



Datum van inontvangstneming : 07/06/2016

Zaak C-223/16

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

20 april 2016

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato / Italië

Datum van de verwijzingsbeslissing:

3 november 2015

Verzoekende partij:

Casertana Costruzioni Srl

Verwerende partijen:

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise

Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo - A.R.CA.D.I.S.

[omissis]

De Consiglio di Stato

Afdeling rechtspraak (vierde kamer)

heeft de navolgende

BESLISSING

gegeven op het beroep [omissis] ingesteld door:

Casertana Costruzioni S.r.l., [omissis] **tegen**

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti - Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise [omissis]

[Or. 2]

Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo - A.R.CA.D.I.S. [omissis]

en in tegenwoordigheid van

- Consorzio Stabile Infratech, [omissis]

- W.E.E. Water Enviroment Energy S.p.A., Ing. Massimo Fontana, Studio Tecnico Associato Thinkd, Ing. Claudio Della Rocca, Dott. Nicola Maione, Ing. Vittorio Ciotola, FIN.SE.CO S.p.A., Edilgen S.p.A., Site S.r.l., [omissis]

voor de herziening

van het tussen partijen gewezen vonnis nr. 1846 van 27 maart 2015 van de Tribunale amministrativo regionale per la Campania (hierna: „TAR Campania” of „TAR”) [omissis] waarbij het door Consorzio Stabile Infratech ingestelde incidentele beroep werd toegewezen en diensgevolge het door Casertana Costruzioni S.r.l. ingestelde principaal beroep met rolnummer 5835/2014 niet-ontvankelijk werd verklaard. Laatstgenoemde had in beroep nietigverklaring gevorderd van de gunning van de geïntegreerde opdracht voor de planning van de werken, de coördinatie van de veiligheid in de ontwerpfase en de uitvoering van de werken met betrekking tot de interventie met de naam „La Bandiera Blu del Litorale Domizio”, die was uitgeschreven door het Provveditorato Interregionale per le opere pubbliche della Campania e del Molise, na daartoe te zijn gedelegeerd door de Azienda Regionale Campana per la Difesa del Suolo - A.R.CA.D.I.S., voor een basisbedrag van in totaal [Or. 3] 33 921 446,69 EUR plus btw, en die moest worden toegewezen op grond van het criterium van de economisch voordeligste inschrijving. Daarnaast vorderde Casertana Costruzioni S.r.l. vergoeding van de proceskosten.

[omissis]

Feiten

- 1 Bij aankondiging van een opdracht, toegezonden aan het Publicatieblad op 7 juni 2013 en bekendgemaakt in de Gazzetta Ufficiale op 10 juni 2013, heeft het Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania e il Molise, als door de Agenzia Regionale della Campania per la difesa del suolo (hierna: „A.R.CA.D.I.S.”) aangewezen instantie, een openbare procedure uitgeschreven als bedoeld in artikel 53, lid 2, onder e), van wetsdecreet (decreto legislativo) nr. 163 van 12 april 2006 voor de aanbesteding van de planning van de werken, de veiligheidscoördinatie in de ontwerpfase en de uitvoering van de werken, [Or. 4] na in het kader van de aanbesteding het definitieve ontwerp te hebben ontvangen, met betrekking tot het grote project „La Bandiera Blu” betreffende het kustgebied

van Domitio, functioneel perceel nr. 1, voor de gemeenten Carinola, Francolise, Cellole en Sessa Aurunca, te gunnen aan de inschrijver met de economisch voordeligste inschrijving, voor een basisbedrag van 33 921 456,69 EUR, inclusief de kosten voor het definitieve project, de planning van de werken en de veiligheidskosten.

- 2 In het bestek werd gespecificeerd dat voor de inschrijving op de aanbesteding een attest van een certificeringsinstelling (società organismo di attestazione, hierna: „SOA”) vereist is waarin wordt verklaard dat de inschrijver beschikt over de kwalificaties voor ontwerp en uitvoering voor de categorieën OG 6 classificatie VII (hoofdcategorie) en OS 22 classificatie VII.
- 3 Op de aanbesteding heeft onder andere Casertana Costruzioni S.r.l. ingeschreven in haar hoedanigheid van gevolmachtigde van de op te richten tijdelijke groep van ondernemingen (raggruppamento temporaneo d'impresе, hierna: „RTI”) onder haar leiding, waarvan Qatar Costruzioni S.r.l. volmachtgever was; deze ondernemingen verklaarden overeenkomstig artikel 49 van wetsdecreet 163/2006 beroep te doen op de kwalificatie (en certificering) van twee nevenondernemingen, en wat betreft de volmachtgever Qatar Costruzioni S.r.l., op die van Consorzio Stabile Grandi Attività Progettuali a responsabilità limitata (hierna: „G.A.P.”), dat een SOA-attest had voor categorie OS 22 classificatie VII.
- 4 De opdracht is uiteindelijk gegund aan de op te richten RTI Consorzio Stabile Infratech-SIBA S.p.A.-Idroeco S.r.l., dat 83,590 punten had behaald, terwijl de RTI Casertana Costruzioni S.r.l.-Qatar Costruzioni S.r.l. met 73,046 punten als tweede was geplaatst. **[Or. 5]**
- 5 Casertana Costruzioni S.r.l. stelde in eigen naam en als leidende onderneming en gevolmachtigde van de RTI met Qatar Costruzioni S.r.l. beroep in tegen het definitieve gunningsbesluit (besluit van de Provveditore interregionale prot. nr. 0032279 van 8 oktober 2014), de voorlopige gunning, de processen-verbaal en de aanbestedingshandelingen bij de TAR Campania.
- 6 In beroep werd aangevoerd dat de geselecteerde gegadigde niet tot de aanbestedingsprocedure had mogen worden toegelaten en daarvan had moeten worden uitgesloten om twee redenen:
 - de volmachtgevers van de door de geselecteerde gegadigde vermelde tijdelijke groep van projectontwikkelaars voldeden tezamen niet aan ten minste 40 % van de economisch-financiële en technisch-organisatorische vereisten in het bestek, rekening houdend met het feit dat de gevolmachtigde beroep kon doen op vereisten die ten hoogste 60 % daarvan vertegenwoordigden;
 - de voorlopige waarborg was verleend met een borgstellingspolis ondertekend door de wettelijk vertegenwoordiger van de financieel intermediair die, in strijd met het bestek, niet door een notaris was gewaarmerkt.

- 7 Consorzio Stabile Infratech intervenieerde in de hoedanigheid van leidende onderneming en gevolmachtigde van de RTI met SIBA S.p.A. en Idroeco S.r.l. in het geding en stelde een incidenteel beroep in strekkende tot uitsluiting van het principale beroep. Zij voerde op haar beurt aan dat de RTI van Casertana Costruzioni S.r.l. en Qatar Costruzioni S.r.l. van de aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgesloten onder meer omdat Consorzio Stabile G.A.P., nevenonderneming van volmachtgever Qatar Costruzioni S.r.l., niet langer was gekwalificeerd voor de vereiste classificatie OS 22, aangezien zij slechts was toegelaten voor classificatie IV **[Or. 6]** [omissis].
- 8 Bij vonnis nr. 1846 van 27 maart 2015 wees de TAR Campania, ervan uitgaand dat het onderzoek van het uitsluitende incidentele beroep voorrang heeft, [omissis] het door de geselecteerde RTI ingestelde incidentele beroep toe, en met name het eerste middel. De nevenonderneming van Qatar S.r.l. (die haar kwalificatievereisten voor de categorie OS22 ter beschikking had gesteld, waarvan Qatar S.r.l. de volledige verwezenlijking op zich had genomen) had tijdens de aanbestedingsprocedure namelijk de kwalificatie voor het vereiste classificatiebedrag verloren (VIII) en was aldus voor een veel lagere classificatie (IV) gekwalificeerd. Deze omstandigheid had tot gevolg dat de volmachtgever (en dus ook de RTI) niet langer voldeed aan de vereisten voor deelname, waaraan gedurende de gehele procedure, tot aan de gunning en de ondertekening van de overeenkomst, moet worden voldaan. De door de verzoekende partij in het principale beroep aangevoerde argumenten dat er in casu sprake was van overmacht, wat noch gespecificeerd noch bewezen was, deed daar niets aan af. Deze omstandigheid was in elk geval te wijten aan culpa in eligendo bij de keuze van de nevenonderneming. Het aangehaalde artikel 69 van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU was niet van toepassing aangezien deze nog niet was omgezet en evenmin een gedetailleerde regeling bevatte. Tot slot kon geen beroep worden gedaan op de analoge toepassing van de strikt uit te leggen uitzonderingsbepaling van artikel 37, leden 18 en 19, van wetsdecreet nr. 163/2006.
- 9 Bij op 26 juni 2015 betekend en op 8 juli 2015 ter griffie neergelegd beroepschrift kwam Casertana Costruzioni S.r.l. op tegen het vonnis van de **[Or. 7]** TAR Campania door, kort gezegd, aan te voeren dat het vonnis onjuist was omdat daarin niet was ingegaan op het wezenlijke aspect van de omstreden kwestie, te weten: „[...] de op het recht inzake overheidsopdrachten toepasselijke bijzondere regel dat gedurende de gehele aanbestedingsprocedure aan de vereisten moet worden voldaan, in overeenstemming brengen met het algemene beginsel van de rechtvaardigingsgrond overmacht dat de gehele rechtsorde vormgeeft en ingevolge de verwijzing in artikel 2, lid 4, van de Codice dei contratti pubblici (wetboek overheidsopdrachten) ook van toepassing is op het recht inzake overheidsopdrachten”.

Dit komt erop neer dat de hoofdonterneming die erop heeft vertrouwd dat de nevenonderneming aan de kwalificatievereisten voldeed, wat bij de ondertekening

van de betrokken overeenkomst is geverifieerd, niet verantwoordelijk kan worden gehouden indien vervolgens wegens aan de nevenonderneming – en dus een derde – toerekenbare redenen niet (of niet meer volledig) aan dit vereiste wordt voldaan; er is immers geen sprake van culpa in eligendo, zoals de TAR heeft geoordeeld, en de automatische uitsluiting zonder mogelijkheid de nevenonderneming door een andere onderneming te vervangen lijkt in strijd met de communautaire rechtspraak ten aanzien van overmacht, en vooral met artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU inzake overheidsopdrachten.

Dit artikel bepaalt immers: „De aanbestedende dienst eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan een betrokken selectie criterium, of waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, vervangt. De aanbestedende dienst kan eisen, of kan door de lidstaat worden opgelegd te eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, vervangt.”

[Or. 8]

In wezen vormt deze bepaling de uitdrukking van een beginsel „[...] van regularisatie/vervanging wegens feiten van de derde-nevenonderneming die buiten de controlesfeer van de RTI vallen, (dat), aangezien het inherent is aan de Europese rechtsorde en een uitdrukking vormt van de meer algemene beginselen van evenredigheid, correctheid, objectieve goede trouw en redelijkheid, voorrang heeft op elke afwijkende bepaling of tendens in de rechtspraak in de afzonderlijke lidstaten”.

In deze optiek is het feit dat de richtlijn niet van toepassing is omdat de omzettingstermijn nog niet is verstreken – anders dan de TAR heeft geoordeeld – niet relevant omdat de richtlijn van belang is voor de uitlegging.

De richtlijn kan in elk geval voorwerp zijn van een verzoek aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing „teneinde vast te stellen:

- of het gemeenschapsrecht eraan in de weg staat dat een tijdelijke groep van ondernemingen automatisch, onvermijdelijk en mechanisch van een aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten wegens een feit dat niet aan de RTI maar aan een derde-nevenonderneming kan worden toegeschreven, hetgeen in deze omstandigheden moet worden aangemerkt als een geval van overmacht dat in de loop van de aanbestedingsprocedure is opgekomen en dat de ondernemingen van de RTI ondanks de maximale zorgvuldigheid die van hen kan worden gevraagd, niet hadden kunnen voorkomen;
- of het gemeenschapsrecht daarentegen toestaat dat in geval van overmacht wegens een feit van een derde-nevenonderneming dat tijdens de aanbestedingsprocedure is opgekomen, de oorspronkelijke nevenonderneming wordt vervangen door een andere onderneming die wel aan het vereiste voldoet”.

De verzoekende partij heeft vervolgens de reeds in eerste aanleg aangevoerde argumenten, die niet waren onderzocht omdat het beroep wegens een in de loop van de procedure opgekomen beletsel niet-ontvankelijk werd verklaard, opnieuw aangevoerd.

[Or. 9]

- 10 De derde-belanghebbende Consorzio Stabile Infratech [omissis] en de bestuurlijke autoriteiten die verwerende partijen zijn, hebben verweer gevoerd [omissis].
- 11 [omissis] [procesverloop]

Relevante nationale regelgeving

- 12 Artikel 40 van wetsdecreet 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 [wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG]), met het opschrift „*Kwalificatie voor de uitvoering van openbare werken*” bepaalt, voor zover in casu relevant:

„1. Eenieder die, in welke hoedanigheid ook, openbare werken uitvoert, moet daartoe een kwalificatieattest hebben verkregen en bij het verrichten van zijn activiteiten de beginselen van kwaliteit, professionalisme en loyaliteit in acht nemen. Met datzelfde doel dienen de producten, procedures, diensten en kwaliteitsregelingen waarvan de betrokkene in de onderneming gebruikmaakt overeenkomstig de geldende voorschriften te worden gecertificeerd.

2. De regeling van artikel 5 voorziet in één kwalificatiestelsel voor al wie, in welke hoedanigheid ook, openbare werken ten bedrage van meer dan 150 000 EUR uitvoert, waarbij de werken worden ingedeeld naar de aard en het bedrag ervan. De in artikel 5 bedoelde regeling voorziet tevens in de mogelijkheid om de kwalificatiecategorieën periodiek te herzien en eventuele nieuwe categorieën in te voeren.”

Artikel 49 van wetsdecreet nr. 163/2006, met het opschrift „*Beroep op de capaciteiten van een derde*” bepaalt, voor zover in casu relevant:

[Or. 10]

„De inschrijver kan, ongeacht of hij alleen is dan wel lid van een consortium of een groep in de zin van artikel 34, in het kader van een bepaalde opdracht voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten aan de economische, financiële, technische en organisatorische criteria voldoen, dat wil zeggen een certificaat met de SOA-verklaring krijgen, door zich te beroepen op de capaciteiten of de SOA-verklaring van een andere persoon.”

Relevante communautaire regelgeving

- 13 Artikel 47 van richtlijn 2004/18/EG, met het opschrift „*Economische en financiële draagkracht*” bepaalt in lid 2:

„Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere lichamen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die lichamen. In dat geval moet hij bij de aanbestedende dienst aantonen dat hij werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van die lichamen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis daartoe van deze lichamen.”

Artikel 48 van de richtlijn, met het opschrift „*Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid*”, bepaalt in lid 3:

„Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere lichamen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die lichamen. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen.”

Artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014, met het opschrift „*Beroep op de draagkracht van andere entiteiten*”, bepaalt, voor zover in casu relevant (cursief toegevoegd):

[Or. 11]

„1. Met betrekking tot de in artikel 58, lid 3, bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan een ondernemer zich, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. Wat betreft de criteria inzake de onderwijs- en beroepskwalificaties in bijlage XII, deel II, onder f), of inzake de relevante beroepservaring, mogen ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, zal verrichten. Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, toont hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aan dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten.

De aanbestedende dienst gaat overeenkomstig de artikelen 59, 60 en 61 na of de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen of dat er redenen zijn voor uitsluiting volgens artikel 57. *De aanbestedende dienst eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan*

een betrokken selectie criterium, of waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, vervangt. De aanbestedende dienst kan eisen, of kan door de lidstaat worden opgelegd te eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, vervangt.

Indien een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten voor het vervullen van de economische en financiële criteria, **[Or. 12]** kan de aanbestedende dienst eisen dat de ondernemer en die entiteiten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.”

Artikel 91 van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat „[r]ichtlijn 2004/18/EG wordt ingetrokken met ingang van 18 april 2016” en preciseert daarbij dat „[v]erwijzingen naar de ingetrokken richtlijn gelden als verwijzingen naar de onderhavige richtlijn en worden gelezen volgens de concordantietabel in bijlage XV”.

De concordantietabel van bijlage XV is in het in casu relevante deel aldus geformuleerd:

Artikel 63, lid 1 | Artikel 47, leden 2 en 3; artikel 48, leden 3 en 4

Artikel 63, lid 2 | —

Mogelijke punten van conflict tussen de nationale regeling en de communautaire regeling

- 14 De Italiaanse regeling waarbij richtlijn 2004/18/EG is omgezet, en inzonderheid artikel 49 van wetsdecreet nr. 163/2006, staat enerzijds krachtens de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3 van richtlijn 2004/18/EG (thans vervangen door de regeling van artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU) toe dat de inschrijver beroep doet op de draagkracht en certificaten van een andere zogenoemde nevenonderneming, doch laat anderzijds – anders dan is bepaald in artikel 3[7], leden 17 en 18, van wetsdecreet nr. 163/2006 (al betreft dit de uitvoeringsfase) – niet uitdrukkelijk toe dat een aangewezen nevenonderneming die niet langer of niet meer volledig aan de vereisten voor deelname voldoet, kan worden vervangen door een andere onderneming.

De communautaire regeling kent derhalve – in materieel opzicht – belang toe aan het bewijs dat de onderneming waarop de inschrijver **[Or. 13]** beroep doet, voldoet aan de vereisten van economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid, en het voornoemde artikel 69 bepaalt dat de aanbestedende dienst van de ondernemer of een ander rechtssubject dat op de aanbesteding inschrijft, eist dat „*een entiteit [die] niet voldoet aan een betrokken selectie criterium, of waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan*”, wordt vervangen.

Naar oordeel van de verwijzende rechter rijst derhalve de vraag of de nationale regeling, voor zover zij uitsluit – dan wel als zodanig kan worden uitgelegd – dat

een op de aanbesteding inschrijvende ondernemer of ander rechtssubject een andere onderneming kan aanwijzen voor de oorspronkelijk als „nevenonderneming” opgegeven onderneming die niet langer of niet meer volledig aan de vereisten voor inschrijving voldoet, met als gevolg dat de ondernemer van de aanbesteding wordt uitgesloten wegens een feit dat objectief noch subjectief tot hem kan worden herleid, verenigbaar is met de communautaire regeling.

In deze zin meent het rechterlijk college derhalve de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie te moeten voorleggen:

„Staan de artikelen 47, lid 2 en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG, zoals vervangen door artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU, in de weg aan een nationale regeling die uitsluit, dan wel als zodanig kan worden uitgelegd, dat een op de aanbesteding inschrijvende ondernemer of ander rechtssubject een andere onderneming kan aanwijzen in de plaats van de oorspronkelijk als ‚nevenonderneming’ opgegeven onderneming die niet langer of niet meer volledig aan de vereisten voor inschrijving voldoet, met als gevolg dat de ondernemer van de aanbesteding wordt uitgesloten wegens een feit dat objectief noch subjectief tot hem kan worden herleid?”

Beslissing

[Or.14]

De Consiglio di Stato, Afdeling rechtspraak (vierde kamer), verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie, gezien artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, [omissis] om een prejudiciële beslissing over de hierboven gespecificeerde vraag van uitlegging van het Unierecht.

De behandeling van de zaak wordt geschorst. [omissis]

[omissis] Rome, [omissis] 3 november 2015 [omissis]

[omissis]