

Zaak C-561/19**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:**

23 juli 2019

Verwijzende rechter:

Consiglio di Stato (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

15 november 2018

Appellanten:

Consorzio Italian Management

Catania Multiservizi SpA

Verwerende partij:

Rete Ferroviaria Italiana SpA

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Hoger beroep ingesteld door het Consorzio Italian Management en Catania Multiservizi SpA tegen uitspraak nr. 433/2014 van de Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (bestuursrechter in eerste aanleg van de regio Sardinië, Italië; hierna: „TAR”), waarbij het beroep van appellanten tegen de nota van 22 februari 2012 van Rete Ferroviaria Italiana SpA is afgewezen. In die nota heeft laatstgenoemde vennootschap het verzoek strekkende tot verhoging van de vergoeding voor de uitvoering van een opdracht wegens hogere kosten als gevolg van een stijging van de personeelskosten ongegrond verklaard en afgewezen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Is de prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie overeenkomstig artikel 267, derde alinea, VWEU verplicht telkens wanneer een partij, ook op verschillende tijdstippen, een prejudiciële vraag opwerpt over de verenigbaarheid van het

nationale recht met het Unierecht in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep?

– Of is de prejudiciële verwijzing op verzoek van een partij enkel verplicht voor die vragen die de partijen aan de orde stellen in het aanvankelijke verzoekschrift of in het laatste processtuk vóór de beraadslaging over de zaak, en in ieder geval nooit nadat de eerste prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie is gesteld?

– Zijn de artikelen 115, 206 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006, zoals uitgelegd in het bestuursrecht, verenigbaar met het Unierecht, voor zover prijsherziening is uitgesloten voor overeenkomsten betreffende de zogenoemde bijzondere sectoren, in het bijzonder bij opdrachten die een ander voorwerp hebben dan die vermeld in richtlijn 2004/17, maar met deze laatste functioneel verbonden zijn?

Prejudiciële vragen

1) Is de nationale rechter wiens beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, op grond van artikel 267 VWEU in beginsel ook verplicht het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende een vraag over de uitlegging van het Unierecht wanneer die vraag door een partij wordt gesteld nadat de zaak aanhangig is gemaakt of de terechtzittingen zijn begonnen, of nadat de zaak al een eerste keer in beraad is geweest of het Hof van Justitie van de Europese Unie al een eerste prejudiciële vraag is voorgelegd?

2) Zijn om de hierboven uiteengezette redenen de artikelen 115, 206 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006, zoals uitgelegd in het bestuursrecht, voor zover zij prijsherziening uitsluiten voor overeenkomsten betreffende de zogenoemde bijzondere sectoren – in het bijzonder bij opdrachten die een ander voorwerp hebben dan die welke zijn vermeld in richtlijn 2004/17, maar met deze laatste functioneel verbonden zijn – verenigbaar met het Unierecht (met name met artikel 4, lid 2, artikel 9, artikel 101, lid 1, onder e), artikel 106, artikel 151 en in het bijzonder met het op 18 oktober 1961 te Turijn ondertekende Europees Sociaal Handvest en het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden van 1989 die daarin zijn aangehaald, artikel 152, artikel 153 en artikel 156 VWEU; de artikelen 2 en 3 VEU; en artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie)?

3) Zijn om de hierboven uiteengezette redenen de artikelen 115, 206 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006, zoals uitgelegd in het bestuursrecht, voor zover zij prijsherziening uitsluiten voor overeenkomsten betreffende de zogenoemde bijzondere sectoren – in het bijzonder bij opdrachten die een ander voorwerp hebben dan die welke zijn vermeld in richtlijn 2004/17, maar met deze laatste functioneel verbonden zijn – verenigbaar met het Unierecht (met name met artikel 28 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, het beginsel van gelijke behandeling dat is verankerd in de artikelen 26 en 34 VWEU,

en het beginsel van vrijheid van ondernemerschap dat ook in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie wordt erkend)?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

VWEU, in het bijzonder artikel 4, lid 2, de artikelen 9, 26 en 34, artikel 101, lid 1, onder e), de artikelen 106, 151, 152, 153 en 156, en artikel 267, lid 3.

VEU, in het bijzonder de artikelen 2 en 3.

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in het bijzonder de artikelen 16 en 28.

Richtlijn 2004/17/EG

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Wetsbesluit nr. 163/2006 (wetboek inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter omzetting van richtlijn 2004/17/EG en richtlijn 2004/18/EG), in het bijzonder de artikelen 115, 206, 210 en 217.

Feiten en procedure

- 1 Dit hoger beroep heeft opnieuw betrekking op uitspraak nr. 433/2014 van de TAR, die reeds heeft geleid tot een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie, dat zich daarover heeft uitgesproken bij arrest C-152/17 van 19 april 2018. Appellanten hebben aan de verwijzende rechter echter nieuwe prejudiciële vragen gesteld, waarvan hij van mening is dat zij gedeeltelijk aan het Hof moeten worden voorgelegd. Bovendien stelt deze rechter een voorafgaande vraag over de verplichting om een nieuwe prejudiciële vraag voor te leggen met betrekking tot een vraag die ex novo door appellanten wordt opgeworpen.
- 2 Consorzio Italian Management en de vennootschap Catania Multiservizi SpA, eerstgenoemde mede als groepshoofd van de tussen dezelfde twee rechtspersonen opgerichte tijdelijke vereniging van ondernemingen, komen op tegen de uitspraak van 11 juni 2014, nr. 433, waarbij de eerste kamer van de TAR het beroep tegen de nota van 22 februari 2012 van Rete Ferroviaria Italiana SpA heeft verworpen.
- 3 In die nota heeft laatstgenoemde vennootschap het verzoek strekkende tot verhoging van de vergoeding voor de uitvoering van een opdracht wegens hogere kosten als gevolg van een stijging van de personeelskosten ongegrond verklaard en afgewezen.
- 4 De betrokken aanbesteding betreft een opdracht van Rete Ferroviaria Italiana SpA (hierna: „RFI”) voor de uitvoering van „schoonmaakdiensten, onderhoud van de decoratie van de lokalen en andere ruimtes die openstaan voor het publiek en

bijkomende diensten in stations, vestigingen, kantoren en bureaus verspreid over het gebied van de Direzione compartimentale movimento di Cagliari”.

5 BESLISSING IN EERSTE AANLEG

6 In eerste aanleg is inzonderheid het volgende beslist:

– in het onderhavige geval is artikel 115 van wetsbesluit nr. 163/2006 (en het overeenkomstige vroegere artikel 6, lid 4, van wet nr. 537/1993, zoals gewijzigd bij artikel 44 van wet nr. 724/1994) niet van toepassing. Dat artikel bepaalt: „daar de activiteit waarop de betrokken aanbesteding betrekking heeft valt onder de ‚bijzondere sectoren’ bedoeld in deel III van het wetboek inzake overheidsopdrachten, waarbij **[Or. 3]** zowel aan de subjectieve als aan de objectieve voorwaarde is voldaan om te concluderen dat de overeenkomst betreffende schoonmaakdiensten voor de treinstations valt onder artikel 217 van het genoemde wetboek, bepalende dat de regeling inzake bijzondere sectoren geen toepassing kan vinden bij overheidsopdrachten die worden toegekend voor andere doeleinden dan de verrichting van de activiteiten vermeld in de artikelen 208 tot en met 213”;

– vervolgens staat er: „schoonmaak valt onder de regeling voor de bijzondere sectoren wanneer hij functioneel is voor die activiteit, hetgeen het geval is wanneer het gaat om onroerend goed dat deel uitmaakt van het productie-, distributie- en transportnetwerk, aangegeven in de artikelen 208 en volgende van wetsbesluit nr. 163/2006”; in het onderhavige geval gaat het om „schoonmaakdiensten voor stations, vestigingen, kantoren en bureaus [...] als bedrijfsruimte, die als zodanig noodzakelijke onderdelen zijn van de spoorwegonderneming”;

– evenmin is herziening van de prijs noodzakelijk op grond van artikel 1664 van het burgerlijk wetboek, aangezien „van de betrokken bepaling mag worden afgeweken doordat partijen in de overeenkomst een limitatief beding voor herziening van de prijzen opnemen, zoals in casu is gebeurd door de clausules in artikel 6 van overeenkomst zoals die op 23 februari 2006 tussen de partijen is gesloten”.

7 HOGER BEROEP

8 Tegen die beslissing worden de volgende middelen in hoger beroep aangevoerd:

a) blijkt van een onjuiste rechtsopvatting door schending en onjuiste toepassing van artikel 115 van wetsbesluit nr. 163/2006 en van artikel 6, lid 4, van wet nr. 537/1993, zoals gewijzigd bij artikel 44 van wet nr. 724/1994; schending en onjuiste toepassing van de artikelen 206, 210 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006, waarin is bepaald dat „de betrokken aanbesteding a) niet onder de regels van deel III van het wetboek inzake overheidsopdrachten valt, maar b) onder de in deel II van het wetboek inzake overheidsopdrachten neergelegde regeling, met als gevolg dat artikel 115 van wetsbesluit nr. 163/2006 van toepassing is”. Het

plaatsen van een opdracht voor diensten kan slechts onder de regeling voor bijzondere diensten vallen indien behalve aan een subjectieve voorwaarde mede is voldaan aan een objectieve voorwaarde, te weten dat de dienst wordt aangewend „ten behoeve van” de activiteit die valt onder de bijzondere sectoren. Schoonmaakdiensten zijn echter „per definitie neutraal, met andere woorden zijn steeds van dezelfde aard, of zij nu worden verricht op gemeentebureaus of in ziekenhuizen dan wel in lokalen van RFI. De betrokken aanbesteding, die uitgaat van een publiekrechtelijk orgaan, RFI, valt onder deel II van het wetboek inzake overheidsopdrachten, zodat artikel 115, een dwingende norm die in de plaats treedt van eventuele andersluidende afspraken tussen partijen, van toepassing is”;

b) blijk van een onjuiste rechtsopvatting door schending en onjuiste toepassing van artikel 1664 van het burgerlijk wetboek: „de aanbesteding vermeldt niet uitdrukkelijk dat wordt afgezien van aanpassing van de prijzen wegens stijging van de kosten als gevolg van hogere personeelskosten”, de enige clausules die zijn opgenomen (bestreden met een verzoek om nietigverklaring voor het geval „zij aldus werden uitgelegd dat zij in de weg staan aan aanpassing van het bedrag van de aanbesteding”), „hebben in het gedeelte waarin wordt vermeld dat de vergoeding een allesomvattende vergoeding vormt, klaarblijkelijk betrekking op de situatie zoals die bestond op het moment waarop de overeenkomst werd gesloten [...] maar regelen niet het geval van gewijzigde omstandigheden”. Hoe dan ook moeten zij overeenkomstig artikel 1369 van het burgerlijk wetboek worden uitgelegd op de manier die het best aansluit op de aard en het voorwerp van de overeenkomst, en in het onderhavige geval, waarin een voortdurende, steeds terugkerende dienstverrichting wordt overeengekomen, „is herziening van de prijs in geval van gebrek aan evenwicht tussen de wederzijdse verplichtingen de regel”. Subsidiair moeten de clausules nietig worden geacht in de zin van artikel 1341, lid 2, van het burgerlijk wetboek omdat zij niet uitdrukkelijk schriftelijk zijn overeengekomen.

Appellant is van oordeel dat de nationale voorschriften, waarin prijsherzieningen in de vervoerssector – en voor schoonmaakovereenkomsten – zijn uitgesloten, indruisen tegen richtlijn 2004/17 van 31 maart 2004. Zij zijn „overbodig en niet gerechtvaardigd ten opzichte van de Unievoorschriften, alsook onevenredig en zij plaatsen de betrokken onderneming (die een opdracht als schoonmaakdiensten uitvoert) in een onderworpen en zwakke positie ten opzichte van de onderneming die de openbare dienst verricht”. Daardoor ontstaat een „onrechtvaardig en onevenredig gebrek aan contractueel evenwicht”, waarbij de Italiaanse wettelijke regeling „uiteindelijk de regels voor het functioneren van de markt wijzigt”.

Aan het Hof van Justitie zou dan ook overeenkomstig artikel 267 VWEU de vraag moeten worden voorgelegd of „de uitlegging van de nationale voorschriften die herziening van de prijzen uitsluit voor overeenkomsten betreffende de zogenoemde bijzondere sectoren, vooral in die waarvan het voorwerp verschilt van die waarop die richtlijn betrekking heeft, met het primaire Europese recht en met richtlijn 2004/17 verenigbaar is”.

Ook moet worden nagegaan of richtlijn 2004/17 niet ongeldig is (ervan uitgaande dat de uitsluiting van prijsherziening voor alle overeenkomsten in het kader van de zogenoemde bijzondere sectoren er rechtstreeks uit voortvloeit) wegens „onrechtvaardigheid, onevenredigheid, verbreking van contractueel evenwicht en daarmee schending van de regels van een doeltreffende markt”.

De verwerende partij RFI heeft geconcludeerd tot ongegrondheid van het hoger beroep en meer in het bijzonder tot afwijzing van het verzoek tot het stellen van vragen over de verenigbaarheid met de rechtsorde van de Unie van de in het onderhavige geval toepasselijke nationale wettelijke bepalingen.

9 VOORGAANDE PREJUDICIËLE VERWIJZING

10 De Consiglio di Stato (Raad van State, Italië) heeft beschikking nr. 1297 van 22 maart 2017 gegeven, waarmee hij in de zin van artikel 267 VWEU het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing heeft verzocht betreffende de uitlegging en geldigheid aan de hand van de volgende prejudiciële vragen:

a) Is het verenigbaar met het recht van de Europese Unie (inzonderheid artikel 3, lid 3, VEU, de artikelen 26, 56 tot en met 58 en 101 VWEU, en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) en met richtlijn 2004/17, dat op grond van intern recht prijsherziening is uitgesloten voor overeenkomsten betreffende de zogenoemde bijzondere sectoren, in het bijzonder bij opdrachten die een ander voorwerp hebben dan die vermeld in genoemde richtlijn, maar met deze laatste functioneel verbonden zijn?

b) Is richtlijn 2004/17 (ervan uitgaande dat de uitsluiting van prijsherziening in alle in het kader van de zogenoemde bijzondere sectoren gesloten en toegepaste overeenkomsten er rechtstreeks uit voortvloeit) verenigbaar met de beginselen van de Europese Unie (in het bijzonder artikel 3, lid 1, VEU, de artikelen 26, 56 tot en met 58 en 101 VWEU, en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie) wegens (zoals appellant stelt) „onrechtvaardigheid, onevenredigheid alsook verstoring van contractueel evenwicht en, bijgevolg, van de regels van een doeltreffende markt”?

11 ONGEGRONDHEID VAN DE MIDDELEN VAN HET HOGER BEROEP

12 Het hoger beroep berust voor de betwisting van de (in de litigieuze uitspraak) vastgestelde niet-toepasselijkheid van de herziening van het bedrag van de aanbesteding voor schoonmaakdiensten in de vervoerssector hoofdzakelijk op twee afzonderlijke overwegingen:

– in de eerste plaats wordt aangenomen dat schoonmaakdiensten „per definitie neutraal, met andere woorden steeds van dezelfde aard” zijn, ongeacht waar zij worden verricht, en indien bijgevolg niet wordt erkend dat zij accessoir zijn aan de „hoofddienst” (in het onderhavige geval de vervoersdienst), kunnen zij niet vallen onder de regeling van de „bijzondere” (of, volgens de eerdere definitie,

„uitgesloten”) sectoren, met als gevolg dat artikel 115 van wetsbesluit nr. 163/2006 niet van toepassing is (welk artikel daarentegen algemeen bepaalt dat „alle overeenkomsten die steeds terugkerend of voortdurend moeten worden nagekomen op het gebied van diensten of leveringen een clause inzake periodieke prijsherziening moeten bevatten”);

– in de tweede plaats zou artikel 1664 van het burgerlijk wetboek van toepassing zijn, op grond waarvan herziening van de „overeengekomen totaalprijs” (voor het verschil dat een tiende overschrijdt) kan worden gevraagd (en verkregen) in gevallen waarin „als gevolg van niet te voorziene omstandigheden verhogingen of verlagingen van de kosten van materiaal of van personeel zijn ingetreden waardoor de overeengekomen totaalprijs met meer dan een tiende stijgt of daalt”.

Aangaande de eerste van de twee overwegingen, blijkt uit de beschikking dat het niet nodig is zich te distantiëren van hetgeen in de rechtspraak van de Consiglio di Stato reeds is beslist.

Opgemerkt zij dat de voltallige zitting, na het volgende te hebben benadrukt, bij arrest nr. 16 van 1 augustus 2011 heeft verklaard:

– dat „richtlijn 2004/17/EG die is omgezet in wetsbesluit nr. 163/2006, net als de voorgaande richtlijn houdende bijzondere sectoren (die in Italië bij wetsbesluit nr. 158/1995 ten uitvoer is gelegd), voornamelijk is vastgesteld om de mededinging bij aanbestedingsprocedures te beschermen voor entiteiten die actief zijn in sectoren die vroeger niet onderworpen waren aan de mededinging en het Unierecht inzake overheidsopdrachten, met name de uitgesloten sectoren die na tussenkomst op Unieniveau bijzondere sectoren zijn geworden (voorheen uitgesloten)”;

– dat „de Uniewetgever toen hij de sectoren die voordien door het private recht waren geregeld, in de regeling voor overheidsopdrachten onder wilde brengen, echter heeft besloten de bijzondere kenmerken van die sectoren ten opzichte van de gewone sectoren te behouden door een flexibelere regeling die aanbestedende diensten veel vrijheid geeft en voornamelijk restrictief is met betrekking tot de objectieve en de subjectieve werkingsfeer”;

– dat „bijgevolg het Unierecht niet enkel de subjectieve werkingsfeer van de bijzondere sectoren strikt heeft afgebakend (artikel 207 van wetsbesluit nr. 163/2006; artikelen 2 en 8 van richtlijn 2004/17/EG), maar ook de objectieve werkingsfeer door gedetailleerd de werkingsfeer van elke bijzondere sector te beschrijven” en dat ook „diezelfde rechtspraak van de Unie bevestigt dat de bepalingen van richtlijn 2004/17/EG restrictief moeten worden toegepast, waardoor de zogenoemde infectietheorie vermeld in het arrest Mannesman van het Hof van Justitie van 15 januari 1998 (C-44/96) niet van toepassing is”.

Dit gezegd hebbende heeft de voltallige zitting verklaard dat

„de vraag of de opdracht voor een dienstverrichting aan de regeling voor de bijzondere sectoren is onderworpen, [...] niet [kan] worden beantwoord enkel op basis van een louter subjectief criterium, verband houdend met het feit dat de opdracht wordt gegund door een onderneming die werkzaam is in de bijzondere sectoren, maar [...] ook [moet] worden beoordeeld op basis van een objectief criterium, waarbij van belang is of de dienst aan de bijzondere activiteit kan worden gekoppeld”; dat volgt uit artikel 217 van wetsbesluit nr. 163/2006 (een getrouwe weergave van artikel 20 van richtlijn 2004/17/EG) „op grond waarvan de regeling voor de bijzondere sectoren niet van toepassing is op opdrachten die de aanbestedende diensten plaatsen voor andere doeleinden dan de uitoefening van hun in de artikelen 208 tot en met 213 bedoelde activiteiten of voor de uitoefening van deze activiteiten in een derde land, in omstandigheden waarbij er geen fysieke exploitatie is van een net of van een geografisch gebied binnen de Gemeenschap”.

Meer bepaald blijkt uit de beschikking dat de Consiglio di Stato het volgende heeft verklaard:

„aangezien diensten op het gebied van reiniging van gebouwen en beheer van onroerend goed zijn opgenomen in de bijlage bij beide Europese richtlijnen (2004/17 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten), [...] de onderworpenheid van een opdracht voor schoonmaakdiensten aan genoemde regeling voor de bijzondere sectoren niet [kan] worden afgeleid uit een louter subjectief criterium, verband houdend met het feit dat de opdracht wordt gegund door een onderneming die in de bijzondere sectoren werkzaam is, maar [...] ook het objectieve criterium [moet] worden toegepast dat het schoonmaken plaatsvindt in het kader van de bijzondere activiteit.

Anders gezegd, het schoonmaken valt onder de regeling voor de bijzondere sectoren wanneer het functioneel is voor de uitoefening van die activiteit, hetgeen het geval is wanneer het plaatsvindt in onroerend goed en aan gebouwen die een onderdeel vormen van de productie-, distributie- of transportnetwerken vermeld in de artikelen 208 en volgende van wetsbesluit nr. 163/2006”.

Voor de zaak waarop de beschikking betrekking heeft, wordt verklaard:

- in de eerste plaats lijdt het geen twijfel dat is voldaan aan het subjectieve criterium doordat de aanbesteder RFI onweersproken valt onder de categorie aanbestedende diensten bedoeld in artikel 210 van wetsbesluit nr. 163/2006 (appellant betwist die punt ook niet);
- in de tweede plaats wordt in de litigieuze beslissing verklaard dat „de schoonmaakdiensten voor de stations, vestigingen, kantoren en bureaus verspreid over het rechtsgebied van de Direzione compartimentale di Cagliari, als

„bedrijfsruimten’ en als zodanig als noodzakelijke onderdelen die deel uitmaken van de spoorwegonderneming, moeten worden geacht onder de regeling voor de bijzondere sectoren te vallen op grond dat zij strikt functioneel zijn voor de activiteit spoorwegvervoer”.

De beschikking sluit zich aan bij die conclusies en ze worden niet ontkracht door de diverse overwegingen van appelland volgens welke „het enkele schoonmaken van de ruimtes die openstaan voor het publiek, de stations en de kantoren in het rechtsgebied van de Direzione compartimentale movimento di Cagliari” niet kan worden gezien als de verrichting van een dienst ten behoeve van het door RFI nagestreefde doel”.

Gelet op het voorwerp van de aanbesteding „ligt het voor de hand dat de schoonmaakdienst waarop de aanbesteding betrekking heeft geen dienst vormt die voorafgaat aan de vervoersdienst of ten opzichte daarvan bijkomstig of toevoegend is, maar verband houdt met de uitvoering van die dienst en wordt verricht in het belang van het onroerend goed en de gebouwen die noodzakelijke onderdelen zijn van de spoorwegonderneming.

Goede hygiënische en sanitaire omstandigheden van de omgeving waarin het personen- en goederenvervoer plaatsvindt, zijn onmisbaar voor de correcte verrichting van die vervoersdienst, met als gevolg dat de schoonmaakdienst, die moet waarborgen dat de dienst inderdaad kan worden verricht, met de vervoersdienst onlosmakelijk verband houdt”.

Volgens beschikking nr. 1297/2017 vloeit uit deze overwegingen bijgevolg voort dat artikel 115 van het wetboek inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is op de onderhavige opdracht voor schoonmaakdiensten, nu wordt voldaan aan de subjectieve en objectieve criteria waaraan zij moet voldoen om te kunnen vallen onder de regeling voor de bijzondere sectoren. Hieruit volgt dat in het concrete geval aanpassing van de contractueel vastgelegde vergoeding op basis van een „periodieke herziening van de prijs” niet mogelijk is.

Ook wordt in de beschikking de tweede aan het hoger beroep ten grondslag liggende overweging betreffende de toepasselijkheid van artikel 1664 van het burgerlijk wetboek niet aanvaard.

De bepaling van de „periodieke herziening van de prijs” wordt in het kader van aanbestedingen geregeld in artikel 115 van wetsbesluit nr. 163/2006 en – voor wat betreft de uitsluiting van de toepasselijkheid ervan voor de bijzondere sectoren – in de artikelen 206 en 217.

Het wetboek inzake overheidsopdrachten bevat dus een bijzondere regeling die een dwingend karakter heeft en die als zodanig in de eerste plaats (krachtens algemene uitleggingsbeginselen) de algemene regeling opzij zet, en in de tweede plaats tot gevolg heeft dat de bepalingen van het burgerlijk wetboek krachtens uitdrukkelijke wettelijke bepaling niet gelden, aangezien artikel 2, lid 4, van

wetsbesluit nr. 163/2006 zoals bekend de „in het burgerlijk wetboek neergelegde bepalingen” enkel toepasselijk maakt „bij gebreke van uitdrukkelijke bepalingen”.

Aan deze ontbindende overweging moet het volgende worden toegevoegd:

– in de eerste plaats sluit de toepasbaarheid van artikel 1664 van het burgerlijk wetboek – in tegenstelling tot wat appellant betoogt – in casu ook uit dat in de regeling duidelijke en afgestemde overeenkomsten (artikel 6) worden gemaakt over termijnen en methoden voor de herziening van de overeengekomen prijs, met andere woorden een specifieke regeling die afwijkt van de primaire wetgeving;

– in de tweede plaats veronderstelt de herziening van de „overeengekomen totaalprijs” dat wordt bijgedragen aan mogelijke verhogingen van de kosten van materiaal of van personeel „als gevolg van niet te voorziene omstandigheden” ten tijde van de sluiting van de overeenkomst en dat deze kosten niet kunnen worden beschouwd als gevolgen van de gewone verlengingen van de arbeidsovereenkomsten in de sector.

13 PREJUDICIËLE VERWIJZING NAAR HET HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE

- 14 Volgens de beschikking heeft appellant bovendien de vraag aan de orde gesteld of de artikelen 115, 206, 210 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006, respectievelijk artikel 6, lid 4, van wet nr. 537/1993, artikel 3, lid 3, VEU en de artikelen 26 en 101 en volgende VWEU schenden.

Appellant is van oordeel dat de nationale voorschriften, waarin prijsherzieningen in de vervoerssector – en voor schoonmaakovereenkomsten – zijn uitgesloten, indruisen tegen richtlijn 2004/17 van 31 maart 2004. Zij zijn „overbodig en niet gerechtvaardigd ten opzichte van de Unievoorschriften, alsook onevenredig en zij plaatsen de betrokken onderneming (die een opdracht als schoonmaakdiensten uitvoert) in een onderworpen en zwakke positie ten opzichte van de onderneming die de openbare dienst verricht”. Daardoor ontstaat een „onrechtvaardig en onevenredig gebrek aan contractueel evenwicht”, waarbij de Italiaanse wettelijke regeling „uiteindelijk de regels voor het functioneren van de markt wijzigt”.

In de beschikking is bepaald dat de prejudiciële vragen zoals hierboven beschreven aan het Hof van Justitie van de Europese Unie moeten worden voorgelegd, aangezien het beroep gelet op bovenstaande overwegingen niet kan slagen in het licht van de artikelen 115, 206 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006 en de uitlegging die daaraan wordt gegeven door de nationale rechter, waarbij dit Collegio zich aansluit.

15 UITSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE

- 16 De Consiglio di Stato haalt de punten 29, 30, 31, 36, 39 en 40 en het dictum van het arrest van 19 april 2018 in zaak C-152/17 aan, waarin het Hof van Justitie het volgende verklaart:

„Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011, en de eraan ten grondslag liggende algemene beginselen moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan nationale rechtsregels als die in het hoofdgeding, die niet bepalen dat de prijzen na het plaatsen van opdrachten die vallen onder de in die richtlijn bedoelde sectoren, periodiek kunnen worden herzien.”

In een memorie van 28 oktober 2018 vragen appellanten aan de verwijzende rechter om zich tot het Hof van Justitie te wenden met nieuwe prejudiciële vragen, waarvan er enkele door voornoemde rechter zijn opgenomen.

In wezen betogen appellanten dat de uitspraak van het Hof van Justitie geen standpunt inneemt over het eventuele functionele verband tussen de schoonmaakdiensten en de vervoersdiensten die in de zin van het nationale en het Unierecht „bijzonder” zijn, waarbij zij opmerken dat er in het arrest vanuit wordt gegaan dat de contractuele verhouding bestaat gedurende de termijn die in de aankondiging van de opdracht is bepaald, zonder verlengingen, maar dat dit in werkelijkheid anders is in Italië, waar dienstenovereenkomsten vaak door de aanbestedende dienst worden verlengd voor onbepaalde duur, ook wanneer zij onder wetsbesluit nr. 163/2006 vallen. Dit zou het contractueel evenwicht van tal van overheidsopdrachten voor diensten hebben verstoord: de prijsherziening zou een middel kunnen zijn om het evenwicht te herstellen. Appellanten halen daartoe overwegingen 9, 10 en 45 alsook artikel 57 van richtlijn 2004/17 aan.

Korte uiteenzetting van de motivering van deze verwijzingsbeslissing

- 17 Het is nodig na te gaan of de artikelen 206 en 217 van wetsbesluit nr. 163/2006 verenigbaar zijn met het Unierecht voor zover zij de toepasselijkheid van artikel 115 uitsluiten voor opdrachten in de bijzondere sectoren en voor opdrachten voor diensten die weliswaar niet onder de bijzondere sectoren vallen (in casu opdrachten voor schoonmaakdiensten), maar daarmee functioneel verbonden zijn.

Bovendien wordt de uitsluiting van de prijsherziening volgens appellanten „een maatregel [...] die de mededinging hindert, beperkt en vervalst om de contractant met het oog op de sluiting van de overeenkomst te dwingen extra dienstverrichtingen te aanvaarden die geen verband houden met het onderwerp van de overeenkomst (artikel 101, lid 1, onder e), VWEU), waarbij de waarde van de markt wordt geschonden (artikel 3, lid 3, VEU)”.

De vraag die door appellanten ex novo wordt voorgelegd, maakt het noodzakelijk het Hof een voorafgaande vraag voor te leggen:

– bestaat de verplichting een verzoek om een prejudiciële beslissing tot het Hof van Justitie te richten telkens wanneer een partij, ook op verschillende tijdstippen, een prejudiciële vraag opwerpt over de verenigbaarheid van het nationale recht met het Unierecht in een zaak die aanhangig is bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep;

– of is de prejudiciële verwijzing op verzoek van een partij enkel verplicht voor die vragen die de partijen aan de orde stellen in het aanvankelijke verzoekschrift of in het laatste processtuk vóór de beraadslaging over de zaak, en in ieder geval nooit nadat de eerste prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie is gesteld?

De verwijzende rechter is van mening dat de verplichting tot prejudiciële verwijzing van de rechter in laatste aanleg niet kan worden losgekoppeld van een stelsel van „procedurebeletsels” dat erop gericht is de partijen ertoe te brengen „eenmaal” bij de nationale rechter vragen in te dienen over alle toepasselijke aspecten van nationaal recht in de betrokken zaak waarvan zij vermoeden dat zij in strijd zijn met het Unierecht.

Het voorstel om prejudiciële vragen één voor één voor te leggen zou – naast mogelijk misbruik zoals een echt „misbruik van het proces” in extreme gevallen – (door de verwijzingsverplichting) kunnen leiden tot een uitholling van het recht op rechterlijke bescherming en het beginsel dat gerechtelijke procedures snel en doeltreffend moeten worden afgerond, kunnen ondermijnen.

Bovendien is het stellen van prejudiciële vragen na het instellen van een hoger beroep in strijd met het stelsel van beletsels van het Italiaanse procesrecht.