



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
van 7 maart 2019<sup>1</sup>

**Zaak C-41/18**

**Meca Srl**  
**tegen**  
**Comune di Napoli,**  
**in tegenwoordigheid van:**  
**Sirio Srl**

[verzoek van de Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (bestuursrechter in eerste aanleg van de regio Campanië, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële procedure – Overheidsopdrachten – Facultatieve uitsluitingsgronden – Ontvankelijkheid – Definitieve gunning met instemming van de verzoekende partij – Zonder voorwerp raken van de prejudiciële procedure – Ernstige beroepsfout – Ontbinding van een eerdere overeenkomst wegens tekortkomingen bij de uitvoering – Betwisting in rechte die de aanbestedende dienst belet om de niet-nakoming van een overeenkomst te beoordelen totdat de gerechtelijke procedure is beëindigd”

1. Volgens de Italiaanse regeling inzake overheidsopdrachten kan een gegadigde die na de gunning van een eerdere opdracht blijkt heeft gegeven van aanzienlijke tekortkomingen bij de uitvoering daarvan, als gevolg waarvan de desbetreffende (eerste) overeenkomst is ontbonden, worden uitgesloten van een (nieuwe) aanbestedingsprocedure.
2. Diezelfde regeling lijkt evenwel te impliceren<sup>2</sup> dat de aanbestedende dienst bij het beoordelen van de betrouwbaarheid van de kandidaten in de nieuwe aanbestedingsprocedure die tekortkomingen niet in aanmerking mag nemen als uitsluitingsgrond indien de desbetreffende ondernemer de ontbinding van de (eerste) overeenkomst in rechte heeft betwist.
3. De verwijzende rechter moet bepalen of dit effect van het beroep in rechte in overeenstemming is met de beginselen die ten grondslag liggen aan richtlijn 2014/24/EU<sup>3</sup>, en concreet met artikel 57 daarvan.

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Over de strekking van deze regeling wordt verschillend gedacht. Zie de punten 27 tot en met 29 van deze conclusie.

3 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65).

## I. Toepasselijke bepalingen

### A. *Unierecht. Richtlijn 2014/24*

4. Overweging 101 luidt als volgt:

„De aanbestedende diensten moet verder de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten. Verduidelijkt moet worden dat een ernstige fout de integriteit van de ondernemer kan aantasten en ertoe kan leiden dat hij niet meer in aanmerking komt voor het plaatsen van een overheidsopdracht, ook al beschikt hij over de technische bekwaamheid en de economische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

Rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing, moet hij tevens naar eigen inzicht kunnen blijven beoordelen hoeverre er sprake is van een ernstige fout, ingeval hij, voordat bij definitief, bindend besluit is vastgesteld dat er verplichte uitsluitingsgronden voorhanden zijn, met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer zijn verplichtingen heeft geschonden, waaronder de verplichtingen in verband met de betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen, tenzij in het nationale recht anders is bepaald. Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer. Nationaal recht dient in een maximale duur voor dergelijke uitsluitingen te voorzien.

Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.”

5. In artikel 57 („Uitsluitingsgronden”) wordt het volgende bepaald:

„[...]

4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

[...]

c) wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

[...]

- g) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende dienst of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;

[...]

5. Aanbestedende diensten sluiten op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer uit wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in de leden 1 en 2.

Aanbestedende diensten kunnen op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of door lidstaten worden verplicht dat te doen, wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in lid 4.

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die [hij] heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

[...]

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis in de gevallen bedoeld in lid 1, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4.”

## **B. Italiaans recht. Decreto legislativo n.º 50/2016**

6. In artikel 80, lid 5, onder c), [van decreto legislativo n.º 50/2016 (wetsbesluit nr. 50/2016)]<sup>4</sup> wordt het volgende bepaald:

„De aanbestedende dienst sluit een ondernemer van de aanbestedingsprocedure uit [...] wanneer [...] hij op passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer een ernstige fout heeft begaan waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel kan worden getrokken. Daarvan is onder andere sprake in geval van aanzienlijke tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht of concessie die hebben geleid tot vroegtijdige ontbinding die niet in rechte is betwist of aan het einde van een gerechtelijke procedure is bevestigd of die hebben geleid tot een veroordeling tot schadevergoeding of andere sancties, een poging om het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden of om voor eigen voordeel vertrouwelijke informatie te verkrijgen, het – ook door nalatigheid – verstrekken van valse of misleidende informatie die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en plaatsing, of het achterwege laten van informatie die noodzakelijk is voor het goede verloop van de selectieprocedure.”

## **II. Feiten en prejudiciële vraag**

7. In het schooljaar 2016/2017 nam de onderneming Sirio Srl deel aan een door de Comune di Napoli (hierna: „gemeente Napels”) uitgeschreven aanbestedingsprocedure voor de verstrekking van schoolmaaltijden, welke opdracht aan haar werd gegund.

8. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst liepen kinderen en personeelsleden een voedselvergiftiging op als gevolg van de aanwezigheid van colibacteriën in de geleverde voedingswaren.

9. Naar aanleiding van dat feit besloot de gemeente Napels op 29 juni 2017 om (a) de dienst op te schorten en deze toe te wijzen aan de onderneming Meca, die in de aanbestedingsprocedure als tweede was gekwalificeerd, en (b) de overeenkomst met Sirio te ontbinden en een beroep te doen op de garantie.

10. Sirio heeft de ontbinding van de overeenkomst aangevochten bij de burgerlijke rechter [Tribunale di Napoli (rechter in eerste aanleg Napels, Italië)], welk geding nog steeds aanhangig is.

11. De gemeente Napels schreef een nieuwe aanbestedingsprocedure uit voor de verstrekking van schoolmaaltijden in het schooljaar 2017/2018, onderverdeeld in tien percelen, waarop Sirio zich inschreef.

12. Ingevolge artikel 80, lid 5, onder c), CCP liet de aanbestedende dienst, bij proces-verbaal van 1 augustus 2017, de inschrijving van Sirio op perceel nr. 7 toe zonder de ernst van de niet-nakoming van de eerdere overeenkomst te beoordelen.

4 Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonchè per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 van 18 april 2016 tot toepassing van de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU betreffende de gunning van concessieovereenkomsten, de gunning van overheidsopdrachten en de gunning van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, en tot herstructurering van de geldende wetgeving inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen (GURI nr. 91 van 19 april 2016 – gewoon supplement nr. 10): wetboek inzake overheidsopdrachten; hierna: „CCP”).

13. Meca, eveneens deelnemer aan de aanbesteding van de levering van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2017/2018, is tegen deze toelating van Sirio opgekomen bij de verwijzende rechter. In de zienswijze van Meca had de aanbestedende dienst na de voedselvergiftiging de betrouwbaarheid van Sirio moeten beoordelen in plaats van zich te beperken tot de vaststelling dat Sirio de ontbinding van de eerdere overeenkomst in rechte betwistte.

14. De verwijzende rechter constateert dat in gevallen als het onderhavige de strikte toepassing van de Italiaanse wet de aanbestedende dienst belet om de betrouwbaarheid van de inschrijver te beoordelen. In zijn opvatting heeft de nationale wetgever ervoor gekozen de bestuursrechtelijke beoordeling op te schorten en volledig over te laten aan het oordeel van de rechter, wiens toetsing zich bovendien richt op de juistheid van de ontbinding van de overeenkomst en niet op de betrouwbaarheid van de ondernemer.

15. Volgens de rechter a quo hangt de ernst van de niet-nakoming niet af van een objectieve omstandigheid, maar van een subjectief besluit van de ondernemer met wie de overeenkomst vroegtijdig is ontbonden en die ervoor kiest die ontbinding bij de civiele rechter aan te vechten. De automatische toelating tot de nieuwe aanbesteding, als gevolg van het instellen van een vordering in rechte, zet aan tot het negeren van de gemaakte beroepsfouten en ontmoedigt ondernemers bijgevolg de benodigde herstelmaatregelen (zoals bedoeld in overweging 102 van richtlijn 2014/24) te nemen om ervoor te zorgen dat de schendingen van contractuele verplichtingen die bepalend zijn geweest voor de ontbinding van een eerdere overeenkomst zich niet meer zullen voordoen.

16. In deze omstandigheden heeft de Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (bestuursrechter in eerste aanleg van de regio Campanië, Italië) het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staan de communautaire beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid als bedoeld in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en de daaruit volgende beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en doeltreffendheid als bedoeld in richtlijn 2014/24/EU, alsmede artikel 57, lid 4, onder c) en g), van deze richtlijn, in de weg aan een nationale regeling als de Italiaanse regeling die volgt uit artikel 80, lid 5, onder c), van decreto legislativo nr. 50/2016, volgens welke de aanbestedende dienst, indien aanzienlijke gebreken bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht die hebben geleid tot de vroegtijdige ontbinding van een eerdere aanbestedingsovereenkomst, in rechte worden betwist, de betrouwbaarheid van de inschrijver niet kan beoordelen totdat in de civielrechtelijke procedure een definitieve beslissing is verkregen, en dit zonder dat het bedrijf heeft aangetoond ‚zelfreinigende‘ maatregelen te hebben genomen om de tekortkoming te verhelpen en herhaling ervan te voorkomen?”

### **III. Procedure voor het Hof**

17. De verwijzingsbeslissing is bij het Hof ingekomen op 22 januari 2018.

18. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Sirio, de gemeente Napels, de regeringen van Italië en Hongarije en de Europese Commissie. Alleen de Commissie en de Italiaanse regering zijn op de hoorzitting van 13 december 2018 verschenen.

## IV. Beoordeling

### A. *Stelling dat de prejudiciële vraag zonder voorwerp is geraakt*

19. Volgens Sirio vormde de door Meca bestreden handeling, dat wil zeggen het besluit van 1 augustus 2017 waarbij Sirio werd toegelaten tot de aanbestedingsprocedure in kwestie, geen beletsel voor het verdere verloop van die procedure, die op 7 november 2017 uitmondde in de gunning van de (nieuwe) opdracht voor het schooljaar 2017/2018 aan Sirio.

20. Aangezien tegen dit laatste administratieve besluit beroep is ingesteld, heeft de prejudiciële procedure in de zienswijze van Sirio geen voorwerp. De gunning van de *tweede* opdracht is immers onherroepelijk, ongeacht de uitkomst van die procedure, en zal niet van invloed zijn op de rechterlijke uitspraak.

21. Mijns inziens volstaat deze omstandigheid evenwel niet om de prejudiciële verwijzing niet-ontvankelijk te verklaren. Naar mijn mening hangt de beslissing op het – nog aanhangige – beroep tegen het besluit van 1 augustus 2017 niet af van de vraag of Meca heeft ingestemd met de gunning van 7 november 2017.

22. In concreto zou een eventuele nietigverklaring van het besluit van 1 augustus 2017 ofwel de gunning van 7 november 2017 ongeldig maken, ofwel, indien dat niet mogelijk is, overeenkomstig het nationale recht, in samenhang met artikel 2, lid 1, onder c), van richtlijn 89/665/EEG<sup>5</sup>, de grondslag kunnen vormen voor de vaststelling van een vergoeding voor de mogelijk door Meca geleden schade.

23. Bijgevolg concludeer ik dat de prejudiciële procedure niet zonder voorwerp is geraakt.

### B. *Precisering in zake de uitlegging van de nationale regeling*

24. De verwijzende rechter gaat ervan uit dat artikel 80, lid 5, onder c), CCP, waarin wordt bepaald dat „de uitlegging van de nationale rechtspraak” de „dwingende wettelijke verplichting”<sup>6</sup> oplegt om de gegadigde die na de vroegtijdige ontbinding van een eerdere overeenkomst wegens ernstige tekortkomingen bij de uitvoering ervan<sup>7</sup> die ontbinding voor de rechter heeft betwist, toe te laten tot de aanbestedingsprocedure.

<sup>5</sup> Richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33).

<sup>6</sup> Verwijzingsbeslissing, punt 2.3.

<sup>7</sup> De verwijzende rechter lijkt ervan uit te gaan dat Sirio, als verantwoordelijke voor de voedselvergiftiging, blijk heeft gegeven van een van de „aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht”. In de prejudiciële procedure wordt geen enkele vraag gesteld over deze kwalificatie.

25. De nationale regeling die thans van kracht is, wijkt af van haar voorloper [decreto legislativo n.º 163/2006 (wetsbesluit nr. 163/2006)].<sup>8</sup> Krachtens die laatste regeling was de aanbestedende dienst bevoegd om „met elk bewijsmiddel” vast te stellen dat er een ernstige beroepsfout was begaan die de uitsluiting van de inschrijver rechtvaardigde. In de nieuwe regeling, die is vervat in het CCP, worden de bepalingen van artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24 met elkaar gecombineerd tot het reeds beschreven resultaat.

26. In artikel 80, lid 5, onder c), CCP worden ernstige beroepsfouten, in algemene bewoordingen, inderdaad vermeld als uitsluitingsgrond, waarna „onder die fouten” specifiek „aanzienlijke tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht of concessie die hebben geleid tot vroegtijdige ontbinding” worden genoemd. Die tekortkomingen kunnen evenwel slechts leiden tot uitsluiting van de inschrijver indien de ontbinding „niet in rechte [is] betwist of aan het einde van een gerechtelijke procedure is bevestigd”.

27. Nu wil het geval dat, zoals de Italiaanse regering ter terechtzitting, en dus na de indiening van de prejudiciële vraag, heeft toegelicht, de rechtspraak van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië)<sup>9</sup>, lijkt te zijn veranderd, hetgeen die regering ertoe heeft gebracht de focus van haar opmerkingen te verleggen.

28. De lezing van de Italiaanse regering van [het in voetnoot 9 bedoelde] advies<sup>10</sup> is dat ook als de vroegtijdige ontbinding van de eerdere overeenkomst wegens aanzienlijke tekortkomingen, die zijn toe te schrijven aan de gegadigde voor een nieuwe overeenkomst, nog onder de rechter is, de aanbestedende dienst de discretionaire bevoegdheid heeft om het bestaan van die tekortkomingen aan te merken als uitsluitingsgrond, zonder te wachten tot er een civielrechtelijk vonnis is geweest.

29. Het Hof kan zich uiteraard niet mengen in dat debat over de uitlegging van een nationale regeling, die tot de exclusieve bevoegdheid van de verwijzende rechter behoort. Bijgevolg:

- kan de verwijzende rechter, indien hij van oordeel is dat de rechtsleer kan worden gevolgd die volgens de Italiaanse regering voortvloeit uit het advies van de Consiglio di Stato van 13 november 2018, artikel 80, lid 5, onder c), CCP uitleggen aan de hand van richtlijn 2014/24, in overeenstemming met hetgeen de verwijzende rechter zelf opmerkt in zijn verwijzingsbeslissing, waardoor de noodzaak van de prejudiciële verwijzing feitelijk zou komen te vervallen;
- behoudt de prejudiciële vraag zijn volledige betekenis indien de verwijzende rechter vaststelt dat die uitlegging van de nationale regeling contra legem is.

<sup>8</sup> Tot omzetting in het Italiaans recht van de richtlijnen 2004/17 en 2004/18/EG [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsbesluit nr. 163 van 12 april 2006, wetboek inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (GURI nr. 100 van 2 mei 2006 – gewoon supplement nr. 107)]. Artikel 38, lid 1, onder f), zoals overgenomen in punt 8 van het arrest van 11 december 2014, Croce Amica One Italia (C-440/13, EU:C:2014:2435), luidde: „De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor het plaatsen [...] van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [...] en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten: [...] f) personen die zich naar het met redenen omklede oordeel van de aanbestedende dienst schuldig hebben gemaakt aan ernstige nalatigheid of zich te kwader trouw hebben gedragen bij de uitvoering van de opdrachten die hun zijn gegund door de aanbestedende dienst die de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt, of personen die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, vastgesteld met elk bewijsmiddel door de aanbestedende dienst”.

<sup>9</sup> Waarin de Consiglio di Stato concreet naar advies nr. 2616/2018 van 13 november 2018 heeft verwezen.

<sup>10</sup> Vanwege het raadgevende karakter ervan staat het advies niet gelijk aan een vonnis dat is geweest in de uitoefening van de rechtsprekende functie. Bovendien heeft de Consiglio di Stato, nu in zijn hoedanigheid van rechterlijke instantie, het Hof op 15 mei 2018 (en dus na deze prejudiciële verwijzing), een analoge prejudiciële vraag voorgelegd (in de zaak Sicilville, C-324/18, in behandeling bij het Hof).

30. Bij het beantwoorden van de door de verwijzende rechter opgeworpen vraag zal ik mij derhalve baseren op de door hemzelf toegepaste uitlegging van de nationale regeling. Bijgevolg zal ik als vaststaand aannemen dat, om de bewoordingen van de prejudiciële vraag te gebruiken, „de aanbestedende dienst, indien aanzienlijke gebreken bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht die hebben geleid tot de vroegtijdige ontbinding van een eerdere aanbestedingsovereenkomst, in rechte worden betwist, de betrouwbaarheid van de inschrijver *niet* kan beoordelen totdat in de civielrechtelijke procedure een definitieve beslissing is verkregen”.

### ***C. De facultatieve uitsluitingsgronden van richtlijn 2014/24***

31. In richtlijn 2004/18/EG<sup>11</sup> werd een opsomming gegeven van de facultatieve uitsluitingsgronden, waarbij het accent lag op de inschrijver („Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer”), terwijl in richtlijn 2014/24 het accent meer op de aanbestedende dienst ligt („De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer [van deelname aan een aanbestedingsprocedure] uitsluiten”).

32. Na deze inleidende formuleringen volgt in beide richtlijnen een reeks facultatieve uitsluitingsgronden, waarna de lidstaten een zekere beoordelingsmarge wordt toegekend<sup>12</sup> wanneer zij ervoor kiezen om die gronden in hun nationale regelingen op te nemen. Ook met betrekking tot dit laatste aspect verschillen de richtlijnen niet significant van elkaar:

- De laatste alinea van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 luidt: „De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid”.
- In artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 wordt het volgende bepaald: „De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel”.<sup>13</sup>

33. Aangaande deze discretionaire bevoegdheid, toegepast op de facultatieve uitsluitingsgronden van richtlijn 2004/18, heeft het Hof als volgt geoordeeld:

- volgens vaste rechtspraak „voorziet artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 niet in een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op het niveau van de Unie, aangezien de lidstaten over de bevoegdheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om deze op te nemen in de nationale regeling met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau heersende juridische, economische of sociale overwegingen. In dit kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen”<sup>14</sup>;
- „De lidstaten beschikken [...] bij de bepaling van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 over een beoordelingsbevoegdheid die zeker is”.<sup>15</sup>

11 Richtlijn 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 (PB 2004, L 134, blz. 114).

12 Dit heb ik betoogd in mijn conclusie in de zaak *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani en Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:487), punt 58: net als haar voorganger kent de nieuwe richtlijn „de lidstaten een ruime discretionaire bevoegdheid toe om de ‚voorwaarden voor toepassing’ van de facultatieve uitsluitingsgronden te bepalen”.

13 Hoewel de verwijzingen naar het nationaal recht in de twee teksten niet identiek zijn, lijkt dat verschil mij vooral een kwestie van stijl. In ieder geval is de omstandigheid van richtlijn 2004/18 die relevant zou kunnen zijn voor de beslechting van deze prejudiciële procedure (indien de feiten zich zouden hebben voorgedaan terwijl deze richtlijn nog van kracht was) die van artikel 45, lid 2, onder d) (ernstige beroepsfout), die momenteel is opgenomen in artikel 57, lid 4, onder c), van richtlijn 2014/24 en waarin niet naar het nationaal recht wordt verwezen.

14 Arrest van 14 december 2016, *Connexion Taxi Services* (C-171/15, EU:C:2016:948, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

15 Arrest van 20 december 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani en Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:1000, punt 32).



34. Op deze discretionaire bevoegdheid steunen de betogen van Sirio, de gemeente Napels, de Italiaanse regering (in haar schriftelijke opmerkingen, niet in haar toelichting ter terechtzitting) en de Hongaarse regering: indien lidstaten de mogelijkheid hebben om een facultatieve uitsluitingsgrond niet in het nationaal recht op te nemen, kunnen nationale regelingen de doeltreffendheid van die uitsluitingsgrond beperken door er de vervulling van bepaalde vereisten als voorwaarde aan te verbinden (zoals, bijvoorbeeld, dat de ontbinding van een eerdere overeenkomst wegens wanprestatie door de ondernemer aan wie de opdracht is gegund, na de betwisting ervan in rechte, kracht van gewijsde heeft verkregen).

35. In hun argumentatie houden zij evenwel onvoldoende rekening met het feit dat de bevoegdheid van de lidstaten op dit punt niet absoluut is.<sup>16</sup> Nadat eenmaal is besloten om een van de facultatieve uitsluitingsgronden van richtlijn 2014/24 op te nemen<sup>17</sup>, moeten de wezenlijke kenmerken daarvan, zoals vastgelegd in die richtlijn, worden gerespecteerd.

36. Door voor te schrijven dat de lidstaten „de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel” bepalen „met inachtneming van het Unierecht”, verhindert artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 dat de lidstaten bij hun nationale bepalingen de daarin vermelde facultatieve uitsluitingsgronden vervormen of voorbijgaan aan de doelstellingen en beginselen die ten grondslag liggen aan elk van die uitsluitingsgronden binnen het homogene kader van diezelfde richtlijn.

37. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten, voldoet de Italiaanse regeling waar deze prejudiciële verwijzing om draait niet aan de wezenlijke kenmerken van de facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24.

#### ***D. De facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24***

38. In artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 worden zowel „een ernstige fout [...], waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken” [onder c)] als „aanzienlijke [...] tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht [...] [die hebben] geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht” [onder g)] genoemd in de opsomming van gedragingen van ondernemers die hun uitsluiting van een aanbestedingsprocedure kunnen rechtvaardigen.

39. Uit overweging 101 van richtlijn 2014/24 kan worden afgeleid dat de ernstige beroepsfouten onder c) in hoofdzaak van *extracontractuele* aard zijn, dat wil zeggen dat het gaat om het onregelmatige gedragingen die over het algemeen buiten de werkingssfeer van contractuele betrekkingen liggen. Dat is bijvoorbeeld het geval bij gedragingen die een schending van milieu- of sociale verplichtingen, van de mededingingsregels of intellectuele-eigendomsrechten of van fiscale of socialezekerheidsverplichtingen inhouden. Daarentegen is de onder g) omschreven gedraging een karakteristieke niet-nakoming in de *contractuele* sfeer.

40. Zeker is evenwel dat bepaalde niet-nakomingen van overeenkomsten tegelijkertijd een in het kader van een eerdere overheidsopdracht begane ernstige beroepsfout kunnen behelzen die voldoende zwaarwegend is om een grond voor het verbreken van de contractuele betrekking te vormen.

<sup>16</sup> In mijn conclusie in de zaak *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani en Guerrato* (C-178/16, EU:C:2017:487), punt 53, heb ik in herinnering gebracht dat de uitoefening van deze bevoegdheid door de staten echter niet onvoorwaardelijk is, onder verwijzing naar het arrest van 10 juli 2014, *Consorcio Stabile Libor Lavori Pubblici* (C-358/12, EU:C:2014:2063, punten 29, 31 en 32).

<sup>17</sup> De Italiaanse regering heeft ter terechtzitting betoogd dat in artikel 80, lid 5, CCP de uitsluitingsgrond, die in richtlijn 2014/24 slechts facultatief is, binnen de territoriale werkingssfeer van het CCP een verplicht karakter heeft.

41. Vanuit dat perspectief gezien zouden beide bepalingen zich tot elkaar verhouden als een *lex generalis* [onder c)] tot een *lex specialis* [onder g)], hetgeen de mogelijkheid zou scheppen om aan de hand van de doelstellingen en de motivering van de algemene regel te bepalen welke beginselen in acht moeten worden genomen bij het uitleggen van het bepaalde onder g).<sup>18</sup>

42. Beide uitsluitingsgronden zijn gebaseerd op een wezenlijk element van de betrekking tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de *betrouwbaarheid* van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld. Ofschoon er in richtlijn 2004/18 niet uitdrukkelijk naar wordt verwezen, heeft de rechtspraak van het Hof dit element verduidelijkt.<sup>19</sup>

43. In richtlijn 2014/24 wordt betrouwbaarheid reeds opgevat als een sleutelement van de contractuele betrekking, juist in verband met ernstige beroepsfouten. Volgens overweging 101, eerste alinea, beschikken aanbestedende diensten over de mogelijkheid om „ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken”. In diezelfde overweging, in de tweede alinea, wordt het geval waarin de uitvoering bij eerdere overheidsopdrachten „ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer” genoemd als uitsluitingsgrond.

44. Het belang dat aan de *betrouwbaarheid* van de ondernemer wordt gehecht, komt tot uiting in enkele leden (6 en 7) van artikel 57 van richtlijn 2014/24 die de ondernemer de mogelijkheid bieden om maatregelen te nemen teneinde zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks het voorhanden zijn van een uitsluitingsgrond. De uitsluitingsgronden die verband houden met de subjectieve omstandigheden van de gegadigde zijn derhalve diepgaand beïnvloed door het element *betrouwbaarheid*.

45. Conform het doel van artikel 57 van richtlijn 2014/24 moet de aanbestedende dienst de vrijheid genieten om dat element (de betrouwbaarheid van de gegadigde) te beoordelen zonder noodzakelijkerwijs te zijn gebonden aan beoordelingen door andere overheidsorganen. Het staat aan de aanbestedende dienst, en uitsluitend aan hem, om te beoordelen of de omvang van de fouten een zodanig ernstige niet-nakoming van de overeenkomst inhouden dat zij de ontbinding van een eerdere overeenkomst wegens verlies van vertrouwen rechtvaardigen.<sup>20</sup>

#### ***E. De Italiaanse regeling in het licht van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24***

46. De in de Italiaanse wetgeving vervatte voorwaarde voegt een *bijkomend element* toe dat niet in overeenstemming is met artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 en evenmin consistent is met de rest van dit voorschrift. Bovendien kan die voorwaarde leiden tot resultaten die discriminerend zijn voor andere inschrijvers die ernstige fouten hebben begaan. Ook indien de nationale regeling die het voorwerp van discussie is, zou zijn geïnspireerd op een bepaalde opvatting van het recht op rechterlijke bescherming<sup>21</sup>, zet deze regeling uiteindelijk een premie op schendingen van een overeenkomst, waarna de ondernemer die zich daaraan schuldig heeft gemaakt zich de facto aan de latere gevolgen kan onttrekken door simpelweg een vordering in te stellen.

47. Ik zal nu kort ingaan op deze twee kenmerken van de Italiaanse regeling.

<sup>18</sup> De Italiaanse wetgever heeft beide omstandigheden samengevoegd tot één, maar daar de nu litigieuze procedurele voorwaarde (situaties *sub iudice*), die enkel van toepassing is op de niet-nakoming van een eerdere overeenkomst, aan toegevoegd.

<sup>19</sup> Arresten van 20 maart 2018, Commissie/Oostenrijk (Staatsdrukkerij) (C-187/16, EU:C:2018:194, punten 88 en 91); 14 december 2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punt 28), en 9 februari 2006, La Cascina e.a. (C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94, punt 21).

<sup>20</sup> De door de [inschrijver aan wie de opdracht is gegund] begane onregelmatigheid moet voldoende ernstig („aanzienlijk”) zijn om, vanuit het oogpunt van het evenredigheidsbeginsel, de vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst te rechtvaardigen.

<sup>21</sup> Volgens de Hongaarse regering werkt het vermoeden van onschuld in het voordeel van de inschrijver die zich verzet tegen de ontbinding van een overeenkomst en moet de inschrijver op grond van dit beginsel worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure zolang niet definitief is vastgesteld dat de inschrijver de overeenkomst heeft geschonden.

### 1. Het contrast tussen de nationale regeling en richtlijn 2014/24

48. Zoals de Commissie terecht opmerkt, wordt in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 niet bepaald dat er op een rechterlijke uitspraak met gezag van gewijsde moet worden gewacht om vast te stellen dat de ondernemer aan wie de eerdere opdracht was gegund blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen.

49. In vergelijkbare situaties heeft het Hof, op grond van het toen geldende Unierecht, geoordeeld dat:

- wat de ernstige beroepsfout betreft, het afleggen van valse verklaringen of het niet verstrekken van inlichtingen [als bedoeld in artikel 45, lid 2, onder d) en g), van richtlijn 2004/18], kan worden „vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken [...] *zonder dat is vereist dat jegens hem een veroordeling bij een onherroepelijk vonnis is uitgesproken*”.<sup>22</sup>
- „[a]rtikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d, van richtlijn 2004/18 [...] aanbestedende diensten immers [toestaat] om een fout bij de beroepsuitoefening vast te stellen op elke grond die zij aannemelijk kunnen maken. Voorts is, anders dan in deze alinea, onder c, *geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist* voor de vaststelling van een fout bij de beroepsuitoefening in de zin van deze alinea, onder d”.<sup>23</sup>

50. Door artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 aldus uit te leggen, heeft het Hof dus van de hand gewezen dat de toepassing van een uitsluitingsgrond in verband met een ernstige beroepsfout afhankelijk is van het bestaan van een eerdere rechterlijke uitspraak (behoudens indien de Unierechtelijke regeling zelf aldus bepaalt).

51. Extrapolatie van deze rechtspraak naar de onderhavige zaak leidt tot de conclusie dat artikel 80, lid 5, onder c), CCP hier niet mee in overeenstemming is: wanneer een eerdere overeenkomst wordt ontbonden, volstaat het voor de inschrijver om die vroegtijdige ontbinding aan te vechten om te verhinderen dat de aanbestedende dienst de niet-nakoming in kwestie kan doen gelden bij een latere inschrijving.

52. Een ernstige niet-nakoming door de ondernemer aan wie de eerdere opdracht is gegund, waarop de aanbestedende dienst heeft gereageerd door een wederkerige overeenkomst te ontbinden (hetgeen rechtmatig is wanneer een van de partijen bij de overeenkomst haar verplichtingen niet nakomt), blijkt geen gevolgen te hebben voor latere procedures indien de betrokken ondernemer de vroegtijdige beëindiging van de contractuele betrekking betwist voor de civiele rechter.

53. Door de vordering in rechte dat automatische effect mee te geven, ontnemt de nationale regeling de aanbestedende dienst de bevoegdheid om de betrouwbaarheid van de gegadigde ten volle te beoordelen, omdat zij de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overeenkomst wegens aanzienlijke tekortkomingen niet als relevante factor in die beoordeling kan betrekken.

54. De beperking die de aanbestedende dienst wordt opgelegd wanneer de niet-nakoming van de eerdere overeenkomst onder de rechter is, berooft deze dienst van de mogelijkheid om een inschrijver uit te sluiten „op ieder moment tijdens de procedure [...] wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in lid 4”, zoals in artikel 57, lid 5, van richtlijn 2014/24 wordt bepaald.

<sup>22</sup> Arrest van 11 december 2014, *Croce Amica One Italia* (C-440/13, EU:C:2014:2435, punt 28; mijn cursivering).

<sup>23</sup> Arrest van 13 december 2012, *Forposta en ABC Direct Contact* (C-465/11, EU:C:2012:801, punt 28; mijn cursivering).

55. De nationale regeling legt derhalve ten onrechte beperkende voorwaarden op aan de handelingsruimte van de aanbestedende dienst, die uitdrukkelijk wordt beschermd door artikel 57 van richtlijn 2014/24 en door de rechtspraak ter uitlegging van de analoge voorschriften van richtlijn 2004/18, doordat zij, zolang er geen vonnis is geweest in een civiel geding dat aanhangig is gemaakt vanwege de vroegtijdige beëindiging van een overeenkomst, verhindert dat deze dienst nagaat of er een uitsluitingsgrond van toepassing is.

56. Evenzo belet artikel 80, lid 5, onder c), CCP de aanbestedende dienst te beoordelen of de inschrijver voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid te bewijzen, ondanks het bestaan van een toepasselijke uitsluitingsgrond (artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24).

## *2. Discriminatie ten opzichte van andere inschrijvers die zijn uitgesloten wegens ernstige beroepsfouten*

57. De nationale regeling die voorwerp van discussie is, kan aanleiding geven tot discriminatie van inschrijvers die, nadat ze een ernstige beroepsfout hebben begaan die geen niet-nakoming van een overeenkomst inhoudt, die beoordeling in rechte hebben betwist. In die context is de aanbestedende dienst niet gebonden aan artikel 80, lid 5, onder c), CCP en kan hij dus naar eigen inzicht en naar behoren gemotiveerd oordelen dat de vereiste betrouwbaarheid ontbreekt.

58. Deze verschillende behandeling van inschrijvers die allen onder vergelijkbare facultatieve uitsluitingssituaties vallen, is niet gerechtvaardigd. Het onderscheidende element (het sub iudice zijn van de aanvechting) ontstaat slechts wanneer de niet-nakomende contractant een vordering heeft ingesteld tegen de vroegtijdige beëindiging van zijn eerdere overeenkomst en aldus afbreuk doet aan de normale beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst.

59. De situatie wordt vooral precair wanneer de overeenkomst van grensoverschrijdende aard is, aangezien dit „met name gevolgen [kan] hebben voor ondernemers van andere lidstaten, die minder bekend zijn met de termen en toepassingsvoorwaarden van de relevante nationale regeling”.<sup>24</sup>

60. Omdat de instelling van de civiele vordering uitsluitend afhangt van de wil van de contractant, zou de ernst van diens niet-nakoming niet worden vastgesteld op basis van een objectief element maar aan de hand van een extrinsieke factor met een meer subjectief karakter (namelijk het besluit om een vordering in te stellen), die evenwel niet voldoende zou zijn voor andere inschrijvers die ernstige beroepsfouten hebben begaan, inzonderheid die welke in een andere lidstaat zijn gevestigd.

## **V. Conclusie**

61. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Tribunale Amministrativo Regionale della Campania als volgt te beantwoorden:

„Artikel 57, lid 4, onder c) en g), 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 verzet zich tegen een nationale regeling krachtens welke een loutere betwisting in rechte van de vroegtijdige beëindiging van een eerdere overheidsopdracht wegens aanzienlijke tekortkomingen in de uitvoering ervan, de aanbestedende dienst belet om deze gedragingen en de latere betrouwbaarheid van de inschrijver als grond voor uitsluiting van een nieuwe aanbestedingsprocedure te beoordelen totdat in de desbetreffende civielrechtelijke procedure een definitieve beslissing is verkregen.”

<sup>24</sup> Arrest van 14 december 2016, Connexion Taxi Services (C-171/15, EU:C:2016:948, punt 42).