



Datum van inontvangstneming : 21/10/2014

**Zaak C-425/14**

**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:**

17 september 2014

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

9 juli 2014

**Verzoekende partijen:**

Impresa Edilux srl, in haar hoedanigheid van vertegenwoordiger van een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen

Società Italiana Costruzioni e Forniture srl (SICEF)

**Verwerende partijen:**

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani

Assessorato ai Beni Culturali e dell'Identità Siciliana

UREGA – Sezione provinciale di Trapani

Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana

**Andere partij in de procedure:**

Icogen Srl

---

## **Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Hoger beroep tegen het vonnis van eerste aanleg inzake overheidsopdrachten houdende afwijzing van het verzoek tot nietigverklaring van het besluit van de aanbestedende dienst waarbij de gunning van de opdracht aan verzoeksters is herroepen en zij van de aanbesteding zijn uitgesloten.

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

Verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie van nationale bepalingen op grond waarvan een aanbestedende dienst in het kader van een aanbestedingsprocedure voor de gunning van een overheidsopdracht andere gronden voor de uitsluiting van de deelnemende ondernemingen mag vaststellen dan die welke in artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG zijn opgenomen. Mogelijkheid voor een lidstaat om, gelet op de dwingende noodzaak de georganiseerde misdaad te bestrijden, te voorzien in afwijkingen van het beginsel dat genoemde uitsluitingsgronden exhaustief zijn. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde uitsluitingsgrond die zijn rechtsgrondslag in artikel 1, lid 17, van legge nr. 190 van 6 november 2012 (hierna: „bestreden bepaling”) vindt, betreft de omstandigheid dat de aan een aanbesteding deelnemende ondernemingen de verplichtingen die in de zogenoemde „protocolli di legalità” (rechtmatigheidsprotocollen) zijn vervat, niet hebben aanvaard of niet het schriftelijk bewijs hebben geleverd dat zij die verplichtingen hebben aanvaard.

## **Prejudiciële vragen**

- 1) Verzet het recht van de Europese Unie, meer in het bijzonder artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG, zich tegen een bepaling als artikel 1, lid 17, van legge nr. 190/2012, op grond waarvan een aanbestedende dienst als geldige grond voor de uitsluiting van een onderneming die deelneemt aan een aanbesteding voor de gunning van een overheidsopdracht, de omstandigheid in aanmerking mag nemen dat die onderneming niet de verplichtingen heeft aanvaard – of geen bewijs van die aanvaarding heeft overgelegd – die zijn vervat in de zogenoemde „protocolli di legalità” en, meer in het algemeen, in overeenkomsten die zijn gesloten tussen een aanbestedende dienst en de deelnemende ondernemingen en die tot doel hebben infiltraties van de georganiseerde misdaad bij de gunning van overheidsopdrachten te bestrijden?
- 2) Kan overeenkomstig artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG een bepaling van een lidstaat op grond waarvan de in de vorige vraag bedoelde uitsluiting mag worden toegepast, worden beschouwd als een afwijking van het beginsel dat uitsluitingsgronden exhaustief zijn, die is gerechtvaardigd door de dwingende noodzaak pogingen tot infiltratie van de georganiseerde misdaad bij procedures voor de gunning van overheidsopdrachten te bestrijden?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

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, met als opschrift „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”.

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Artikel 1, lid 17, van legge nr. 190 van 6 november 2012 houdende bepalingen voor de preventie en de repressie van corruptie en onrechtmatigheden in overheidsdiensten, dat luidt als volgt: „Een aanbestedende dienst mag in openbare aankondigingen, aankondigingen van aanbestedingen en uitnodigingsbrieven bepalen dat de niet-naleving van de in de rechtmatigheidsprotocollen en integriteitsovereenkomsten opgenomen bepalingen een grond tot uitsluiting van de aanbesteding vormt”.

Artikel 38 van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006 (wetboek betreffende overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG), dat artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG in Italiaans recht omzet.

Artikel 46, lid 1 bis, van decreto legislativo nr. 163 van 12 april 2006, met als opschrift „Documenten en aanvullende informatie – Exhaustief karakter van de uitsluitingsgronden”, dat bepaalt: „De aanbestedende dienst sluit gegadigden of deelnemers uit wanneer de bepalingen van het onderhavige wetboek, de [uitvoerings]bepalingen of andere van kracht zijnde wetsbepalingen niet zijn nageleefd, wanneer volstrekte onzekerheid heerst over de inhoud of de herkomst van het aanbod wegens het ontbreken van ondertekeningen of andere essentiële gegevens, wanneer het dossier dat het aanbod of het verzoek tot deelname bevat, niet volledig is of wanneer er bij de sluiting van de verzegelde enveloppes andere onregelmatigheden zijn begaan zodat in het licht van de concrete omstandigheden moet worden aangenomen dat het beginsel van vertrouwelijkheid van de aanbiedingen is geschonden. Aankondigingen van een aanbesteding en uitnodigingsbrieven mogen geen andere op straffe van uitsluiting voorgeschreven bepalingen bevatten. Dergelijke bepalingen zijn hoe dan ook nietig”.

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

De verzoekende ondernemingen zijn leden van een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemingen, dat is opgericht met het oog op deelname aan een aanbesteding die is uitgeschreven door de Sovrintendenza dei Beni Culturali e Ambientali della Provincia di Trapani (directoraat voor het cultureel erfgoed en natuurgebieden van de provincie Trapani) voor de planning, de coördinatie en het verzekeren van de veiligheid van restauratiewerkzaamheden

aan de tempel van Selinunte. Genoemde dienst heeft, na de werkzaamheden definitief aan verzoeksters te hebben gegund krachtens haar bevoegdheid haar eigen beslissingen te herzien die gunning herroepen naar aanleiding van een klacht van de onderneming Icogen s.r.l., die als tweede was gerangschikt, de werkzaamheden definitief aan laatstgenoemde gegund en verzoeksters dientengevolge van de aanbesteding uitgesloten. De uitsluiting van verzoeksters was gemotiveerd met een verwijzing naar de omstandigheid dat het dossier dat bij het verzoek tot deelname aan de aanbesteding was gevoegd, geen verklaring van aanvaarding van de rechtmatigheidsprotocollen bevatte. Die aanvaarding is volgens de wettelijke regeling inzake aanbestedingen een essentieel document dat op straffe van uitsluiting moet worden overgelegd.

Verzoeksters hebben derhalve een vordering ingesteld bij het Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sede di Palermo (T.a.r. per la Sicilia; bestuursrechter van de regio Sicilië), waarbij zij die rechterlijke instantie hebben verzocht het besluit van de aanbestedende dienst om hen van de aanbesteding uit te sluiten, en de daaraan voorafgaande handelingen nietig te verklaren en dientengevolge de opdracht aan hen te gunnen, te verklaren dat een eventueel met de onderneming Icogen s.r.l. gesloten overeenkomst niet-verbindend is, verzoeksters in de plaats te laten treden van laatstgenoemde of, subsidiair, hen een schadevergoeding toe te kennen. Nadat het T.a.r. per la Sicilia dat beroep had verworpen, hebben verzoeksters hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, rechter in laatste aanleg in het geding. Dat hoger beroep ligt ten grondslag aan de onderhavige prejudiciële verwijzing.

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

Verzoeksters voeren om te beginnen aan dat hun uitsluiting van de aanbesteding op grond dat zij geen verklaring van aanvaarding van de rechtmatigheidsprotocollen hebben overgelegd, in strijd is met het in artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginsel dat de gronden voor uitsluiting van deelnemers aan een aanbesteding exhaustief zijn. Dat beginsel verzet zich ertegen dat de Italiaanse wetgever uitsluitingsgronden invoert, zoals de in de bestreden bepaling opgenomen uitsluitingsgrond, die verband houden met andere dan de in dat artikel genoemde persoonlijke eigenschappen van de deelnemers.

Voorts blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat verzoeksters aanvoeren dat de onregelmatigheid in het dossier op grond waarvan zij van de aanbesteding zijn uitgesloten, had kunnen worden rechtgezet krachtens de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om ondersteuning te verlenen tijdens de voorbereidende fase (en op grond waarvan reeds overgelegde documenten of verklaringen kunnen worden aangevuld of verbeterd) en dat de aanbestedende dienst verzoeksters dus had moeten uitnodigen om de ontbrekende verklaring over te leggen in plaats van hen van de aanbesteding uit te sluiten.

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

Teneinde de redenen voor de onderhavige prejudiciële verwijzing te verduidelijken, vestigt de verwijzende rechter de aandacht op een aantal aspecten van het hoofdgeding.

In de eerste plaats maakt de verwijzende rechter een aantal inleidende opmerkingen over de juridische aard en de achterliggende ratio van de sluiting van de zogenoemde rechtmatigheidsprotocollen en vestigt hij de aandacht op de contractuele aard van die protocollen: het zijn overeenkomsten tussen een aanbestedende dienst en ondernemingen op grond waarvan de aanbestedende dienst met name de verplichting op zich neemt om in de aankondigingen van een aanbesteding en in de andere documenten aan de hand waarvan een aanbesteding wordt uitgeschreven, als voorwaarde voor deelname te stellen dat ondernemers vooraf een aantal bepalingen aanvaarden, die de preventie van, het toezicht op en de strijd tegen misdaad tot doel hebben. In het bijzonder is de onderneming die dergelijke verplichtingen aanvaardt, verplicht een aantal normen voor goed gedrag na te leven – bovenop die welke reeds bij wet zijn opgelegd – die de overheid toelaten en het haar gemakkelijker maken repressief op te treden in geval van eventuele pogingen van de georganiseerde misdaad om de aanbestedingsprocedure te verstoren of te vervalsen of de eigenaars van de deelnemende ondernemingen te intimideren.

In de tweede plaats stelt de verwijzende rechter vast dat in het hoofdgeding vaststaat dat:

- de bestreden bepaling aldus moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst zich niet alleen op de in die bepaling opgenomen uitsluitingsgrond mag beroepen wanneer de rechtmatigheidsprotocollen niet zijn „nageleefd”, maar ook wanneer die protocollen niet op voorhand zijn aanvaard of nog wanneer geen verklaring is overgelegd waaruit blijkt dat de in die protocollen neergelegde verplichtingen zijn aanvaard, indien die overlegging in de aanbestedingshandelingen is voorgeschreven. Een aanbestedende dienst mag dus op straffe van uitsluiting eisen dat dergelijke protocollen worden aanvaard, aangezien de erin opgenomen bepalingen, om dwingend te zijn, gelet op de contractuele aard van de protocollen, eerst moeten worden „aanvaard”. In dat verband merkt de verwijzende rechter op dat, indien enkel sancties mogen worden verbonden aan de niet-naleving van die bepalingen tijdens de fase van uitvoering van de overeenkomst, zou worden afgedaan aan het doel zo vroeg mogelijk te zorgen voor een beschermende en afschrikkende werking – dat volledig in de lijn ligt van het doel van de Italiaanse antimafia-regeling – en derhalve iedere nuttige werking zou worden ontnomen aan de sanctie van uitsluiting van de aanbesteding, die effect zou moeten hebben tijdens de fase die voorafgaat aan de gunning en aan de uitvoering van de overeenkomst.

- de bestreden bepaling niet in strijd is met het beginsel volgens hetwelk de uitsluitingsgronden in de Italiaanse rechtsorde exhaustief zijn, aangezien volgens artikel 46, lid 1 bis, van decreto legislativo nr. 163/2006 als rechtmatig worden beschouwd de uitsluitingsgronden die zijn opgenomen in de geldende wettelijke regelingen, waaronder de wet die een dergelijke bepaling bevat, te weten wet nr. 190/2012;

- moet worden uitgesloten dat de aanbestedende dienst verplicht is verzoeksters in staat te stellen de ontbrekende verklaring over te leggen, gelet op de niet-naleving van een voorschrift, waaraan weliswaar de sanctie van uitsluiting van de aanbesteding verbonden is, doch dat duidelijk is geformuleerd.

Gelet op het bovenstaande rijst bij de verwijzende rechter in wezen twijfel over de verenigbaarheid met het recht van de Europese Unie van een bepaling die een uitsluitingsgrond bevat die zijn rechtsgrondslag vindt in de bestreden bepaling, aangezien artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG niet in een soortgelijke bepaling voorziet.

Volgens de verwijzende rechter is de bestreden bepaling niet in strijd met artikel 45, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2004/18/EG, aangezien zij beantwoordt aan de logica de georganiseerde misdaad preventief te bestrijden, een doel dat rechtstreeks verband houdt met de openbare orde en met het voorkomen van misdaad (en indirect met het vereiste daadwerkelijke mededinging te handhaven) en dus een dwingende reden van algemeen belang vormt op grond waarvan de lidstaten juist krachtens genoemd artikel 45, lid 1, derde alinea, van richtlijn 2004/18/EG mogen afwijken van het beginsel dat de uitsluitingsgronden exhaustief zijn. De verwijzende rechter is evenwel van oordeel dat die uitlegging nog twijfel doet rijzen en acht het dus, als rechter in laatste aanleg in het hoofdgeding, noodzakelijk het Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

Voorts brengt de verwijzende rechter het arrest van het Hof van 23 december 2009 (C-376/08, Serrantoni en Consorzio stabile edili) in herinnering en stelt hij vast dat aan de relevantie van de voorgelegde vragen niet wordt afgedaan door de omstandigheid dat de betrokken aanbesteding onder de zogeheten „communautaire drempel” ligt, aangezien de beginselen van het recht van de Europese Unie ook voor dergelijke procedures „beneden de drempelwaarde” gelden.

De relevantie van de gestelde vragen blijkt tevens uit het grensoverschrijdende belang van de aanbesteding, aangezien een aantal bepalingen ervan de deelname van niet-Italiaanse ondernemingen betreffen.

Na het dictum te hebben onderzocht van de arresten van 19 mei 2009 (C-538/07, Assitur), en 16 december 2008 (C-213/07, Michaniki), alsmede de punten 35, 38 en 39 van het arrest van 13 december 2012 (C-465/11, Forposta en ABC Direct

Contact) is de verwijzende rechter van oordeel dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie geen uitleggingscriteria kunnen worden afgeleid die precies aansluiten bij de omstandigheden van het hoofdeding.

Ten slotte merkt de verwijzende rechter op dat de mogelijkheid om af te wijken van het beginsel dat de uitsluitingsgronden exhaustief zijn, ook volgt uit artikel 57, leden 3 en 7, van 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 nog niet door de Italiaanse Republiek is omgezet.