



Datum van inontvangstneming : 14/06/2018

Zaak C-309/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

7 mei 2018

Verwijzende rechter:

Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 maart 2018

Verzoekende partij:

Lavorgna Srl

Verwerende partijen:

Comune di Montelanico

Comune di Supino

Comune di Sgurgola

Comune di Trivigliano

[*omissis*]

ITALIAANSE REPUBLIEK

De Tribunale amministrativo regionale per il Lazio

Tweede kamer bis

geeft de navolgende

BESLISSING

op het beroep [*omissis*] ingesteld door

Lavorgna Srl, [*omissis*]

tegen

Comune di Montelanico, [*omissis*]

Comune di Supino, Comune di Sgurgola, Comune di Trivigliano, [*omissis*]

en

Gea S.r.l., [*omissis*]

[Or.2]

tot nietigverklaring,

na schorsing,

van besluit nr. 432 van 22 december 2017 van het hoofd van de technische afdeling van de Comune di Montelanico (gemeente Montelanico) (Rome), waarbij de processen-verbaal van de aanbesteding van de gescheiden inzameling, het vervoer, de nuttige toepassing en de verwijdering van vast stedelijk afval zijn goedgekeurd, en deze opdracht is gegund aan GEA S.r.l.;

van de processen-verbaal van de CUC (centrale unica di committenza, enige aankoopcentrale) Lepinia nr. 6 en 7 van 11 december 2017, voor zover relevant, waar het comité de gegadigden, en met name de geselecteerde gegadigde Gea S.r.l., die in hun economische offerte geen arbeidskosten hebben vermeld, niet uitsluit, en hun de mogelijkheid biedt om de stukken aan te vullen of te verduidelijken;

van proces-verbaal nr. 8 van 20 december 2017, voor zover relevant, waar het aanbestedingscomité onweerlegbaar akte geeft dat zij de mededeling met protocolnummer 5650 van 18 december 2017 van Gea S.r.l. tot aanvulling en verduidelijking van de stukken heeft ontvangen, en de onder b) vermelde resultaten bevestigt, zonder de personeelskosten te controleren overeenkomstig artikel 95, lid 10, D.lgs. (decreto legislativo; hierna: „wetsbesluit”) 50/2016;

van elke daaraan voorafgaande, daarmee verbonden en/of daarop volgende handeling, althans elke handeling die afbreuk aan de rechten van verzoekster heeft gedaan;

[*omissis*] [procedure]

1. *Samenvatting van het voorwerp van het geding*

[Or.3]

Bij op 29 september 2017 bekendgemaakt besluit heeft de Comune di Montelanico een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van de

dienst voor de gescheiden inzameling en het vervoer van vast stedelijk en vergelijkbaar afval en andere stadsreinigingsdiensten voor een periode van negen jaar („januari 2018/december 20[2]6”), met vermelding van een aanbestedingswaarde van 2 044 617,10 EUR exclusief btw, welke dienst zou worden gegund volgens het criterium van de economisch voordeligste inschrijving overeenkomstig artikel 95, lid 2, van wetsbesluit nr. 50 van 2016.

In verband met deze aanbesteding heeft Lavorgna, de gegadigde die op de tweede plaats is geëindigd, een vordering ingesteld tot nietigverklaring van het besluit van de Comune di Montelanico nr. 432 van 22 december 2017 tot goedkeuring van de processen-verbaal en de bijbehorende rangschikking waarbij de dienst definitief aan GEA S.r.l. werd gegund, en van de daaraan voorafgaande handelingen.

Daartoe heeft Lavorgna aangevoerd dat de bestreden besluiten en handelingen onrechtmatig zijn, omdat niet de mogelijkheid geboden had moeten worden om de stukken aan te vullen of te verduidelijken, zoals het aanbestedingscomité had besloten, maar alle economische offertes waarin de „arbeidskosten” niet specifiek waren vermeld, waaronder die van GEA, „overeenkomstig artikel 95, lid 10” van het reeds genoemde wetsbesluit nr. 50 van 2016 uitgesloten hadden moeten worden.

Volgens verzoekster schrijft deze bepaling immers duidelijk en ondubbelzinnig voor dat de ondernemer onder andere uitdrukkelijk de arbeidskosten moet vermelden, aangezien zij een essentieel onderdeel van de economische offerte vormen dat noodzakelijk is om na te gaan of de personeelskosten die voor de offerte zijn berekend al dan niet in overeenstemming zijn met de minimumlonen in de speciale tabellen van het Ministero del Lavoro (ministerie van Arbeid). Ongeacht het bepaalde in de lex specialis inzake aanbestedingen, en ondanks dat de inschrijvers op de aanbesteding in hun offertes hebben vermeld dat het genoemde artikel 95, lid 10, [Or.4] in acht is genomen, kan het ontbreken van deze kosten tot geen andere conclusie leiden dan dat de gegadigde moet worden uitgesloten omdat „de offerte inhoudelijk volstrekt onduidelijk is”, zonder mogelijkheid de stukken aan te vullen of te verduidelijken (een instrument dat uitsluitend van toepassing is in de „preliminaire fase van beoordeling van de administratieve documentatie van de ondernemingen”, en op geen enkele wijze kan worden gebruikt om gebreken in de offerte te verhelpen of om de offerte aan te vullen).

Gezien de bijzonderheden van de vraag meent de verwijzende rechter de behandeling van de zaak te moeten schorsen om een prejudiciële vraag over de uitlegging van Unierecht te stellen, teneinde vast te stellen of het Unierecht in de weg staat aan een nationale regeling die in duidelijke en absolute termen voorschrijft dat de niet-nakoming van de verplichting om de arbeidskosten apart in de economische offerte te vermelden – ook indien deze vermelding niet uitdrukkelijk in het bestek wordt vereist – volstaat om de gegadigde uit te sluiten van de aanbesteding.

2. *Toepasselijke bepalingen van nationaal recht*

2.1 De aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorgelegde uitleggingsvraag betreft de nationale regeling volgens welke de „arbeidskosten” afzonderlijk in de economische offerte voor deelname aan een openbare aanbestedingsprocedure voor de gunning van diensten moeten worden vermeld, zonder mogelijkheid de stukken aan te vullen of te verduidelijken, zelfs indien de aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumenten voor het indienen van offertes niet uitdrukkelijk om deze afzonderlijke vermelding heeft verzocht, en de ondernemers in elk geval in hun economische offertes hebben gespecificeerd dat „artikel 95, lid 10, [van wetsbesluit nr. 50 van 2016] in acht is genomen”.

2.2 De toepasselijke nationale regeling is thans opgenomen in wetsbesluit nr. 50 van 2016, de nieuwe Codice degli appalti pubblici (wet inzake overheidsopdrachten), en wel in [Or.5] artikel 95, lid 10 („de marktdeelnemer vermeldt in de economische offerte zijn arbeidskosten. [...] Ten aanzien van de arbeidskosten controleren de aanbestedende diensten alvorens de opdracht te plaatsen of artikel 97, lid 5, onder d” van de regeling inzake „abnormaal lage inschrijvingen” is nagekomen), in samenhang gelezen met artikel 83, lid 9 (volgens welke bepaling essentiële gebreken in het verzoek tot deelname „betreffende de technische offerte en de economische offerte” niet kunnen worden hersteld).

2.3 Volgens de [omissis] rechtspraak geldt dat indien de aanbesteding onder de werkingssfeer van wetsbesluit nr. 50/2016 valt, zoals in casu het geval is, er zonder meer sprake is van een wettelijke verplichting waaraan reeds bij het opstellen van de economische offerte moet zijn voldaan, juist om maximale transparantie van de economische offerte in al haar aspecten te garanderen; daarom moet worden vermeden dat onderdelen van de offerte achteraf worden gewijzigd, indien blijkt dat niet aan deze verplichting is voldaan, en de kosten zodanig worden gewijzigd dat de kostenposten betreffende de levering van de dienst of de zaak aanvaardbaar worden gemaakt en derhalve kunnen worden gerechtvaardigd.

3. *Toepasselijke bepalingen van Unierecht*

3.1 Op dit gebied zijn in de rechtspraak de Unierechtelijke beginselen verankerd van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid, gelezen in samenhang met de grondbeginselen van het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrije dienstverrichting volgens het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), alsook de beginselen die daarvan zijn afgeleid, met name de gelijkheid van behandeling, het discriminatieverbod, het beginsel van wederzijdse erkenning, het evenredigheids- en het [Or.6] transparantiebeginsel, waarnaar wordt verwezen in richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten.

3.2. Zo bepaalt richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten het volgende:

- in artikel 18, lid 1, eerste alinea: „Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze”;

- in artikel 56, lid 3: „Wanneer de door de ondernemers in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, kunnen de aanbestedende diensten, tenzij het nationale recht dat deze richtlijn uitvoert anders bepaalt[,] de betrokken ondernemers verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie”.

4. *Uiteenzetting van de redenen voor de prejudiciële verwijzing*

4.1 Over de verplichting van inschrijvers op een openbare aanbesteding om de „kosten”, en hoofdzakelijk, volgens de geldende regeling, de „bedrijfskosten voor de veiligheid op het werk” afzonderlijk in de economische offertes te vermelden, en de mogelijkheid om het ontbreken van deze vermelding later te herstellen, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie zich reeds uitgesproken in de beschikking van 10 november 2016, Edra Costruzioni en Edilfac (C-140/16, niet gepubliceerd, EU:C:2016:868). Daarbij heeft het Hof in herinnering gebracht dat, zoals het reeds eerder had opgemerkt in arrest van 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404, punt 3[7]), „de beginselen van transparantie en gelijke behandeling die gelden voor alle procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, vereisen dat de materiële en formele voorwaarden inzake de deelneming aan een opdracht tevoren duidelijk moeten zijn bepaald en bekendgemaakt, in het bijzonder de verplichtingen van de inschrijvers, zodat de betrokkenen exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn [Or.7] dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden” en dus geoordeeld dat „[w]anneer evenwel, zoals in het hoofdgeding, een voorwaarde voor de deelname aan de aanbestedingsprocedure, op straffe van uitsluiting van die procedure, niet uitdrukkelijk is voorzien in de aanbestedingsdocumenten, en wanneer die voorwaarde enkel uit een uitlegging door de rechtspraak van het nationale recht kan worden afgeleid, kan de aanbestedende dienst de uitgesloten inschrijver een termijn toekennen die voldoende is om zijn omissie recht te zetten.” Kort gezegd heeft het Hof van Justitie erop gewezen dat de bovengenoemde beginselen „aldus [moeten] worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de uitsluiting van een inschrijver van de aanbestedingsprocedure wegens niet-nakoming van de verplichting om in de offerte de kosten van de onderneming in verband met de arbeidsveiligheid afzonderlijk te vermelden”, ook op grond van het feit dat indien er sprake is van een dergelijke situatie – „die voortvloeit uit de uitlegging van het nationale recht en de praktijk van een autoriteit” – dit „bijzonder nadelig uit[valt] voor inschrijvers die in andere

lidstaten zijn gevestigd, aangezien hun kennis van het nationale recht en de uitlegging ervan niet van hetzelfde niveau is als die van de nationale inschrijvers”.

De nationale rechtspraak heeft zich daarnaar gevoegd [*omissis*].

Dit betreft evenwel [*omissis*] uitspraken die betrekking hebben op de eerder geldende regeling (richtlijn 2004/18/EG en wetsbesluit 163/2006).

4.2. Door de latere, onder punt 2.2 vermelde nationale regeling is de situatie gewijzigd. Met de invoering van de nieuwe nationale regeling heeft de wetgever voor ondernemingen namelijk uitdrukkelijk de verplichting ingevoerd om in de economische offerte niet alleen de bedrijfskosten voor de veiligheid op het werk, maar ook de „eigen arbeidskosten” te vermelden, hetgeen ertoe leidt dat – gezien de formele verwijzing dat het „mechanisme voor aanvulling of verduidelijking van de stukken”, uitsluitend betrekking heeft op „het ontbreken van **[Or.8]** een willekeurig formeel onderdeel van de aanvraag” als bedoeld in artikel 83, lid 9, van wetsbesluit nr. 50 van 2016 –de aanbestedende dienst geen beroep op deze regeling kan doen in gevallen waarin de betrokken kosten niet specifiek zijn vermeld, zoals in casu.

4.3 De verwijzende rechter twijfelt evenwel of deze regeling in overeenstemming met het Unierecht is indien de aan de aanbesteding deelnemende onderneming voor de offerte – waarin de arbeidskosten niet zijn vermeld – de daartoe speciaal door de aanbestedende dienst opgestelde documenten heeft gebruikt, en daarin staat dat artikel 95, lid 10, van wetsbesluit 50 van 2016 in acht is genomen.

4.4. De vraag is uiteindelijk of de uitsluiting van een aanbesteding van een onderneming die de arbeidskosten niet afzonderlijk in de economische offerte heeft vermeld (zoals de wet inmiddels uitdrukkelijk eist) zonder de mogelijkheid om deze verplichting later, binnen een door de aanbestedende dienst vooraf vastgestelde termijn, na te komen, terwijl zij de offerte in overeenstemming met de bijzondere aanbestedingswet heeft opgesteld en onder andere in de economische offerte heeft vermeld dat artikel 95, lid 10, van wetsbesluit 50/2016 in acht is genomen, in overeenstemming is met voornoemde Unierechtelijke beginselen.

4.5. In deze omstandigheden – in de eerste plaats ook gezien het feit dat het betrokken element niet inhoudt dat de regeling inzake arbeidskosten inhoudelijk niet is nagekomen of, meer in het algemeen, dat deze kosten niet in de economische offerte zijn berekend – lijkt de uitsluiting van de gegadigde van de aanbesteding moeilijk te verenigen met de bescherming van het gewettigd vertrouwen, de rechtszekerheid en de evenredigheid, grondbeginselen van het Unierecht die in alle rechtsgebieden van toepassing zijn [vaste rechtspraak; zie onder meer, over het gewettigd vertrouwen, arresten van 10 september 2009, Plantanol (C-201/08, EU:C:2009:539); 13 maart 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a. (C-383/06–C-385/06, niet

gepubliceerd, EU:C:2006:731); 4 oktober 2007, Commissie/Italië (C-217/06; niet gepubliceerd, EU:C:2007:580); over de rechtszekerheid, arresten van 11 juli 2013, Commissie/Nederland (C-576/10, EU:C:2013:510); [Or.9] 16 februari 2012, Costa (C-72/10 en C-77/10, EU:C:2012:80); 18 november 2008, Förster (C-158/07, EU:C:2008:630); over de evenredigheid, arresten van 18 juli 2013, Sky Italia (C-234/12, EU:C:2013:496), en 28 februari 2013, Kenny e.a. (C-427/11, EU:C:2013:122)].

4.6. Meer in het bijzonder kan men zich afvragen of het beginsel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen, gelezen in samenhang met het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, zoals zij in het Unierecht zijn erkend, in de weg staat aan een voorschrift van Italiaans recht zoals hierboven is gereconstrueerd, volgens welke een onderneming die heeft vertrouwd op de door de aanbestedende dienst verstrekte aanwijzingen voor de deelname aan een openbare aanbesteding – waarvan de waarde boven de „drempel” ligt (ten opzichte van de in artikel 4 van richtlijn 2014/24/EU vermelde bedragen), met als gevolg dat de verwijzende rechter is vrijgesteld van de verplichting om „alle relevante gegevens met betrekking tot de [...] opdracht gedetailleerd te beoordelen, teneinde na te gaan of er een duidelijk grensoverschrijdend belang bestaat” omdat dit wordt “verondersteld” – van deze aanbesteding moet worden uitgesloten. Een cruciaal aspect van deze vraag is derhalve of er in een dergelijk geval sprake kan zijn van een element dat zonder meer aan deelneming in de weg staat, op grond waarvan de gegadigde altijd van de aanbesteding zal worden uitgesloten, zonder de mogelijkheid van corrigerende maatregelen.

4.7. Verder zij erop gewezen dat in de onderhavige zaak de communautaire beginselen van favor participationis en van de inhoudelijke gelijke behandeling tussen concurrerende ondernemingen relevant zijn. In verband met dit specifieke aspect moet eraan worden herinnerd dat de aanbestedende dienst ten aanzien van de grief van verzoekster dat de aanbestedende dienst louter akte heeft genomen van GEA's mededeling van 18.12.2017 tot aanvulling of verduidelijking van de stukken en de daaraan gekoppelde beschuldiging dat geen enkele conformiteitscontrole is uitgevoerd, een passend antwoord heeft gegeven: zo heeft zij erop gewezen dat in [Or.10] proces-verbaal nr. 8 van 20 februari [waarschijnlijk is bedoeld: december] 2017 „is verwezen naar de inhoud” van deze mededeling, die absoluut geschikt werd geacht om arbeidskosten nauwkeurig vast te stellen op een bedrag van 148 943,11 EUR”, en eveneens vermeld dat absoluut niet was voldaan aan de voorwaarden om deze kosten te controleren, “aangezien Gea S.r.l. een korting van 6,6 % had geboden”. Na aldus te hebben geconstateerd dat in dit geding toereikend bewijs is geleverd dat er geen objectieve en concrete elementen zijn op grond waarvan gemotiveerd en gedocumenteerd in twijfel kan worden getrokken dat de economische offerte van de betrokken onderneming daadwerkelijk voorzag in de middelen ter dekking van de noodzakelijke arbeidskosten – zodat het enige gebrek dat in concreto aan de geselecteerde onderneming kan worden toegerekend is dat zij deze kosten niet afzonderlijk heeft vermeld –, is het voor iedereen duidelijk dat deze onderneming uitsluitend op formele gronden zou moeten worden uitgesloten, aangezien de door

de aanbestedende dienst geboden mogelijkheid om aan te tonen dat de ingediende offerte wat de arbeidskosten betreft daadwerkelijk aan de voorschriften voldoet, door haar uit te nodigen om de stukken aan te vullen of de verduidelijken, op grond van de nationale regeling onwettig is.

4.8. De invoering in de Italiaanse rechtsorde van een dergelijk strikte regeling, waarmee onder andere aanvulling en verduidelijking van de stukken kan worden verboden, aangezien zij tot gevolg heeft dat ondernemingen die deze kosten niet afzonderlijk hebben vermeld, automatisch worden uitgesloten (ongeacht of inhoudelijk aan het vereiste is voldaan), heeft derhalve tot gevolg dat het aantal mogelijke concurrenten zonder twijfel wordt beperkt, en binnen de Unie de daaraan verbonden, in het VWEU verankerde beginselen van vrije mededinging en het vrij verrichten van diensten worden geschonden.

4.9. Het is duidelijk dat de bekritiseerde Italiaanse regeling ertoe zou kunnen leiden dat niet-Italiaanse communautaire ondernemingen die willen deelnemen aan een door een Italiaanse aanbestedende dienst [Or.11] uitgeschreven aanbesteding bij de toepassing ervan worden gediscrimineerd, aangezien zij er niet op kunnen vertrouwen dat de door deze aanbestedende dienst verstrekte formulieren correct zijn.

5. *Formulering van de vraag*

In verband met het bovenstaande formuleert de verwijzende rechter de volgende uitleggingsvraag:

„Verzetten de Unierechtelijke beginselen van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid, gelezen in samenhang met de grondbeginselen van het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrije dienstverrichting, die zijn verankerd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), alsook de beginselen die daarvan zijn afgeleid, met name de gelijkheid van behandeling, het discriminatieverbod, het beginsel van wederzijdse erkenning, het evenredigheids- en het transparantiebeginsel, waarnaar wordt verwezen in richtlijn 2014/24/EU, zich tegen een nationale wettelijke regeling, zoals de Italiaanse wettelijke regeling die voortvloeit uit artikel 95, lid 10, juncto artikel 83, lid 9, van decreto legislativo nr. 50/2016, volgens welke het ontbreken in de economische offerte van de afzonderlijke vermelding van de arbeidskosten in een procedure voor de gunning van een openbare dienst hoe dan ook tot de uitsluiting van de betrokken onderneming leidt, zonder mogelijkheid de stukken aan te vullen of te verduidelijken, zelfs indien van deze verplichting tot afzonderlijke vermelding van die kosten geen sprake is in de aanbestedingsdocumenten, en ongeacht het feit dat de betrokken offerte in overeenstemming met een daartoe afgelegde verklaring van de gegadigde inhoudelijk wel degelijk voorzag in de middelen ter dekking van de minimumarbeidskosten?”

6. *Schorsing van het geding en instructies voor de griffie*

[omissis] **[Or.12]** [omissis] Roma [omissis] 20 maart 2018 [omissis]