



Datum van inontvangstneming : 02/07/2015

Zaak C-225/15**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

15 mei 2015

Verwijzende rechter:

Tribunale di Reggio Calabria (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

28 februari 2015

Verzoekende partij:

Domenico Politano'

BESCHIKKING

gegeven na de zitting achter gesloten deuren van 26 februari 2015 ter behandeling van het namens **POLITANO' Domenico** verzochte heronderzoek van de beslissing waarbij op 13 februari 2015 conservatoir beslag is gelegd door de rechter-commissaris bij het Tribunale di Palmi in bovengenoemde strafzaak.

Het bevel tot beslag dat thans in geding is, heeft als voorwerp de in het bestreden bevel nader omschreven goederen die zijn aangetroffen in de bedrijfsruimte „BETUNIQ” die zich in Polistena (Reggio Calabria) bevindt [OMISSIS].

Verzoeker wordt in het kader van bovengenoemde strafzaak vervolgd voor het strafbare feit in artikel 4, leden 1 en 4 bis, van wet nr. 401/1989, zoals geconstateerd te Polistena op 6 februari 2015, „omdat hij zonder concessie, vergunning of licentie in de zin van artikel 88 van de t.u.l.p.s. [testo unico delle leggi di pubblica sicurezza; wet inzake openbare veiligheid], in Italië (in casu in Polistena) in georganiseerd verband in de ruimten Betuniq, te Polistena, activiteiten heeft verricht [OMISSIS] met het oog op het aanvaarden en/of verzamelen, ook per telefoon of langs elektronische weg, van weddenschappen van alle aard door om het even wie aanvaard in Italië of in het buitenland”.

In dat verband wijst het Tribunale erop dat de verdediging van verzoeker tijdens de besloten zitting heeft verzocht om het beroep te honoreren, onder verwijzing naar de gronden die zijn uiteengezet in het verzoek om heronderzoek en om

daarop volgende vernietiging van het bestreden bevel wegens een ontoereikende fumus van het ten laste gelegde strafbare feit (na het buiten toepassing laten van artikel 4 van wet 401/1989 wegens strijd van de bepalingen van de aankondiging van de aanbesteding van 26 juli 2012 – de zogenoemde aankondiging Monti – met de communautaire regels in de artikelen 43 e.v. en 49 EG).

Het Tribunale acht het noodzakelijk om voorafgaand in te gaan op de exceptie inzake de verenigbaarheid met het communautaire recht van de Regole amministrative per l’assegnazione e la stipula della convenzione [administratieve regels voor de gunning en inhoud van de opdrachten] die hier aan de orde zijn, meer bepaald artikel 3.2 daarvan. Indien deze exceptie gegrond is, zal dat ertoe leiden dat de behandeling van de onderhavige zaak moet worden geschorst en de zaak naar het Hof van Justitie van de Europese Unie moet worden verwezen overeenkomstig artikel 267 VWEU (met betrekking tot de vragen die in het dictum van deze beschikking zijn vermeld).

Gezien de relevantie en de noodzakelijke geachte beslissing van de Europese rechter ten aanzien van de hier aan de orde zijnde kwesties waarvan de verenigbaarheid **[OR. 2]** met het gemeenschapsrecht ter discussie staat, acht het Tribunale de door de verdediging opgeworpen exceptie gegrond om de volgende redenen.

De verdediging stelt dat het in geding zijnde gedrag van verdachte in de onderhavige zaak geen strafbaar feit oplevert omdat het verzamelen van sportwedenschappen voor rekening van de Maltese moedermaatschappij UniqGroup LTD geoorloofd moet worden geacht, gezien het feit dat het nationale recht in strijd is met de artikelen 49 e.v. en 56 e.v. VWEU.

[OMISSIS]

[OMISSIS] (nationale rechtspraak, eerdere beslissingen van dezelfde rechter in vergelijkbare zaken).

In de onderhavige zaak is de Maltese vennootschap Uniqgroup LTD uitgesloten van de aanbesteding, ondanks dat zij op geldige wijze had gevraagd om daaraan deel te nemen, omdat was vastgesteld dat zij geen bewijs van haar economische en financiële draagkracht, afgegeven door „twee” bankinstellingen, had overgelegd en omdat in de enige verklaring die zij had overgelegd, niet duidelijk was aangegeven dat zij financieel draagkrachtig was.

De verdediging geeft te kennen dat de buitenlandse bookmaker zich tegen de aankondiging van de aanbesteding had verzet, meer bepaald het deel ten aanzien waarvan de daaraan gehechte administratieve regels, in artikel 3.2 daarvan, voorschreven dat bewijs van de economische en financiële draagkracht moest worden overgelegd in de vorm van relevante bankverklaringen, afgegeven door ten minste „twee” instellingen [OMISSIS] (informatie over de processtukken).

De vennootschap heeft zich bij de bevoegde administratieve autoriteiten tegen de aankondiging van de aanbesteding verzet omdat niet was voorzien in een versoepeling van de regels voor buitenlandse ondernemingen die om gegronde redenen niet in staat waren om de aangegeven bankreferenties over te leggen.

Ook maakte zij bezwaar tegen het abnormale vereiste in verband met de omzet (van 2 000 000 EUR) in vergelijking met de te verlenen concessies: het belang was er voor het bestuur in gelegen om spelaanbieders te selecteren die beschikten over bepaalde organisatorische en technische capaciteiten die relevant waren voor het kunnen voldoen aan de concessie; dit punt wordt benadrukt, omdat de financiële soliditeit (en dus de garantie dat de gegadigde waaraan de opdracht werd gegund in staat was om de dienst aan te bieden) de basis vormde voor de garantie dat de verplichtingen onder de concessie zouden worden nagekomen, waaronder die in artikel 12 van de administratieve regels.

De verdediging stelt daarom dat de aankondiging van de aanbesteding in kwestie, hoewel zij waarborgde dat aanbieders die reeds bepaalde tijd bestonden mochten deelnemen – waarbij zij hun de mogelijkheid bood om hun economische en financiële draagkracht aan te tonen door overlegging van relevante bankverklaringen – er in feite voor heeft gezorgd dat zij niet konden deelnemen, bij gebreke van aanvullende geldige opties met betrekking tot het vereiste van een omzet van niet minder dan 2 miljoen EUR, om aan te tonen dat de onderneming financieel draagkrachtig was.

[Or. 3]

Voor het overige hebben de door de AAMS [Agenzia delle Dogane e dei Monopoli; de regelgevende instantie voor de sector van de kansspelen in Italië] aangegeven afwijkingen en criteria bij de over te leggen documenten uitsluiting onvermijdelijk gemaakt, aangezien UniqGroup LTD, om te bewijzen dat zij daadwerkelijk financieel draagkrachtig was, noodzakelijkerwijs „twee” verklaringen had moeten overleggen die „op niet-generieke wijze bevestigen – zonder een specifieke formulering te hoeven gebruiken of een minimuminhoud te hoeven hebben – over welk krediet de deelnemer beschikt om aan te tonen dat hij op het vlak van zijn vermogen en financiën betrouwbaar is, onder voorbehoud van een discretionair te verrichten beoordeling door de aanbestedende commissie”.

Daaruit volgt dat de aankondiging van de aanbesteding, de administratieve regels en de maatregel van uitsluiting – die bepalen dat de financiële draagkracht op straffe van uitsluiting alleen kan worden aangetoond door verklaringen van twee bankinstellingen, zonder daarbij alternatieve criteria voor de omzet of latere of andere afwijkingen te noemen voor het geval dat de gegadigde niet in staat is om die informatie door middel van bankverklaringen te verkrijgen – onrechtmatig waren wegens schending van het transparantiebeginsel en de favor participationis, hetgeen duidelijk in strijd is met het gemeenschapsrecht.

De verdediging voert terecht aan dat, aangezien het om een selectie op communautair niveau gaat waar spelaanbieders uit verschillende landen met elkaar worden vergeleken, noodzakelijkerwijs het beginsel in artikel 47 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 in acht had moeten worden genomen. Daarin zijn drie autonome basiscriteria voor de beoordeling van de economische en financiële draagkracht opgenomen, naast in lid 5 een laatste mogelijkheid in de vorm van „met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht”.

De noodzaak voor de AMMS om rigide voorwaarden voor deelname op te leggen, had in overeenstemming moeten zijn met het beginsel van een zo ruim mogelijke deelname aan de aanbestedingen, waarbij – voor alle belanghebbenden – de mogelijkheid had moeten worden gewaarborgd om de economische en financiële draagkracht met enig ander geschikt geacht document aan te tonen.

Naar de opvatting van de verdediging volgt daaruit dat de AMMS verplicht en op specifieke wijze de alternatieve criteria had moeten aangeven die geschikt en dienstig werden geacht om te bewijzen dat aan dit vereiste werd voldaan, zodanig dat toch doeltreffend bewijs kon worden geleverd.

In het geval van UniqGroup LTD wijst het Tribunaal erop dat het – feitelijk – onmogelijk was om haar economische en financiële draagkracht aan te tonen; de AMMS had aanvullend om „twee” bankverklaringen van verschillende instellingen gevraagd, waarbij zij bij rondschrijven heeft bekrachtigd wat reeds in de administratieve regels voor de aanbesteding was bepaald, zonder dat aan de onderneming een alternatieve weg werd geboden voor de beoordeling of aan de voorwaarde voor deelname was voldaan.

Bij e-mail van 15 januari 2013 heeft de Banca di Valletta immers aangegeven dat zij niet in staat was om iets anders te verklaren dan in de verklaringen van 14 en 24 januari 2013, en dat zij zich moest houden aan de standaarden die in de Maltese Staat gebruikelijk waren.

De stukken van de aanbesteding moeten bijgevolg als onwettig worden beschouwd wat betreft het specifieke aspect dat niet in enige versoepeling is voorzien voor het geval dat om gegronde redenen niet „twee geschikte bankreferenties” kunnen worden overgelegd, hetgeen in strijd is met de uitdrukkelijke communautaire bepaling op grond waarvan ondernemingen hun economische en financiële draagkracht met enig ander door de aanbestedende dienst geschikt geacht document kunnen aantonen.

UniqGroup LTD heeft tijdens de aanbesteding uitdrukkelijk aangegeven waarom het onmogelijk was om „twee” bankverklaringen over te leggen.

Het Tribunaal benadrukt in dit verband dat er een verschil van inzicht ten aanzien van de uitlegging is, zodat opheldering door het Hof van Justitie van de EU noodzakelijk is.

Aan de ene kant blijkt namelijk duidelijk dat in de aankondiging van de aanbesteding, door middel van de daarin opgenomen voorwaarden voor deelname, voor de economische en financiële draagkracht het vereiste van „referenties” van ten minste twee bankinstellingen is opgenomen, met name voor die ondernemingen die, zoals de met verzoeker verbonden onderneming, nieuw zijn opgericht en niet in staat zijn om ten behoeve van de beoordeling van de economische en financiële soliditeit het **[OR. 4]** bewijs te leveren dat zij een bepaalde omzet hebben behaald.

Het Tribunale benadrukt dat de bankreferenties brieven over de betrouwbaarheid zijn, waarbij de instellingen generiek bevestigen dat zij een bancaire vertrouwensrelatie met de onderneming onderhouden. Het betreft dus verklaringen op basis van eigen wetenschap die de aanbestedende dienst een indicatie van de economische soliditeit van de gegadigde geven.

In de onderhavige zaak blijkt de *lex specialis* in overeenstemming te zijn met artikel 41 van wetsbesluit nr. 163/2006, waarin de aanbestedende dienst aangeeft aan welke vereisten moet zijn voldaan om de voor de te leveren dienst benodigde economische en financiële draagkracht te hebben. Uit de tekst van de wet blijkt daarom dat de overlegging van slechts één bankverklaring in het algemeen niet volstaat om aan dit wezenlijke, door de wetgever uitdrukkelijk opgenomen vereiste te voldoen.

Dit in aanmerking nemend, wijst het Tribunale er evenwel op dat een systematische uitlegging van de litigieuze wettelijke bepaling, die in de *lex specialis* betreffende de aanbesteding is toegepast, waarin is opgenomen dat relevante bankreferenties bevestigd door „ten minste twee bankinstellingen of erkende tussenpersonen” moeten worden overgelegd, leidt tot het oordeel dat dit laatste vereiste niet strikt moet worden opgevat, omdat het verlangde bewijs dat aan de voorwaarden voor deelname is voldaan verenigbaar moet zijn met het beginsel van een zo ruim mogelijke deelname aan de aanbesteding, waaruit het vereiste voortvloeit dat in een versoepeling van de regels moet worden voorzien voor die ondernemingen die om gegronde redenen niet in staat zijn om genoemde referenties over te leggen.

Voor het overige bepaalt lid 3 van artikel 41 hoe dan ook dat de gegadigde die om gegronde redenen niet in staat is de gevraagde bankreferenties of boekhoudkundige rekeningen over te leggen, zijn economische en financiële draagkracht anderszins kan aantonen met enig ander door de aanbestedende dienst geschikt geacht document. Dit is een bepaling die duidelijk is geënt op het beginsel van de *favor participationis*.

In de rechtspraak is echter ook een enge uitlegging te vinden, volgens welke een aldus verwoorde clausule zeker niet oneerlijk is en het minste is wat kan worden verlangd in verband met het vereiste van economische en financiële draagkracht, waardoor zij in wezen redelijk wordt, maar onvermijdelijk ook exclusief, in die

zin dat de economische en financiële soliditeit door de deelnemende onderneming niet op andere wijze kan worden bewezen, waardoor de strekking van de communautaire beginselen die hierboven in herinnering zijn gebracht, feitelijk wordt beperkt in de sector van de kansspelen.

In dit specifieke geval wijst het Tribunale erop dat de administratieve regels rond de aankondiging van de aanbesteding het de vennootschap Uniqgroup LTD niet uitdrukkelijk toestonden om haar economische en financiële draagkracht op alternatieve wijze aan te tonen, aangezien het verzoek om aanvullende documenten van de AAMS, waarin is bevestigd dat verklaringen van nog steeds twee bankinstellingen moesten worden afgegeven, gebaseerd is op een enge uitlegging van de aankondiging van de aanbesteding. Dit heeft een directe weerslag op de mogelijkheid van die onderneming om aan de aanbesteding deel te nemen, met als reden, zo wordt gesteld, het openbare belang dat de concessie wordt gegund aan een onderneming die juist over een minimum aan soliditeit en betrouwbaarheid beschikt.

Uit niets blijkt dat aan de deelnemers aan de aanbesteding duidelijke en aantoonbare mogelijkheden zijn geboden opdat, met inachtneming van het algemeen belang, de economische soliditeit en betrouwbaarheid van nieuw opgerichte entiteiten die in deelname aan de betrokken aanbesteding geïnteresseerd waren, zou kunnen worden aangetoond.

Derhalve blijkt het noodzakelijk om de behandeling van de onderhavige zaak te schorsen en het Hof van Justitie van de Europese Unie prejudicieel de volgende uitleggingsvragen te stellen:

„Moeten [artikel] 49 VWEU en het beginsel van gelijke behandeling en het effectiviteitsbeginsel aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling op het vlak van kansspelen op grond waarvan een nieuwe aanbesteding (zoals geregeld in artikel [10, lid 9] van wet nr. 44 van 26 april 2012) voor het verlenen van concessies wordt uitgeschreven, met daarin clausules die voorzien in uitsluiting van de aanbesteding wegens het niet voldoen aan het vereiste van economische en financiële draagkracht [OR. 5], zulks omdat daarin niet is voorzien in andere criteria dan het overleggen van twee bankreferenties die van verschillende financiële instellingen afkomstig zijn?”

en voorts:

„Moet artikel 47 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling op het vlak van kansspelen op grond waarvan een nieuwe aanbesteding (zoals geregeld in artikel [10, lid 9] van wet nr. 44 van 26 april 2012) voor het verlenen van concessies wordt uitgeschreven[, met daarin clausules die voorzien in uitsluiting van de aanbesteding wegens het niet voldoen aan het vereiste] van economische en financiële draagkracht, zulks omdat daarin –

anders dan in de supranationale regelgeving – niet is voorzien in andere documenten of keuzemogelijkheden?”

Op die gronden:

Het Tribunale, [OMISSIS], bepaalt dat de processtukken van de onderhavige zaak overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zullen worden toegezonden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie en dat de behandeling van het onderhavige kort geding derhalve wordt geschorst. [OMISSIS]

[procedurele aspecten] [OMISSIS] (vaste formules)

[OMISSIS] Reggio Calabria, 28 februari 2015.