

Zaak C-27/21

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:

29 juni 2021

Verwijzende rechter:

Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor (Roemenië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

22 juni 2021

Verzoekende partij:

SC NV Construct SRL

Aanbestedende dienst:

Județul Timiș (District Timiș)

Andere partij in de procedure:

SC Proiect Construct Rejonea Transilvania SRL

Partijen in het hoofdgeding

Beroep strekkende, in wezen, tot nietigverklaring van het besluit van een aanbestedende dienst waarin is bepaald wat het resultaat is van de aanbestedingsprocedure die is georganiseerd met het oog op de gunning van een overheidsopdracht betreffende de uitvoering van de haalbaarheidsstudie en het technische project betreffende de aanleg van een weg.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Op grond van artikel 267 VWEU wordt verzocht om uitlegging van de artikelen 58 en 63 van richtlijn 2014/24/EU alsmede van het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van aansprakelijkheid en het transparantiebeginsel.

Prejudiciële vragen

- 1) Moeten de bepalingen van artikel 58 van richtlijn [2014/24], het evenredigheidsbeginsel en het aansprakelijkheidsbeginsel aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst met betrekking tot activiteiten van ondergeschikt belang in de opdracht het recht heeft om de criteria inzake technische bekwaamheid vast te stellen, dat wil zeggen om te beoordelen of het al dan niet noodzakelijk is om in de aanbestedingsstukken criteria op te nemen inzake technische en beroepsbekwaamheid alsmede de bekwaamheid om de technische en beroepsactiviteit uit te oefenen die volgt uit de bepalingen van bijzondere wetten?
- 2) Verzetten het transparantie- en het evenredigheidsbeginsel zich ertegen dat in de aanbestedingsstukken automatisch kwalificatiecriteria worden opgenomen die voortvloeien uit bijzondere wetten die van toepassing zijn op activiteiten in verband met de te gunnen opdracht, die niet in de aanbestedingsstukken waren opgenomen en die de aanbestedende dienst niet aan de ondernemers heeft willen opleggen?
- 3) Verzetten artikel 63 van de richtlijn en het evenredigheidsbeginsel zich tegen de uitsluiting van de [aanbestedingsprocedure] van een inschrijver die geen ondernemer bij naam als onderaannemer heeft aangewezen om aan te tonen dat is voldaan aan bepaalde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid en de bekwaamheid om de technische en beroepsactiviteit uit te oefenen, die voortvloeien uit bepalingen van bijzondere wetten en die niet in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen, wanneer de betrokken inschrijver heeft gekozen voor een andere contractuele vorm van betrokkenheid van specialisten bij de opdracht, namelijk [een] opdracht voor leveringen/diensten, of [een] verklaring heeft overgelegd waaruit blijkt dat de onderaannemers beschikbaar zijn voor de opdracht? Heeft de ondernemer het recht om zijn eigen organisatie en contractuele betrekkingen binnen de groep te bepalen, en is het mogelijk om bepaalde dienstverleners/leveranciers bij de opdracht te betrekken, wanneer deze niet behoren tot de entiteiten op wier capaciteit de inschrijver zich wil beroepen om aan te tonen dat aan de relevante criteria is voldaan?

Aangevoerde bepalingen en rechtspraak van de Unie

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, met name overwegingen 15 en 90 en artikelen 58 en 63

Gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828 van de Commissie van 30 oktober 2019 tot wijziging van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen

Beschikking van 17 oktober 2018, Beny Alex, C-353/18, EU:C:2018:829, en arrest van 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor (wet nr. 101/2016 betreffende rechtsmiddelen en beroepen op het gebied van de gunning van overheidsopdrachten, sectorale opdrachten en concessieopdrachten voor werken en diensten, alsmede voor de organisatie en werking van de nationale raad voor geschillenbeslechting; hierna: „CNSC”), artikelen 12 en 14, waarbij aan CNSC de bevoegdheid wordt verleend om kennis te nemen van geschillen inzake de gunning van overheidsopdrachten

Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (wet nr. 98/2016 inzake overheidsopdrachten), artikelen 3, 55, 154, 172, 179, 181 en 218 tot en met 220 betreffende de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten

Hotărârea Guvernului nr. 395/2016 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a prevederilor referitoare la atribuirea contractului de achiziție publică/acordului-cadru din Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (besluit nr. 395/2016 van de regering tot goedkeuring van de uitvoeringsvoorschriften voor de bepalingen inzake de gunning van de overheidsopdracht/kaderovereenkomst van wet nr. 98/2016 inzake overheidsopdrachten), artikelen 29 tot en met 31 en 51

Beslissingen van een groot aantal nationale rechterlijke instanties waaruit blijkt dat er geen uniforme praktijk bestaat met betrekking tot de mogelijkheid dat de aanbestedingsstukken worden aangevuld met nationale bepalingen betreffende verschillende activiteiten die onder de overheidsopdracht vallen, maar die van geringer belang zijn in het kader van die opdracht, en inzake de verplichting om onderaannemers voor die activiteiten met naam te noemen in de offerte.

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Bij op 16 april 2021 bij CNSC ingeschreven beroep heeft verzoekster, SC NV Construct SRL, gevestigd in Roemenië, in wezen verzocht om nietigverklaring van het besluit van de aanbestedende dienst Județul Timiș betreffende de vaststelling van het resultaat van de aanbestedingsprocedure die was georganiseerd met het oog op de gunning van een overheidsopdracht die betrekking had op de uitvoering van de haalbaarheidsstudie en het technische project betreffende de aanleg van een weg die het internationale vliegveld „Traian Vuia” van Timișoara met de autosnelweg A1 (Roemenië) verbindt.

- 2 SC Proiect Construct Regiunea Transilvania SRL, eveneens gevestigd in Roemenië, heeft in het kader van deze aanbesteding geïntervenieerd als gekozen inschrijver.
- 3 De offerte van verzoekster was namelijk als vierde gerangschikt, na die van interveniënte (eerste) en van twee andere handelsvennootschappen (tweede en derde).
- 4 In de motivering van haar beroep stelt verzoekster dat de door de andere inschrijvers ingediende technische voorstellen niet voldoen aan bepaalde in het bestek gestelde eisen, aangezien zij bepaalde werkzaamheden in verband met de opdracht niet rechtmatig kunnen verrichten, waaronder de opstelling van de topografische studie, de opstelling van de documenten die nodig zijn voor het verkrijgen van de goedkeuring voor het braakleggen van een terrein in een voorstedelijk gebied, de opstelling van het taxatierapport van de onteigende onroerende goederen, de opstelling van de documenten die nodig zijn voor het verkrijgen van de goedkeuring van de beheerder van de spoorweginfrastructuur voor de spoorwegovergang en de opstelling van de archeologische studie.
- 5 Wat de gekozen offerte betreft, is verzoekster van mening dat deze niet-conform moest worden verklaard, aangezien de inschrijver drie van de hierboven genoemde activiteiten niet rechtmatig kan uitoefenen. Verzoekster betoogt met name dat in dat aanbod ook een onderaannemer moet worden aangewezen die bevoegd is om ontwerpdiensten te verrichten voor de spoorwegovergang, aangezien de regelgeving ter zake bepaalt dat deze diensten slechts kunnen worden verleend door marktdeelnemers die door de beheerder van de spoorweginfrastructuur zijn gemachtigd.
- 6 Interveniente concludeert tot ongegrondverklaring van het beroep en voert aan dat de aanbestedingsstukken niet voorzien in de door verzoekster aangevoerde vereisten, zodat deze geen grond kunnen vormen voor uitsluiting van de procedure door de offertes niet-conform te verklaren.
- 7 De aanbestedende dienst stelt dat, anders dan verzoekster aanvoert, de aanbestedingsstukken niet voorschrijven dat in de offerte gemachtigde specialisten moeten worden voorgesteld. Voorts is het feit dat de als eerste gerangschikte inschrijver aanvankelijk niet te kennen heeft gegeven dat hij bepaalde activiteiten wilde uitbesteden ingeval hij tot gekozen inschrijver zou worden uitgeroepen, in casu irrelevant, aangezien de nationale regeling hem het recht verleent om na de ondertekening van de overheidsopdracht, tijdens de periode van uitvoering ervan, nieuwe onderaannemers in te schakelen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 8 Om te beginnen voert de CNSC aan dat het Hof in de beschikking van 17 oktober 2018, Beny Alex (C-353/18, EU:C:2018:829), reeds heeft erkend dat zij een nationale rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is.

- 9 Wat de ontvankelijkheid van haar verzoek om een prejudiciële beslissing betreft, is het CNSC van oordeel dat er in casu sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, zowel uit het oogpunt van de waarde van de te gunnen dienstenopdracht – aangezien de geraamde waarde daarvan 1 970 967 Roemeense lei (gelijk aan 421 553 EUR) bedraagt, en dus boven de drempel ligt die is vastgesteld in gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828 van de Commissie tot wijziging van richtlijn 2014/24 – als uit het oogpunt van het voorwerp van de procedure en de financieringsbron, aangezien het betrokken project, dat de internationale luchthaven „Traian Vuia” van Timișoara moet verbinden met de pan-Europese vervoerscorridor IV, ten dele wordt gefinancierd door het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling.
- 10 Ten gronde verzoekt CNSC het Hof in wezen om zich uit te spreken over de vraag of de aanbestedingsstukken mogen worden aangevuld door de nationale bepalingen inzake verschillende activiteiten die onder de overheidsopdracht vallen, maar die van geringer belang zijn in het kader van die opdracht, alsook over de vraag of de nominale aanduiding van onderaannemers in de offerte voor die activiteiten verplicht is.
- 11 Volgens de CNSC doet dit probleem zich vaak voor in haar praktijk en in die van de nationale rechterlijke instanties en heeft het geleid tot een niet-uniforme benadering, waardoor de deelname van talrijke marktdeelnemers uit de Europese ruimte aan aanbestedingsprocedures in Roemenië wordt beperkt.
- 12 In dit verband verwijst de CNSC naar het arrest van 2 juni 2016, Pizzo (C-27/15, EU:C:2016:404), waarin het Hof heeft geoordeeld dat een ondernemer niet van de procedure kan worden uitgesloten voor eisen die niet in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen, en dat 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 van tevoren duidelijk moeten zijn bepaald, zodat de inschrijvers exact de op hen rustende verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden.
- 13 De CNSC benadrukt dat de aanbestedende dienst als enige de selectiecriteria vaststelt op basis van zijn recht van beoordeling, aangezien de CNSC en de rechterlijke instanties niet in zijn plaats kunnen beoordelen of het noodzakelijk is die criteria vast te stellen. Bovendien kunnen de benadeelde ondernemers in de beroepen enkel bezwaar maken tegen de aanbestedingsstukken die te restrictief zijn bevonden en kunnen zij de stukken niet betwisten op grond dat zij te permissief zijn, dat wil zeggen dat de stukken aanvullende criteria moeten bevatten die de toegang tot de procedure van andere ondernemers kunnen beperken.
- 14 De CNSC is van mening dat, gelet op de nationale praktijk, die niet uniform is, moet worden bepaald in hoeverre de uit het arrest Pizzo voortvloeiende rechtspraak kan worden toegepast op de aanvulling van aanbestedingsstukken met

de nationale bepalingen inzake verschillende activiteiten die onder de overheidsopdracht vallen, maar die van geringer belang zijn in het kader van die opdracht.

- 15 Een ander punt dat het Hof moet verduidelijken, betreft de vraag of de onderaannemers voor alle activiteiten van de opdracht met naam moeten worden genoemd, ongeacht het belang van die activiteiten in het kader van de opdracht, aangezien deze problematiek belangrijke gevolgen heeft voor de mededinging in grote [aanbestedingsprocedures] voor infrastructuur in Roemenië, waar talrijke secundaire activiteiten worden verricht waarvoor dergelijke vergunningen nodig zijn.
- 16 Ongeacht het tijdstip en het belang van de werkzaamheden van een onderaannemer — dat wil zeggen ongeacht of zijn diensten nodig zijn aan het begin of aan het einde van het werk, of zij van groter of kleiner belang zijn in het kader van de opdracht, of het al dan niet zeker is dat deze diensten nodig zullen zijn — wordt derhalve in vele situaties geoordeeld dat een dergelijke onderaannemer met naam moet worden aangewezen op het ogenblik van de indiening van de inschrijvingen. Zo stelt verzoekster in casu onder meer dat het noodzakelijk was een onderaannemer met naam te noemen die als taak had een vergunning te verkrijgen voor de braaklegging van in voorstedelijke gebieden gelegen onteigende terreinen, hoewel in het bestek met betrekking tot die activiteit de uitdrukking „in voorkomend geval” wordt gebruikt.
- 17 De CNSC is van mening dat alleen de aanbestedende dienst de relevante selectiecriteria kan vaststellen, met inachtneming van de beginselen van evenredigheid en transparantie. Aanvaarden dat de aanbestedingsstukken zouden kunnen worden aangevuld met criteria waarvan de noodzakelijkheid voortvloeit uit bijzondere wetten die irrelevant zijn voor overheidsopdrachten, leidt tot strijdigheid met artikel 58, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, aangezien de automatische aanvulling met die criteria niet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel en het recht van de autoriteit om de selectiecriteria vast te stellen.
- 18 Volgens de CNSC is het opleggen van onderaanneming als enige vorm om een activiteit uit te oefenen in strijd met zowel de contractvrijheid en het recht tot organisatie van de ondernemers als de bepalingen van artikel 63 van die richtlijn, volgens welke een ondernemer, wanneer hij zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, ten behoeve van de aanbestedende dienst aantoont dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, „bijvoorbeeld door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten”.
- 19 Bijgevolg is het CNSC van mening dat, voor zover de overlegging van een verbintenis volstaat om aan te tonen dat aan bepaalde selectiecriteria is voldaan, een verklaring dat de gemachtigde specialisten beschikbaar zijn, a fortiori volstaat wanneer dergelijke criteria niet zijn vastgesteld en het gaat om een reeks activiteiten die in het kader van de aanbesteding van geringer belang zijn.