van de betrokken Italiaanse regeling met het Unierecht in de onderhavige zaak prejudicieel is, en dat voor de beslechting van het geschil vereist is dat de hier opgeworpen prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt voorgelegd.