



Datum van inontvangstneming : 18/06/2015

**Zaak C-199/15**

**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:**

29 april 2015

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

3 februari 2015

**Verzoekende partij:**

Ciclat Soc. Coop.

**Verwerende partijen:**

Consip SpA

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture

**Andere partijen:**

INAIL

Team Service S.C.A.R.L.

Ati-Linda Srl

Consorzio Servizi Integrati

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Vernietiging van een arrest van het T.a.r. Lazio betreffende een procedure voor de gunning van schoonmaakdiensten en andere diensten voor het onderhoud van het uiterlijke aspect en de goede werking van gebouwen, onderwijsinstellingen en

opleidingscentra van de overheid, waarbij het T.a.r. het beroep tot nietigverklaring van het besluit tot uitsluiting van verzoekster van de aanbesteding, heeft verworpen.

## **Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek**

Uitlegging van het Unierecht krachtens artikel 267 EG

In het bijzonder rijst de vraag naar de verenigbaarheid met het Unierecht van de Italiaanse wettelijke regeling op grond waarvan (door de aanbestedende overheid) in het kader van een aanbesteding ambtshalve kan worden verzocht om overlegging van het document betreffende de regelmatige betaling van socialezekerheidsbijdragen (hierna: „DURC”) en de aanbestedende overheid (zogenoemde „aanbestedende dienst”) een inschrijver van de aanbesteding kan uitsluiten, wanneer uit het DURC blijkt dat deze in het verleden een inbreuk op de bijdragebetalingsvoorschriften heeft gepleegd, die bestond op het tijdstip van indiening van de offerte (ook al was de inschrijver zich daar niet van bewust, daar hij in het bezit was van een geldig positief DURC), maar niet meer bestond op het tijdstip van gunning of van de ambtshalve verrichte controle.

## **Prejudiciële vraag**

Verzetten artikel 45 van richtlijn 18/2004, gelezen in het licht van het redelijkheidsbeginsel, en de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU zich tegen een nationale wettelijke regeling op grond waarvan voor aanbestedingsprocedures boven het drempelbedrag ambtshalve mag worden verzocht om een door de socialezekerheidsinstanties opgesteld getuigschrift (DURC) en de aanbestedende dienst verplicht is om als een beletsel voor deelneming aan te merken een getuigschrift waaruit blijkt dat in het verleden een schending van de bijdragebetalingsvoorschriften is begaan, welke schending zich meer in het bijzonder voordeed op het tijdstip van de deelneming, maar waarvan de ondernemer – die op het tijdstip van de deelneming in het bezit was van een geldig positief DURC – geen weet had, en die zich op het tijdstip van de gunning of van de ambtshalve verrichte controle hoe dan ook niet langer voordeed?

## **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Artikelen 49 en 56 VWEU

Artikel 45 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 (PB L 134, blz. 114, met rectificatie in PB 2009, L 351, blz. 44), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 2009.

## Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

- Decreto legislativo (wetsdecreet) nr. 163 houdende de 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) van 12 april 2006, dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren werken, diensten en leveringen regelt. Meer in het bijzonder zijn in artikel 38 de algemene vereisten opgenomen voor deelneming aan procedures voor de gunning van concessies en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Artikel 38, lid 1, onder i), van dat wetsdecreet bepaalt:

„1. De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor de gunning van concessies en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, komen niet in aanmerking voor opdrachten in onderaanbesteding en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten:

(...)

i) zij die ernstige, onherroepelijk vastgestelde schendingen van de voorschriften op het vlak van socialezekerheidsbijdragen overeenkomstig de Italiaanse wet of van de wet van het land van vestiging hebben begaan”.

Artikel 38, lid 2, van dit wetsdecreet omschrijft het criterium voor de ernst van inbreuken op de toepasselijke regels voor de betaling van bijdragen aan socialezekerheidsinstellingen. Het bepaalt in wezen dat voor de toepassing van artikel 38, lid 1, onder i), van dit wetsdecreet onder ernstige schendingen worden verstaan, schendingen die in de weg staan aan de afgifte van het documento unico di regolarità contributiva.

- Decreto del ministero del lavoro e della previdenza sociale che disciplina il documento unico di regolarità contributiva (decreet van de minister van werkgelegenheid en sociale zekerheid, waarin het documento unico di regolarità contributiva is geregeld) van 24 oktober 2007. Artikel 8, lid 3, van dat ministerieel besluit bepaalt:

„Een verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag bij elk socialezekerheidsorgaan en elke socialezekerheidskas voor de bouwsector dat niet ernstig is, staat niet in de weg aan de afgifte van het DURC met het oog op deelneming aan een aanbesteding. Een afwijking van minder dan of gelijk aan 5 % van het verschuldigde bedrag voor elk belonings- of bijdragetijdvak of een afwijking die kleiner is dan 100 EUR wordt niet als ernstig beschouwd, onverminderd de verplichting het voornoemde bedrag binnen dertig dagen na afgifte van het DURC te storten.” Het aan de onderneming afgegeven DURC is drie maanden geldig. Artikel 7, lid 3, van genoemd ministerieel decreet bepaalt voorts dat, wanneer niet is voldaan aan de vereisten van regelmatige betaling van socialezekerheidsbijdragen, de desbetreffende instantie, alvorens een negatief

DURC af te geven, „de betrokkene uitnodigt om zijn situatie binnen een termijn van ten hoogste 15 dagen te regulariseren”.

- Decreto legislativo nr. 69 van 2013, omgezet, met wijzigingen, naar wet nr. 98 van 2013, dat in artikel 31, lid 8, bepaalt dat „in het kader van de controle voor de afgifte van het documento unico di regolarità contributiva (DURC), wanneer niet is voldaan aan de vereisten voor afgifte van een dergelijk document, alvorens het DURC op te stellen of het reeds afgegeven DURC nietig te verklaren, de voor de afgifte van dat document bevoegde instanties, na een analytische opgave van de oorzaken van de onregelmatigheid, de betrokkene [...] uitnodigen om zijn situatie binnen een termijn van ten hoogste 15 dagen te regulariseren”.

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Bij aankondiging van opdracht, bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie nr. S-134 van 14 juli 2012 heeft Consip S.p.a. (aanbestedende dienst) een aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van schoonmaakdiensten en andere diensten voor het onderhoud van het uiterlijke aspect en de goede werking van openbare gebouwen, die is opgesplitst in 13 percelen waarop bij afzonderlijke offertes kon worden ingeschreven.
- 2 C.I.C.L.A.T. heeft een offerte ingediend met betrekking tot de percelen 7 en 12 en heeft voor beide offertes een voorlopige waarborg gesteld. In de aankondiging werden alle inschrijvers op straffe van uitsluiting van de procedure verplicht te verklaren dat zij aan de in artikel 38 van decreto legislativo nr. 163/2006 neergelegde algemene vereisten voor deelneming aan de aanbesteding voldeden.
- 3 Aangezien C.I.C.L.A.T. een consortium is, heeft het in de offerte vermeld welke coöperatieve verenigingen in geval van gunning voor de uitvoering zouden instaan, waaronder Ancora Coop a.r.l.. Laatstgenoemde heeft de in genoemd artikel 38 bedoelde verklaringen afgelegd en in het bijzonder verklaard dat zij geen onherroepelijk vastgestelde schendingen van de voorschriften op het vlak van socialezekerheidsbijdragen die ernstig zijn of die in de weg staan aan de afgifte van het documento unico di regolarità contributiva, heeft begaan.
- 4 Na afloop van de aanbestedingsprocedure was C.I.C.L.A.T. als eerste geklasseerd op de voorlopige ranglijst voor perceel 7, en als tweede voor perceel 12. Nadat de gebruikelijke controles waren verricht, is zij echter uitgesloten, omdat was gebleken dat op 10 september 2012 – datum waarop voornoemde verklaring is afgelegd – Ancora Coop. haar verplichtingen tot betaling van socialezekerheidsbijdragen niet was nagekomen, aangezien zij de derde termijn niet had betaald en die pas samen met de vierde termijn op 5 december 2012 had betaald (voordat controles werden verricht of het resultaat van de aanbesteding gekend was).

- 5 Tegen die beschikking heeft C.I.C.L.A.T beroep ingesteld bij het T.a.r. Lazio, die het beroep heeft verworpen op grond dat Consip spa niet verplicht was om de procedure voor de regularisering van de ontbrekende betaling op te starten, aangezien het DURC was afgegeven op 12 juni 2013, terwijl de betrokkene in de tussentijd op 5 december 2012 de achterstallige betaling had voldaan en het bijgevolg geen zin meer had om een regulariseringsprocedure op te starten. Het T.a.r. Lazio heeft voorts geoordeeld dat, om tot de aanbesteding te worden toegelaten volgens artikel 38 van wetsdecreet nr. 163/2006 aan het vereiste van regelmatige betaling van socialezekerheidsbijdragen ook door de afzonderlijke leden van het consortium die het werk moesten uitvoeren, had moeten zijn voldaan op het tijdstip van indiening van de offerte en tardieve betalingen dus niet in aanmerking konden worden genomen. Bovendien was de schending van de bijdragebetalingsvoorschriften onherroepelijk vastgesteld, aangezien die inbreuk nooit was betwist en het bedrag waarop de inbreuk betrekking had, evenmin was betwist. Aangezien de als premie te betalen bedragen moesten worden berekend op basis van de in het voorgaande jaar (in casu 2011) daadwerkelijk betaalde bedragen, hadden eventueel voorziene verlagingen ten slotte onmiddellijk moeten worden megedeeld en dat bleek niet te zijn gebeurd.
- 6 Tegen die beschikking, waarbij het beroep is verworpen, heeft C.I.C.L.A.T. hoger beroep ingesteld.
- 7 Consip S.p.a., C.S.I Consorzio Servizi Integrati e l'INAIL en het Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Nationaal instituut voor arbeidsongevallenverzekering) hebben in de procedure geïntervenieerd.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 8 C.I.C.L.A.T. voert aan dat het negatieve DURC louter gebaseerd is op de vaststelling dat een socialezekerheidsbijdrage niet binnen de gestelde termijn was betaald, welke bijdrage achteraf regelmatig is betaald. Volgens haar kan de tardieve betaling niet als een ernstige, onherroepelijk vastgestelde schending worden aangemerkt, aangezien de betrokken bijdrage samen met de vierde en laatste socialezekerheidsbijdrage is betaald. Evenmin kan worden aangenomen dat de door Ancora coop. afgelegde verklaring dat zij geen ernstige, onherroepelijk vastgestelde schendingen heeft begaan, onjuist is, aangezien de vertraging bij de betaling op zich niet als een dergelijke schending kon worden aangemerkt. Hoe dan ook heeft de rechter in eerste aanleg blijk gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat de niet-nakoming van de verplichting van de socialezekerheidsinstantie om de betrokkenen van onregelmatigheden in kennis te stellen, niet relevant is, aangezien een dergelijke verplichting niet alleen is bevestigd bij een latere wet (artikel 31, lid 8, van wet nr. 98/2013), maar die verplichting tevens geldt wanneer de aanbestedende dienst bij de door haar verrichte controle ambtshalve om het DURC verzoekt, zoals overigens is bevestigd in een recente en vernieuwende uitspraak van de Consiglio di Stato

(Vijfde kamer nr. 5064/2014), zodat de ondernemingen de kans hebben om hun situatie binnen de 15 dagen te regulariseren na daartoe te zijn uitgenodigd.

- 9 In antwoord daarop voert Consip S.p.a. aan dat volgens de bestuursrechtelijke rechtspraak het vereiste van regelmatige betaling van socialezekerheidsbijdragen geldt gedurende de gehele aanbestedingsprocedure, met name om te voorkomen dat de bij wet opgelegde verplichtingen worden omzeild en te verzekeren dat de ondernemers gelijk worden behandeld.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 10 Volgens de nationale rechtspraak mag het bestuur niet langer oordelen over de ernst of het onherroepelijke karakter van de niet-betaling van socialezekerheidsbijdragen door de ondernemer, aangezien dit bij wet is vastgelegd en uitsluitend door de socialezekerheidsinstelling wordt gecertificeerd middels het door de aanbestedende dienst bij de controle gevraagde DURC. Het vereiste van regelmatige betaling van socialezekerheidsbijdragen geldt vanaf de indiening van het verzoek tot deelneming aan de procedure en geldt gedurende de gehele aanbestedingsprocedure, zodat eventuele tardieve betalingen irrelevant zijn. De uitnodiging tot regularisering (zogenoeten „verwittiging van negatief DURC”) is niet van toepassing wanneer om het DURC wordt verzocht door de aanbestedende dienst. Volgens de huidige stand van het Italiaanse recht is het mogelijk dat een onderneming die bij het verstrijken van de termijn voor het indienen van het verzoek een achterstand had bij de betaling van een bescheiden bedrag socialezekerheidsbijdragen, automatisch van de procedure wordt uitgesloten, zonder dat daarvan kan worden afgeweken, zelfs indien de onregelmatigheid onmiddellijk nadien is verholpen en dus op het tijdstip van gunning niet langer bestond. De aanbestedende dienst moet zich dus beperken tot een momentopname van de situatie op een bepaald punt in het verleden, te weten het tijdstip waarop de termijn voor het indienen van de offerte verstreek, en moet, wanneer op dat tijdstip blijkt dat de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen meer dan 100 EUR bedroegen, de onderneming uitsluiten. De momentopname die de socialezekerheidsinstantie op het tijdstip van deelneming heeft gemaakt, verplicht de aanbestedende dienst om de inschrijver uit te sluiten, indien eruit blijkt dat een onregelmatigheid is begaan, ook wanneer die onregelmatigheid niet langer bestaat en objectief gezien de betrouwbaarheid en de eerlijkheid van de onderneming niet kan aantasten of in het gedrang kan brengen. Als gevolg van een dergelijke onregelmatigheid moet de aanbestedende dienst de beste offerte uiteindelijk aan zich voorbij laten gaan en moet zij de aanbesteding gunnen aan de volgende onderneming op de ranglijst.
- 11 In de Italiaanse rechtsorde bestaat er dus een paradox. Een of meerdere ernstige schendingen – die in beginsel de betrouwbaarheid van de onderneming en de prognose betreffende haar toekomstige gedrag kunnen ondermijnen – hebben, mits zij vóór de indiening van het verzoek zijn verholpen, geen belang of geen

gevolgen voor de aanbestedingsprocedure en voor de beoordeling door de aanbestedende dienst van de betrouwbaarheid en de eerlijkheid van de toekomstige contractant. Een kleine en eenmalige schending of een eenvoudige achterstand ondermijnt de betrouwbaarheid van de onderneming en leidt onvermijdelijk tot de uitsluiting ervan, ook al is de schending of de achterstand vóór de gunning, maar na het indienen van de offerte, verholpen. De huidige Italiaanse wettelijke regeling verplicht het bestuur dus om de beste offerte aan zich voorbij te laten gaan en verhindert dus dat de opdracht aan de beste inschrijver wordt toevertrouwd, ook wanneer het objectief gezien geen twijfel lijdt dat die onderneming eerlijk en betrouwbaar is. Omgekeerd staat die regeling toe dat de opdracht wordt toevertrouwd aan een onderneming die voortdurend onregelmatigheden en niet-nakomingen heeft begaan, mits zij op het tijdstip van indiening van de offerte haar situatie heeft geregulariseerd overeenkomstig de vereisten van het ministerieel decreet van 24 oktober 2007. Volgens de verwijzende rechter kunnen genoemde nationale bepalingen, samen beschouwd, zoals uitgelegd door de nationale rechter, in meerdere opzichten in strijd zijn met het Unierecht.

- 12 In de eerste plaats is er een mogelijke onverenigbaarheid met artikel 45 van richtlijn 18/2004. In artikel 45, lid 1, is voorzien in een aantal gevallen die noodzakelijkerwijze tot uitsluiting „moeten” leiden en in lid 2 in een aantal andere die tot uitsluiting „kunnen” leiden. De verschillen tussen beide gevallen zijn zeer aanzienlijk. In het in lid 1 bedoelde geval van verplichte uitsluiting kunnen de aanbestedende diensten „indien zij twijfels over de persoonlijke situatie van die gegadigden/inschrijvers hebben, de bevoegde autoriteiten verzoeken om de inlichtingen die zij nodig achten over de persoonlijke situatie van die gegadigden of inschrijvers” en „[w]anneer de inlichtingen betrekking hebben op een gegadigde of inschrijver die in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst gevestigd is, kan de aanbestedende dienst om de medewerking van de bevoegde autoriteiten verzoeken”.
- 13 Daarentegen is voor de minder belangrijke gevallen van [artikel 45], lid 2, bepaald dat „[a]ls voldoende bewijs dat de ondernemer niet verkeert in een van de situaties bedoeld in [...] lid 2 [...] [...] door de aanbestedende diensten [wordt] aanvaard een door de bevoegde instantie van de betrokken lidstaat afgegeven getuigschrift”. Voorts is bepaald dat [w]anneer een document of getuigschrift niet door het betrokken land wordt afgegeven, of daarin niet alle in [...] lid 2, onder a), b) en c), bedoelde gevallen worden vermeld, [...] dit [kan] worden vervangen door een verklaring onder ede [...].
- 14 Kort samengevat, wanneer er gronden voor verplichte uitsluiting zijn, is ambtshalve controle toegestaan en mogen buitenlandse ondernemingen geen verklaring onder ede indienen. Wanneer er gronden voor facultatieve uitsluiting zijn, is ambtshalve controle niet toegestaan en moeten de aanbestedende diensten er genoeg mee nemen de door de inschrijvers ingediende verklaringen te „aanvaarden”. Buitenlandse ondernemingen mogen in dat geval wel een beroep



doen op een verklaring onder ede. In de gevallen van facultatieve uitsluiting die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, kunnen de aanbestedende diensten op grond van richtlijn 18/2004, in tegenstelling tot wat in de Italiaanse rechtsorde is bepaald, niet zelf, in plaats van de betrokken ondernemer, om het DURC verzoeken, maar kunnen zij hoogstens vragen dat de gegadigde bij zijn akte van inschrijving een geldige DURC voegt of dat hij dit vóór de gunning overlegt (dat is wat moet worden verstaan onder de zinsnede „[...] als voldoende bewijs door de [aangebestedende] diensten [wordt] aanvaard”).

- 15 Het gaat in de Italiaanse rechtsorde niet om een louter bijkomstige vraag aangezien de omstandigheid dat is voorzien in een ambtshalve verzoek om het DURC en het feit dat de verplichte uitsluiting is gebaseerd op het ambtshalve verkregen negatieve getuigschrift met betrekking tot eerdere data (dan de datum van deelneming), het mogelijk hebben gemaakt dat niet-nakomingen van socialezekerheidsbijdragen aan het licht komen, waarvan de ondernemer (die erop vertrouwt dat het hem afgegeven positieve DURC 3 maanden geldig is) niet op de hoogte is of, meer nog, zoals in de onderhavige zaak, die in de tussentijd zijn geregulariseerd. Indien de aanbestedende diensten zich ertoe zouden beperken te „aanvaarden” dat de ondernemers het DURC bijsluiten – zoals in de richtlijn is voorzien – zou een dergelijke onregelmatigheid nooit aan het licht komen, aangezien, zelfs in gevallen van niet-betaling van socialezekerheidsbijdragen de socialezekerheidsinstellingen in de zin van artikel 7 van ministerieel decreet van 24 oktober 2007 verplicht zijn om de verzoeker te verwittigen en hem de kans te bieden om zijn situatie binnen de 15 dagen te regulariseren. Wanneer de ondernemer zijn situatie regulariseert, zal hij dus een nieuw getuigschrift krijgen dat geen beletsel vormt en zal hij dit kunnen overleggen. Een loutere „op het verleden betrekking hebbende” niet-nakoming zou, met andere woorden, niet van belang zijn, behoudens gevallen waarin de inschrijver weigert zijn situatie te regulariseren. Een regeling waarbij steeds is vereist dat de regelmatige betaling van socialezekerheidsbijdragen ambtshalve en met betrekking tot het verleden wordt gecontroleerd, zonder mogelijkheid tot regularisering in de loop van de aanbesteding, is dus in strijd met de doelstelling en de strekking van artikel 45.
- 16 Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat de termijn waarbinnen de belanghebbenden moeten hebben voldaan aan de verplichtingen tot betaling van socialezekerheidsbijdragen waarin in de interne rechtsordes is voorzien, kan gaan van het tijdstip van indiening van aanvragen tot deelneming tot op het tijdstip dat voorafgaat aan de gunning van de opdracht en dat op zijn beurt kan overeenstemmen met een van de volgende tijdstippen: a) de uiterste datum voor indiening van de aanvraag tot deelneming aan de opdracht; b) de datum van verzending van de uitnodiging tot indiening van een aanbieding; c) de uiterste datum voor indiening van de aanbiedingen van de gegadigden; d) datum van de beoordeling van de aanbiedingen door de aanbestedende dienst; e) het tijdstip dat onmiddellijk aan de gunning van de opdracht voorafgaat, aangezien de beginselen van transparantie en gelijke behandeling vereisen dat die termijn „met absolute zekerheid wordt vastgesteld en wordt bekendgemaakt” (zie arrest van het Hof van

9 februari 2006, ECLI:EU:C:2006:94). In de onderhavige zaak staat evenwel niet de termijn (die met name samenvalt met de datum van deelneming) ter discussie, maar wel de wijze waarop wordt bewezen dat de socialezekerheidsbijdragen regelmatig zijn betaald, alsmede de zekerheid en de redelijkheid van het controlestelsel, aangezien enerzijds het positieve DURC beslissend is voor een geldige deelneming, maar anderzijds de rechtsorde geen genoegen neemt met de inhoud van het DURC, dat in het bezit van de onderneming is en nog geldig is, maar vereist dat met betrekking tot het verleden wordt nagegaan of eventueel niet-nakomingen bestonden op de datum van deelneming, zonder dat er een mogelijkheid tot regularisering bestaat.

- 17 In de tweede plaats is er voorts een mogelijke schending van het mededingingsbeginsel, gelezen in het licht van artikel 45 van richtlijn 18/2004, dat, zoals reeds gezegd, bepaalt dat „[v]an deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer: [...] die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de socialezekerheidsbijdragen”. Het voorschrift is aldus geformuleerd dat lijkt te kunnen worden aangenomen dat de onregelmatigheden actueel moeten zijn, dat wil zeggen dat zij moeten bestaan op het tijdstip van de uitsluiting en het niet mag gaan om een eenvoudige schending of achterstand die niet langer actueel is. Personen die op het tijdstip van de controle of zelfs op het tijdstip van de uitsluiting aan de regels blijken te voldoen, mogen volgens die bepaling dus niet worden uitgesloten. Met andere woorden, de schending of de achterstand die is vastgesteld voordat de controle of de uitsluiting plaatsvond, kan niet worden aangemerkt als een relevante gedraging in de zin van artikel 45, indien die schending of achterstand op het tijdstip van de controle niet langer actueel is.
- 18 Dat de Italiaanse rechtsorde de niet-nakoming die betrekking heeft op het verleden en die niet langer actueel is, als beslissende factor heeft aangemerkt, lijkt er eerder op te zijn gericht de betrouwbaarheid en ernst van de ondernemer mede op basis van zijn in het verleden gestelde gedrag te beoordelen. Indien dit de doelstelling van de Italiaanse voorschriften is, lijdt het geen twijfel dat de aan de orde zijnde bepalingen, door het aantal uitsluitingsgronden te vermeerderen, tot gevolg hebben dat de mogelijkheden tot nuttige deelneming worden beperkt en daardoor ook de werking van het mededingingsbeginsel. De verwijzende rechter is op de hoogte van de recente rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke bepalingen inzake belastingen en heffingen beperkingen kunnen rechtvaardigen op het mededingingsbeginsel in de zin van de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU, op voorwaarde dat het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd en volgens welke, meer in het bijzonder, het evenredigheidsbeginsel niet in de weg staat aan een nationale regeling op grond waarvan aanbestedende diensten verplicht zijn een inschrijver die een inbreuk heeft begaan op het gebied van de storting van socialezekerheidsbijdragen, uit te sluiten van de gunningsprocedure als het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag groter is dan 100 EUR en 5 % van het verschuldigde bedrag (zie arrest van het Hof van 10 juli 2014, C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063).

- 19 Die uitspraak houdt echter geen rekening met de eigenheid van de Italiaanse rechtsorde, volgens welke de uitsluiting een onvermijdelijk gevolg is van een enkele niet-nakoming, ook wanneer de ondernemer: a) in het bezit is van een geldig positief DURC; b) er niet van is verwittigd dat er een onregelmatigheid was; c) hoe dan ook zijn situatie vóór de gunning of de controle heeft geregulariseerd.
  
- 20 Dat is overigens de duidelijke keuze van de recente richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, die uitdrukkelijk bepaalt dat de uitsluiting wegens onregelmatigheden betreffende de betaling van socialezekerheidsbijdragen „niet langer van toepassing [is] indien de ondernemer zijn verplichtingen is nagekomen door verschuldigde belastingen of socialezekerheidsbijdragen, met inbegrip van lopende rente of boeten, indien toepasselijk, te betalen of een bindende regeling tot betaling daarvan aan te gaan” (art. 57, par. 2).
  
- 21 In de derde plaats, en meer in het algemeen, wijst de verwijzende rechter op een mogelijke onverenigbaarheid met het in de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU verankerde mededingingsbeginsel.
  
- 22 Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat die artikelen in de weg staan aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de door die verdragsbepalingen gewaarborgde vrijheid van vestiging en van dienstverrichting door gemeenschapsburgers onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken (zie met name arrest van 23 december 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, [C-376/08](#), EU:C:2009:808, punt 41).
  
- 23 In de onderhavige zaak beoogt de Italiaanse rechtsorde het mededingingsbeginsel te waarborgen door het gelijkheidsbeginsel op de mededingingsprocedure toe te passen. Het mededingingsbeginsel zou evenwel niet beperkt mogen worden tot een mechanische gelijkheid van procedurele aard, doch zou een zo groot en zo nuttig mogelijke deelneming van de belanghebbende ondernemingen mogelijk moeten maken, door hen toe te staan om bij het indienen van hun offerte aan te tonen dat hun gedrag op het vlak van belastingen en heffingen getuigt van ernst en betrouwbaarheid, met dien verstande dat de openbare opdrachtgever dit hoe dan ook mag controleren. De beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende dienst beschikt, zou niet a priori mogen worden beschouwd als een bron van willekeur en misbruik, maar zou veeleer aldus geregeld en opgezet moeten worden dat zij te allen tijde strookt met het redelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, alsmede met het beginsel van transparantie in de procedure en van juistheid van de gebruikte methode, die door de rechter kunnen worden getoetst. Het uitsluiten van de beoordelingsvrijheid zou de economische kern van het mededingingsbeginsel hebben kunnen ondermijnen.

- 24 Een dergelijke benadering lijkt te zijn ontwikkeld en verduidelijkt door de Uniewetgever zelf, die in overweging 101 van richtlijn 24/2014 stelt dat „[b]ij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, [...] de aanbestedende diensten bijzondere aandacht [moeten] schenken aan het proportionaliteitsbeginsel” en in artikel 57, lid 6, van die richtlijn bepaalt dat „[e]lke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure”.
- 25 In de vierde plaats is er een mogelijke schending van het mededingingsbeginsel. Op grond van voornoemde Italiaanse bepalingen, in hun geheel beschouwd, mag de aanbestedende dienst bij de socialezekerheidsinstellingen ambtshalve vragen naar de „regelmatigheid” betreffende de betaling van socialezekerheidsbijdragen op het (eerdere) tijdstip van deelneming, en moet, wanneer uit het getuigschrift blijkt dat de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen meer dan 100 EUR bedroegen, de onderneming worden uitgesloten, zonder dat er een mogelijkheid tot regularisering bestaat. Voor ondernemingen van andere lidstaten van de Europese Unie moet de aanbestedende dienst echter volgens de leden 4 en 5 van genoemd artikel 38 „in voorkomend geval van gegadigden of inschrijvers verlangen dat zij de nodige bewijzen overleggen [...]. Wanneer geen document of getuigschrift door de andere lidstaat van de Europese Unie wordt afgegeven, kan een verklaring onder ede een toereikend bewijs vormen, of, in de lidstaten waar een dergelijke verklaring niet bestaat, een verklaring die de betrokkene heeft afgelegd ten overstaan van een bevoegde rechterlijke of bestuursrechtelijke instantie, een notaris of een bevoegd beroepsorgaan van het land van oorsprong of herkomst”.
- 26 In werkelijkheid is de meest voorkomende omstandigheid die van artikel 38, lid 5, en volstaat een „verklaring onder ede” van de ondernemer van de andere lidstaat dus (het is weinig waarschijnlijk dat de gegevensbanken van de socialezekerheidsinstanties van de andere lidstaten op dezelfde wijze zijn opgezet als de Italiaanse gegevensbanken en aldus voldoen aan de gedetailleerde voorwaarden van de artikelen 5 en 8 van het ministerieel decreet van 24 oktober 2007, bovendien met betrekking tot een tijdstip dat aan het verzoek voorafgaat), waardoor op basis van een logica van „omgekeerde discriminatie”, de ondernemer van een andere lidstaat „bevoordeeld” is ten opzichte van de Italiaanse ondernemer.
- 27 De verwijzende rechter is zich ervan bewust dat het discriminatieverbod niet geldt voor gevallen waarin sprake is van een benadeling van de interne marktdeelnemer en niet van de buitenlandse, doch in dit geval is het mededingingsbeginsel aan de orde, op grond waarvan alle marktdeelnemers gelijke kansen moeten krijgen.