



Datum van : 28/11/2016
inontvangstneming

Zaak C-523/16

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: 12 oktober 2016

Verwijzende rechter: Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing: 13 juli 2016

Verzoekende partij: MA.T.I. SUD S.p.a.

Verwerende partij: Società Centostazioni S.p.a.

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Nietigverklaring en opschorting van de tenuitvoerlegging van een geldelijke sanctie die verband houdt met de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase (bevoegdheid van de aanbestedende dienst om de inschrijver de mogelijkheid te bieden stukken over te leggen en te vervolledigen) („soccorso istruttorio”) in het kader van een aanbestedingsprocedure

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Verenigbaarheid met het Unierecht van de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase tegen betaling, zoals voorzien in het Italiaanse aanbestedingsrecht

Prejudiciële vragen

- Is, ofschoon de lidstaten over de mogelijkheid beschikken om betaling te vragen voor de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase met het oog

op een regularisatie, artikel 38, lid 2 bis, van wetsbesluit nr. 163 van 2006, zoals van toepassing op de datum van aankondiging van de betrokken aanbesteding [...], voor zover is voorzien in betaling van een „geldelijke sanctie” waarvan het bedrag moet worden bepaald door de aanbestedende dienst („niet lager dan één duizendste en niet hoger dan één honderdste van de waarde van de opdracht en in geen geval hoger dan 50 000 EUR, waarvan betaling wordt verzekerd door de voorlopige waarborg”), wel of niet in strijd met het Unierecht gelet op het buitensporig hoge bedrag en op het feit dat deze sanctie op voorhand is bepaald, niet gradueel kan worden aangepast aan de concreet te regulariseren situatie of de ernst van de te verhelpen onregelmatigheid?

- Zo artikel 38, lid 2 bis, van wetsbesluit nr. 163 van 2006 (nog steeds zoals van toepassing op de voornoemde datum) daarentegen in strijd is met het Unierecht, in hoeverre kan dan hetzelfde feit dat voor de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase moet worden betaald, worden geacht in strijd te zijn met het beginsel van maximale openstelling van de markt voor mededinging, waaraan met die procedure wordt beoogd te voldoen, zodat de activiteit waaraan het aanbestedingscomité zich in dit verband moet wijden, wordt beperkt tot de plichten die aan dit comité bij wet worden opgelegd in het algemeen belang van de verwezenlijking van de hierboven omschreven doelstelling?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Richtlijnen 2004/17/EG en 2014/18/EG

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 38, lid 2 bis, van wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006

Presidentieel decreet nr. 445 van 28 december 2000

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

De vennootschap Centostazioni S.p.a. (die deel uitmaakt van Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane S.p.a.) heeft op 8 januari 2016 een open procedure uitgeschreven voor de gunning van het gewone en buitengewone onderhoud en de levering van energiediensten in de gebouwen van haar eigen treinstations. Zoals in de aankondiging van de aanbesteding is vermeld, dienden – overeenkomstig de artikelen 38, lid 2 bis, en 46, lid 1 ter, van wetsbesluit nr. 163/2006, zoals gewijzigd – met betrekking tot informatie die is overgelegd en/of verklaringen die zijn afgelegd in het kader van de aanbesteding, daaronder begrepen door derden, op basis van de wet en/of de aanbestedingsdocumenten, het ontbreken, de onvolledigheid en elke andere wezenlijke onregelmatigheid te worden verholpen op verzoek van de aanbestedende dienst; zo niet zou de inschrijver voor het

betrokken lot van de aanbesteding worden uitgesloten. Bovendien moest de inschrijver in geval van een dergelijk verzoek voor elk lot een geldelijke sanctie van 35 000 EUR, aan de aanbestedende dienst betalen volgens de door de aanbestedende dienst aangegeven modaliteiten. Eén van de over te leggen documenten was een verklaring van deelname, waaruit onder meer bleek of de onderneming individueel dan wel als lid van een combinatie van ondernemingen aan elk lot van de aanbesteding deelnam en ook voor welk lot de onderneming deelnam. Ingeval de offerte door een tijdelijke, nog niet formeel opgerichte vereniging werd ingediend, moest de inschrijver een speciale verklaring overleggen met de verbintenis, in geval van toewijzing van het lot, om een bijzondere collectieve volmacht met vertegenwoordigingsbevoegdheid te verlenen aan de leidinggevende onderneming; de betrokken clausule specificeerde ook dat die schriftelijke verbintenis moest worden ondertekend door alle ondernemingen die de tijdelijke vereniging vormden. Indien een inschrijver aan meer dan één lot in een verschillende vorm deelnam, moest hij voor elk lot een verklaring met deze verbintenis overleggen.

Tijdens zijn bijeenkomst van 16 maart 2016 heeft het aanbestedingscomité met betrekking tot de door de tijdelijke vereniging van ondernemingen van Ma.t.i. Sud S.p.a. en Graded S.p.a. overgelegde documenten opgemerkt dat de verklaring met de verbintenis – in geval van gunning van de opdracht voor lot 2 – om een bijzondere collectieve volmacht met vertegenwoordigingsbevoegdheid te verlenen aan de leidinggevende onderneming (Ma.t.i. Sud S.p.a.), niet door de wettelijke vertegenwoordiger van Ma.t.i. Sud S.p.a. was ondertekend. Bijgevolg heeft Centostazioni S.p.a. de inschrijvende vereniging verzocht om, binnen de vervaltermijn van 23 maart 2016, voor lot 2 de verklaring met de verbintenis om een bijzondere collectieve volmacht met vertegenwoordigingsbevoegdheid te verlenen aan de leidinggevende onderneming, over te leggen in origineel en met de handtekening van de wettelijke vertegenwoordiger van de onderneming Ma.t.i. Sud S.p.a.; voorts heeft zij de tijdelijke vereniging van ondernemingen verzocht de geldboete van 35 000 EUR te betalen.

Bij nota van 21 maart 2016 heeft Ma.t.i. Sud S.p.a. (voor lot 2) de schriftelijke verbintenis overgelegd, ondertekend door de wettelijke vertegenwoordigers van de beide vennootschappen die de tijdelijke vereniging van ondernemingen zouden vormden. Met die nota vroeg zij om nietigverklaring van de opgelegde geldboete, aangezien de schriftelijke verbintenis volgens haar slechts nodig was voor elk lot waaraan de inschrijvende tijdelijke vereniging van ondernemingen deelnam, wanneer die inschrijver aan verschillende loten deelnam „in een verschillende vorm”. Dat was in de onderhavige zaak niet het geval, aangezien verzoekster had verklaard aan de loten 1 en 2 te willen deelnemen in dezelfde vorm (als tijdelijke vereniging van ondernemingen in gemengde vorm met Ma.t.i. Sud S.p.a. als leidinggevende onderneming).

De aanbestedende dienst heeft verzoekster aangemaand tot betaling van de geldelijke sanctie van 35 000 EUR, met de waarschuwing dat zij bij niet-betaling de voorlopige waarborg zou aanspreken.

Ma.t.i. Sud S.p.a. heeft bij de verwijzende rechter beroep tot nietigverklaring van de betrokken handelingen ingesteld, met verzoek tot voorafgaande voorlopige opschorting van tenuitvoerlegging.

Centostazioni S.p.a. heeft verweer gevoerd, de argumenten van verzoekster betwist en bevestigd dat haar vordering tot betaling van de geldboete voor het gevraagde bedrag geheel rechtmatig was.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

De vennootschap Ma.t.i. Sud S.p.a. heeft verzocht om nietigverklaring van de geldelijke sanctie van 35 000 EUR. Zij voert aan dat niet is voldaan aan de voorwaarde voor het opleggen van de betrokken sanctie aangezien het ontbreken van de handtekening waarover het in casu gaat, slechts schending van een vormvoorschrift uitmaakt.

De vennootschap Centostazioni S.p.a. voert daarentegen aan dat als gevolg van het ontbreken van de handtekening de verklaring is aangetast door een wezenlijk gebrek en als zodanig aanleiding geeft tot de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase en betaling van de geldelijke sanctie.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

De verwijzende rechter is van mening dat er twijfels rijzen over de verenigbaarheid van de naar de nationaal recht bestaande regeling – volgens welke de regularisatie na afloop van de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase noodzakelijkerwijs leidt tot een geldelijke sanctie – met de beginselen van evenredigheid (aangezien de regeling niet voorziet in de mogelijkheid om de geldelijke sanctie gradueel op te leggen), exhaustiviteit van de uitsluitingsgronden, transparantie van de procedure, maximale deelname en maximale openstelling voor mededinging (aangezien de regeling de economisch minder voortvarende ondernemingen benadeelt, die nochtans in het bijzonder zouden moeten worden ondersteund met het oog op de volle verwezenlijking van de mededinging in het kader van de gemeenschappelijke markt).

Volgens de verwijzende rechter is ook de in de regeling voorziene mogelijkheid om dezelfde geldelijke sanctie die toepasselijk is in geval van een ernstige afwijking van de aankondiging (of het bestek) van de overheidsopdracht, ook op te leggen in geval van een gebrek in een verklaring met een beperkt zij het wezenlijk belang, strijdig met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

De doelstelling van de regeling bestaat erin om enerzijds te waarborgen dat de verzoeken tot deelname en de door de inschrijvende ondernemingen ingediende offertes van de nodige ernst getuigen en anderzijds de aanbestedende dienst te vergoeden, door een financiële tegenprestatie, voor de hogere lasten en de vertraging in de procedure die hij moet ondergaan. Niettemin kan worden opgemerkt dat de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase, die tegen betaling is, ertoe heeft geleid dat wat als een voordeel voor de ondernemingen was bedoeld, is verworpen tot een belemmering voor deelname aan openbare aanbestedingen, vooral voor kleinere ondernemingen die over een beperkte liquiditeit beschikken, aangezien de inschrijvers het risico lopen een hoge geldelijke sanctie te moeten betalen louter als gevolg van het feit dat documenten onvolledig of onregelmatig zijn. Bovendien wordt op die manier bij de aanbestedende diensten een soort van „jacht op fouten” aangemoedigd, wat zeker strijdig is met het doel van de wetgever.

Niet toevallig is de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase, waarvoor betaald moet worden, sterk ingeperkt in het nieuwe wetboek overheidsopdrachten, ingevoerd tot omzetting van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, waarbij thans is voorzien in een maximale geldelijke sanctie van 5 000 EUR (in plaats van 50 000 EUR). Evenwel is dat nieuwe wetboek overheidsopdrachten niet op de betrokken aanbestedingsprocedure van toepassing, die is aangekondigd vóór de inwerkingtreding ervan

Overigens was de nieuwe richtlijn 2014/24/EU reeds goedgekeurd en in werking getreden op overkoepelend Europees vlak, hoewel zij nog niet in Italiaans recht was omgezet, op het moment waarop de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase van artikel 38, lid 2 bis, van het wetboek overheidsopdrachten van 2006 is ingevoerd. Ingevolge deze richtlijn geldt voor de procedure van ondersteuning tijdens de voorbereidende fase niet als voorwaarde dat een geldelijke sanctie wordt betaald, maar enkel dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden nageleefd.

In het algemeen is die procedure volledig verenigbaar met het Unierecht inzake overheidsopdrachten, waarop zij in feite volledig is gebaseerd, en zij vormt een bijzondere toepassing van de fundamentele beginselen van de „favor participationis” en de maximale openstelling voor de mededinging. De bijzonderheid van de Italiaanse regeling ligt echter in het feit dat zij ertoe strekte systematisch en automatisch een geldelijke sanctie in te voeren, die de inschrijvende onderneming aan de aanbestedende dienst moet betalen wegens het loutere feit dat zij heeft nagelaten één of meer verklaringen over te leggen, met alle inhoudelijke elementen (en de eventueel vereiste bijlagen) die nodig zijn om aan te tonen dat aan een wezenlijke voorwaarde is voldaan. In geen enkel geval is op Europees vlak voorzien in de betaling van een geldelijke sanctie of een andere financiële vergoeding ten laste van de ondernemer wiens verklaringen of documenten gebreken vertonen, ook al zijn die wezenlijk. De betaling van de geldelijke sanctie binnen de in artikel 38, lid 2 bis, gestelde termijnen is

bovendien een bijzonderheid in het Italiaanse recht, waarvoor het Unierecht geen enkele grondslag biedt, in die zin dat zij expliciet noch impliciet is toegestaan.