

Zaak C-53/22

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:

26 januari 2022

Verwijzende rechter:

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

7 januari 2022

Verzoekende partij:

VZ

Verwerende partij:

CA

Andere partijen in het geding:

RT, BO, Regione Lombardia, Regione Liguria

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Weigering tot nietigverklaring van de gunning van een overheidsopdracht.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de verwijzing

Artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

„1. Verzet artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 zich ertegen dat een inschrijver die definitief is uitgesloten van een procedure voor de keuze van een contractant, geen beroep kan instellen tegen de weigering om de gunning nietig te verklaren, wanneer hij wil aantonen dat de gekozen inschrijver en alle andere in aanmerking komende inschrijvers een ernstige beroepsfout hebben begaan, bestaande in het

sluiten van mededingingsverstorende overeenkomsten, die pas na zijn uitsluiting zijn vastgesteld door de rechter, teneinde te kunnen deelnemen aan de nieuwe procedure?

2. Verzetten artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 en de beginselen van het [Unierecht] inzake de bescherming van de mededinging zich ertegen dat de bestuursrechter wordt belet het beroep te onderzoeken dat een inschrijver die definitief is uitgesloten van een procedure voor de keuze van een contractant, heeft ingesteld tegen de weigering van de aanbestedende dienst om op eigen initiatief de handelingen in te trekken waarbij deze dienst inschrijvers heeft toegelaten die, in dezelfde sector als die welke in de procedure aan de orde is, mededingingsverstorende overeenkomsten hebben gesloten – waarvan het bestaan door de rechter is vastgesteld – en de opdracht aan die inschrijvers heeft gegund?”

Aangevoerde bepalingen en rechtspraak van de Europese Unie

Artikel 101 VWEU.

Richtlijn 2014/24/EU; artikel 18, lid 1, artikel 57, lid 4, onder c) en d).

Richtlijn 2007/66/EG; overwegingen 3 en 17, artikel 1, leden 1 en 3, artikel 2 bis, lid 2.

Arresten van het Hof C-465/11, C-100/12, C-689/13, C-355/15, C-124/17 en C-425/18.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Codice dei contratti pubblici – Decreto Legislativo n. 50/2016 (wetsbesluit nr. 50 houdende het wetboek overheidsopdrachten), waarbij richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU in Italiaans recht zijn omgezet.

Artikel 80 regelt de uitsluitingsgronden en bepaalt in lid 5 dat de aanbestedende dienst een ondernemer van de aanbestedingsprocedure uitsluit in een van de volgende situaties, zoals onder c), het geval waarin de aanbestedende dienst op passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel kan worden getrokken.

Codice di procedura civile (wetboek van burgerlijke rechtsvordering), artikel 100, volgens hetwelk een partij procesbelang moet hebben om een vordering in te stellen of tegen een vordering verweer te voeren.

Codice del processo amministrativo – Decreto Legislativo n. 104/2010 (wetsbesluit nr. 104/2010 houdende het wetboek bestuursprocesrecht).

Artikel 35, lid 1, onder b), bepaalt dat de rechter het beroep, zelfs ambtshalve, niet-ontvankelijk verklaart wanneer er geen belang is of wanneer er andere redenen zijn die een beslissing ten gronde in de weg staan.

Korte beschrijving van de feiten en de procedure

- 1 Op 18 december 2018 heeft de aanbestedende dienst CA (verweerder) een openbare procedure uitgeschreven voor het verrichten van een helikopterreddingsdienst.
- 2 Op 16 januari 2019 heeft de vennootschap VZ (verzoekster) deze uitnodiging tot inschrijving aangevochten, op grond dat daarin een certificaat werd verlangd waarover VZ op dat moment niet beschikte. Dit beroep is afgewezen bij vonnis van de Tribunale amministrativo regionale Lombardia (bestuursrechter in eerste aanleg Lombardije, Italië; hierna: „TAR Lombardia”), dat is bevestigd door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).
- 3 De Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (autoriteit ter verzekering van de mededinging en de marktwerking in Italië; hierna: „AGCM”) heeft vastgesteld dat bepaalde in die procedure concurrerende ondernemingen in de periode van 2001 tot en met augustus 2017 ernstig inbreuk hadden gemaakt op artikel 101 VWEU, door onder meer een overeenkomst over prijsafspraken voor helikopterdiensten te sluiten, en heeft hun bijgevolg geldboeten opgelegd. Zij heeft evenwel niet vastgesteld dat er sprake was van een mededingingsbeperkende overeenkomst. Daarom zijn de drie percelen op 2 maart 2020 toegewezen aan RT (perceel 1 en 2) en aan BO (perceel 3).
- 4 RT en BO, alsmede JF, een andere vennootschap die geen partij is in het hoofdgeding, hebben bij de Tribunale amministrativo regionale Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Lazio, Italië; hierna: „TAR Lazio”) beroep ingesteld tegen de hun opgelegde boetes. Alle beroepen zijn verworpen door de TAR Lazio en, met uitzondering van een nog aanhangige procedure, eveneens door de Consiglio di Stato.
- 5 Op 1 juni 2020 heeft VZ CA gewezen op een van de vonnissen van de TAR Lazio en heeft zij ook aangetoond dat zij sinds oktober 2019 over het certificaat beschikte dat een voorwaarde voor deelneming aan de aanbesteding vormde, een voorwaarde waaraan zij voordien niet voldeed.
- 6 Het belang van verzoekster is dus niet gericht op de gunning van de opdracht, maar op de nietigverklaring van de gehele aanbestedingsprocedure, zodat zij aan de nieuwe procedure kan deelnemen.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 7 RT en BO stellen dat de prijsafspraken niet bedoeld waren om de prijs van de diensten te sturen en door de aanbestedende diensten niet waren gebruikt om de basisaanbestedingswaarden vast te stellen. Zij voeren ook aan dat deze prijsafspraken voor de aanbestedende diensten noch bindend waren, noch konden leiden tot mededingingsbeperkingen.
- 8 VZ betoogt dat het vonnis van de TAR Lazio, waar zij CA op heeft gewezen, concreet van invloed is op de beoordeling van de integriteit en betrouwbaarheid van de gekozen inschrijver bij de uitvoering van de helikopterreddingsdienst, en dat zelfs na de opdrachtgunning, aangezien het gaat om een ernstige beroepsfout die door een rechter is vastgesteld.

Korte beschrijving van de motivering van de verwijzing

- 9 Verzoekster is definitief van de aanbestedingsprocedure uitgesloten en kan dus niet meer opkomen tegen de gunning en, meer in het algemeen, de handelingen van de procedure. In casu heeft de verwijzende rechter echter twijfels om de volgende redenen.
- 10 Gelet op de ontwikkeling van de rechtspraak op basis van de arresten van het Hof van Justitie in de zaken C-100/12 en C-689/13, is volgens de Italiaanse rechtspraak bij een aanbesteding waaraan slechts twee concurrenten hebben deelgenomen, een beroep ontvankelijk dat strekt tot heropening van de procedure en is ingesteld door een deelnemer die is uitgesloten omdat hij niet aan de minimumvereisten voldeed. Ook volgens deze nieuwe benadering vereist het belang bij het onderzoek van een dergelijk beroep echter dat de bezwaren in het kader van één en dezelfde procedure plaatsvinden en dat de uitsluiting van de inschrijver niet reeds onherroepelijk is geworden voordat het beroep wordt ingesteld, in overeenstemming met de overwegingen van het Hof in zaak C-355/15. Op grond hiervan moet het beroep in casu dus niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 11 Op het moment dat de procedure heeft plaatsgevonden, hadden de gekozen inschrijver en alle in aanmerking komende inschrijvers in theorie kunnen worden uitgesloten op grond van hun deelname aan een mededingingsverstorende overeenkomst. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat de schending van de mededingingsregels, die door de AGCM is vastgesteld en bestraft met een maatregel – die door een rechter is bevestigd – een ernstige fout vormt die een ondernemer in de uitoefening van zijn beroep heeft begaan (zaak C-425/18). Op dat moment waren het bestaan en de relevantie van deze overeenkomst echter nog niet door de rechter vastgesteld, zodat verzoekster de toelating van de gekozen inschrijver en de andere deelnemers aan de overeenkomst niet heeft kunnen betwisten. Dit brengt de verwijzende rechter ertoe te twijfelen aan de redelijkheid van deze uitsluiting, die in wezen afhangt van de tijd die nodig is om de overeenkomst vast te stellen, dat wil zeggen van toevallige omstandigheden.

- 12 Bovendien was de definitief uitgesloten inschrijver in zaak C-355/15 opgekomen tegen de gunning van de opdracht, een maatregel die nauw samenhang met zijn uitsluiting en die in het kader van dezelfde procedure was genomen. In de onderhavige zaak betwist verzoekster evenwel dat de aanbestedende dienst, met het oog op de nietigverklaring van de gunning, een feit dat zich heeft voorgedaan buiten de procedure die tot haar uitsluiting heeft geleid, niet relevant heeft geacht (te weten het vonnis waarbij de TAR Lazio de sanctie van de AGCM heeft bevestigd), hetgeen de verwijzende rechter doet twijfelen aan de mogelijkheid om de in zaak C-355/15 geformuleerde beginselen op de onderhavige zaak toe te passen.
- 13 Ten slotte heeft het Hof in zaak C-333/18 het beroep van een als derde gerangschikte inschrijver ontvankelijk verklaard, welk beroep strekte tot betwisting van de toelating van slechts de eerste twee gerangschikte gegadigden, zelfs wanneer zijn offerte onregelmatig wordt geacht, en zelfs in aanwezigheid van andere inschrijvers die hem in de rangschikking volgen, aangezien de aanbestedende dienst, indien het beroep van de afgewezen inschrijver gegrond wordt verklaard, kan besluiten om de procedure nietig te verklaren en een nieuwe aanbestedingsprocedure te beginnen (punt 28). De situatie van verzoekster in casu lijkt derhalve, wat de beoordeling van haar belang bij het beroep betreft, vergelijkbaar met die in zaak C-333/18.
- 14 De mogelijkheid dat een definitief uitgesloten inschrijver betwist dat de gekozen inschrijver voldoet aan de deelnemingsvoorwaarden, lijkt niet uitgesloten door richtlijn 2007/66/EG, die tot doel heeft dat beroepsprocedures toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning (overweging 17 en artikel 1, lid 3), zoals het geval is bij verzoekster. Bovendien worden inschrijvers geacht bij de procedure betrokken te zijn zolang zij niet definitief zijn uitgesloten (artikel 2 bis, lid 2), maar dit is alleen om vast te stellen aan wie het besluit tot gunning van de opdracht moet worden meegedeeld, en niet ook met het oog op de ontvankelijkheid van een beroep.