



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tiende kamer)

22 oktober 2015 *

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Gronden voor uitsluiting van deelneming aan een aanbesteding — Opdracht met een waarde beneden de drempel voor toepassing van deze richtlijn — Fundamentele regels van het VWEU — Verklaring van aanvaarding van een rechtmatigheidsprotocol ter bestrijding van criminele activiteiten — Uitsluiting wegens niet-overlegging van een dergelijke verklaring — Toelaatbaarheid — Evenredigheid”

In zaak C-425/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (bestuursrechter in hoger beroep voor de regio Sicilië, Italië) bij beslissing van 9 juli 2014, ingekomen bij het Hof op 17 september 2014, in de procedure

Impresa Edilux Srl, in de hoedanigheid van vertegenwoordiger van een tijdelijke vereniging van ondernemingen,

Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF)

tegen

Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani,

Assessorato ai Beni Culturali e dell’Identità Siciliana,

UREGA – Sezione provinciale di Trapani,

Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana,

in tegenwoordigheid van:

Icogen Srl,

wijst

HET HOF (Tiende kamer),

samengesteld als volgt: D. Šváby, president van de Achtste kamer, waarnemend voor de president van de Tiende kamer, E. Juhász en C. Vajda (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

* Procestaal: Italiaans.

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- Impresa Edilux Srl, als vertegenwoordiger van een tijdelijke vereniging van ondernemingen, en Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), vertegenwoordigd door F. Lattanzi en S. Iacuzzo, avvocati,
- Icogen Srl, vertegenwoordigd door C. Giurdanella, avvocato,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door D. Recchia en A. Tokár als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG 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 L 134, blz. 114), zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1251/2011 van de Commissie van 30 november 2011 (PB L 319, blz. 43; hierna: „richtlijn 2004/18”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen enerzijds Impresa Edilux Srl (hierna: „Edilux”), als vertegenwoordiger van het consortium bestaande uit haarzelf en Società Italiana Costruzioni e Forniture Srl (SICEF), en laatstgenoemde onderneming en anderzijds het Assessorato Beni Culturali e Identità Siciliana – Servizio Soprintendenza Provincia di Trapani (directoraat voor het Cultureel Erfgoed en de Siciliaanse Identiteit, dienst van de provincie Trapani), het Assessorato ai Beni Culturali e dell’Identità Siciliana (directoraat voor het Cultureel Erfgoed en de Siciliaanse Identiteit), de UREGA – Sezione provinciale di Trapani (UREGA, sectie van de provincie Trapani) en het Assessorato delle Infrastrutture e della Mobilità della Regione Siciliana (directoraat voor Infrastructuur en Mobiliteit voor de regio Sicilië) (hierna samen: „in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedende dienst”) over het feit dat de aanbestedende dienst Edilux en SICEF heeft uitgesloten van deelname aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht omdat zij hebben nagelaten om samen met hun aanbieding een verklaring van aanvaarding van de in een rechtmatigheidsprotocol vervatte verplichtingen af te geven.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 Artikel 2 van richtlijn 2004/18 luidt als volgt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

- 4 Overeenkomstig artikel 7, onder c), ervan, is deze richtlijn van toepassing op overheidsopdrachten voor werken waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde 5 000 000 EUR of méér bedraagt.
- 5 Artikel 45 van de richtlijn, met als opschrift „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”, bepaalt in de leden 1 en 2:

„1. Van deelneming aan een overheidsopdracht wordt uitgesloten, iedere gegadigde of inschrijver jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft:

- a) deelneming aan een criminele organisatie [...]
- b) omkoping [...]
- c) fraude [...]
- d) witwassen van geld [...]

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.

Zij kunnen bepalen dat om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgeweken van de in de eerste alinea bedoelde verplichting.

[...]

2. Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

- a) die in staat van faillissement of van liquidatie verkeert, wiens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens wie een surséance van betaling of een akkoord geldt of die in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wet- of regelgevingen;
- b) wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surséance van betaling of akkoord dan wel een andere soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wet- of regelgevingen, aanhangig is gemaakt;
- c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;
- d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;
- e) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de socialezekerheidsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst;
- f) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van het land van de aanbestedende dienst;
- g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.”

Italiaans recht

- 6 Artikel 46, lid 1 bis, van decreto legislativo n. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsdecreet nr. 163 houdende het wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen tot omzetting van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG) van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006) bepaalt:

„De aanbestedende dienst sluit gegadigden of deelnemers uit wanneer de bepalingen van het onderhavige wetboek, de uitvoeringsbepalingen of andere van kracht zijnde wetsbepalingen niet zijn nageleefd, wanneer volstreekte onzekerheid heerst over de inhoud of de herkomst van het aanbod, wegens het ontbreken van ondertekeningen of andere essentiële gegevens, wanneer het dossier dat het aanbod of het verzoek tot deelname bevat, niet volledig is of wanneer er bij de sluiting van de verzegelde enveloppes andere onregelmatigheden zijn begaan zodat in het licht van de concrete omstandigheden moet worden aangenomen dat het beginsel van vertrouwelijkheid van de aanbiedingen is geschonden. Aankondigingen van een aanbesteding en uitnodigingsbrieven mogen geen andere op straffe van uitsluiting voorgeschreven bepalingen bevatten. Dergelijke bepalingen zijn hoe dan ook nietig.”

- 7 Artikel 1, lid 17, van legge n° 190, disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (wet nr. 190 houdende bepalingen ter voorkoming en beteugeling van corruptie en onrechtmatig gedrag binnen de overheid) van 6 november 2012 (GURI nr. 265 van 13 november 2012; hierna: „wet nr. 190/2012”) bepaalt:

„De aanbestedende diensten kunnen in aankondigingen van aanbestedingen en uitnodigingsbrieven bepalen dat de niet-naleving van de in de rechtmatigheidsprotocollen en integriteitsovereenkomsten opgenomen bepalingen een grond tot uitsluiting van de aanbesteding vormt.”

Hoofddeding en prejudiciële vragen

- 8 Edilux en SICEF zijn hoofd-gemachtigde respectievelijk opdrachtgeefster van een tijdelijke vereniging van ondernemingen. Op 20 mei 2013 heeft de in het hoofddeding aan de orde zijnde aanbestedende dienst aan deze ondernemingen een overheidsopdracht voor werken gegund waarvan de geraamde waarde 2 271 735 EUR bedroeg en die betrekking had op de restauratie van Griekse tempels op Sicilië.
- 9 Naar aanleiding van een klacht van Icogen Srl, die als tweede was geëindigd, heeft de in het hoofddeding aan de orde zijnde aanbestedende dienst op 18 juni 2013 het besluit tot gunning van de betrokken opdracht aan Edilux en SICEF ingetrokken en de opdracht definitief gegund aan Icogen Srl.
- 10 De in het hoofddeding aan de orde zijnde aanbestedende dienst heeft als motivering voor die intrekking – en dus voor de uitsluiting van Edilux en SICEF van de aanbestedingsprocedure – aangevoerd dat zij hadden nagelaten om samen met hun aanbod de verklaring van aanvaarding van de in het rechtmatigheidsprotocol opgenomen verplichtingen over te leggen, zoals vereist was overeenkomstig het schema in bijlage 6 bij het bestek voor de opdracht. In de rubriek „Waarschuwing” van dit bestek stond vermeld dat deze verklaring een essentieel document was dat op straffe van uitsluiting moest worden overgelegd.

- 11 De betrokken verklaring, waarvan een afschrift bij het aan het Hof overgelegde dossier is gevoegd, luidt als volgt:

„Bij gunning van de opdracht verbindt [de deelnemer aan de aanbesteding] er zich uitdrukkelijk toe:

- a. de aanbestedende dienst [...] te informeren [...] over de voortgang van de werkzaamheden, het voorwerp, het bedrag en de ondernemingen waarmee onderaannemings- en afgeleide overeenkomsten zijn gesloten, [...] alsook de wijze waarop de contractanten worden gekozen [...];
- b. de aanbestedende dienst in te lichten over elke poging tot verstoring, het plegen van onregelmatigheden of vervalsing die hij vaststelt tijdens de aanbestedingsprocedure en/of de uitvoering van de overeenkomst door belanghebbenden, ambtenaren of andere personen die de besluiten inzake de betrokken gunning kunnen beïnvloeden;
- c. samen te werken met de politie, door aangifte te doen van pogingen tot afpersing, intimidatie of beïnvloeding van criminele aard [...];
- d. dezelfde verplichtingen op te nemen in de onderaannemingsovereenkomsten [...]. Hij beseft dat eventuele vergunningen anders niet worden afgegeven.

Hij verklaart uitdrukkelijk en plechtig

- e. dat er geen afhankelijkheidsverhouding (rechtens of feitelijk) bestaat ten aanzien van andere concurrenten of dat hij niet met andere concurrenten (rechtens of feitelijk) in een vereniging is verbonden en dat hij geen overeenkomst heeft gesloten of zal sluiten met andere deelnemers aan de aanbesteding;
- f. dat hij geen taken, van welke aard ook, zal uitbesteden aan andere ondernemingen die op de aanbesteding hebben ingeschreven [...] en dat hij beseft dat, als hij dat wél doet, geen toestemming zal worden gegeven voor deze onderaannemingsovereenkomsten;
- g. dat de aanbieding voldoet aan de beginselen van degelijkheid, integriteit, onafhankelijkheid en vertrouwelijkheid, en dat hij zich ertoe verbindt de beginselen van loyauteit, transparantie en integriteit na te leven; alsook dat hij met andere deelnemers aan de aanbesteding geen afspraken heeft gemaakt of zal maken die de mededinging beogen te beperken of te verhinderen;
- h. dat hij, als de opdracht aan hem wordt gegund, de aanbestedende dienst zal inlichten over elke poging tot verstoring, het plegen van onregelmatigheden of vervalsing die hij vaststelt tijdens de aanbestedingsprocedure en/of de uitvoering van de overeenkomst door belanghebbenden, ambtenaren of andere personen die de besluiten inzake de betrokken gunning kunnen beïnvloeden;
- i. dat hij zal samenwerken met de politie, door aangifte te doen van pogingen tot afpersing, intimidatie of beïnvloeding van criminele aard [...];
- j. dat hij dezelfde verplichtingen zal opnemen in de onderaannemingsovereenkomsten [...] en dat hij beseft dat eventuele vergunningen anders niet worden afgegeven;
- k. [...] dat hij zich ervan bewust is dat de voornoemde verklaringen en verplichtingen basisvoorwaarden zijn voor deelname aan de aanbesteding, zodat de onderneming zal worden uitgesloten als de aanbestedende dienst gedurende de aanbestedingsprocedure op grond van ernstige, nauwkeurige en onderling overeenstemmende aanwijzingen vaststelt dat er sprake is van een feitelijke vereniging.”

- 12 Het beroep dat Edilux en SICEF hebben ingesteld tegen het besluit van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedende dienst van 18 juni 2013 is verworpen door het Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (bestuursrechter in eerste aanleg voor de regio Sicilië). Daarop hebben de ondernemingen hoger beroep aangetekend bij de Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (bestuursrechter in hoger beroep voor de regio Sicilië).
- 13 De verwijzende rechter zet uiteen dat in de Italiaanse rechtsorde rechtmatigheidsprotocollen zijn ingevoerd ter voorkoming en bestrijding van het funeste verschijnsel van infiltratie – vooral op het gebied van overheidsopdrachten – van de georganiseerde misdaad, die in bepaalde regio's van Zuid-Italië sterk is verankerd. Deze protocollen zijn ook essentieel voor de bescherming van de fundamentele beginselen van mededinging en transparantie die ten grondslag liggen aan het Italiaanse recht en het Unierecht inzake overheidsopdrachten.
- 14 Volgens de verwijzende rechter impliceert artikel 1, lid 17, van wet nr. 190/2012 dat de aanbestedende diensten op straffe van uitsluiting kunnen eisen dat de instemming met die protocollen – zonder welke de daarin vervatte bepalingen niet bindend zijn – reeds bij voorbaat wordt gegeven. Als alleen sancties kunnen worden verbonden aan de niet-naleving van die bepalingen in de fase van uitvoering van de opdracht, wordt het beoogde en verklaarde doel, in een zo vroeg mogelijk stadium bescherming te bieden en te zorgen voor een afschrikkende werking, immers ondermijnd. Een dergelijke uitsluitingsgrond is bovendien rechtmatig in het licht van artikel 46, lid 1 bis, van wetsdecreet nr. 163, volgens hetwelk tot uitsluiting van een aanbestedingsprocedure kan worden besloten op grond van de geldende wettelijke bepalingen, waaronder voornoemde bepaling van wet nr. 190/2012.
- 15 De verwijzende rechter betwijfelt echter of een dergelijke uitsluitingsgrond verenigbaar is met het Unierecht. In dit verband wijst hij erop dat artikel 45 van richtlijn 2004/18, waarvan de leden 1, eerste alinea, en 2, eerste alinea, de uitsluitingsgronden uitputtend opsommen, geen dergelijke bepaling bevat. Volgens hem kan artikel 1, lid 17, van wet nr. 190/2012 daarentegen wél in overeenstemming zijn met de derde alinea van artikel 45, lid 1, van deze richtlijn die, aldus de verwijzende rechter, bepaalt dat om dwingende redenen van algemeen belang, zoals die welke verband houden met de openbare orde en met het voorkomen van de misdaad, kan worden afgeweken van het beginsel dat de uitsluitingsgronden exhaustief zijn opgesomd.
- 16 De verwijzende rechter voegt daar nog aan toe dat de beginselen van het Unierecht toepassing vinden ook al ligt de waarde van de betrokken overheidsopdracht voor werken onder de relevante drempel voor toepassing van richtlijn 2004/18. Hij brengt dienaangaande onder de aandacht dat deze opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont aangezien sommige bepalingen van de specifieke regeling inzake de procedure voor de opdracht betrekking hebben op de deelname van buiten Italië gevestigde ondernemingen.
- 17 Daarop heeft de Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (bestuursrechter in hoger beroep voor de regio Sicilië) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht over de volgende vragen:
- „1) Verzet het recht van de Europese Unie, meer in het bijzonder artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG, zich tegen een bepaling als artikel 1, lid 17, van legge nr. 190/2012, op grond waarvan een aanbestedende dienst als geldige grond voor de uitsluiting van een onderneming die deelneemt aan een openbare aanbesteding, de omstandigheid in aanmerking mag nemen dat die onderneming niet de verplichtingen heeft aanvaard – of geen bewijs van die aanvaarding heeft overgelegd – die zijn vervat in de zogenoemde ‚rechtmatigheidsprotocollen‘ (‚protocolli di legalità‘) en, meer in het algemeen, in overeenkomsten die zijn gesloten tussen een aanbestedende dienst en de deelnemende ondernemingen en die tot doel hebben infiltraties van de georganiseerde misdaad bij de gunning van overheidsopdrachten te bestrijden?

- 2) Kan overeenkomstig artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG een bepaling van een lidstaat op grond waarvan de in de vorige vraag bedoelde uitsluiting mag worden toegepast, worden beschouwd als een afwijking van het beginsel dat de uitsluitingsgronden exhaustief zijn opgesomd, die wordt gerechtvaardigd door de dwingende noodzaak pogingen tot infiltratie van de georganiseerde misdaad bij procedures voor de gunning van overheidsopdrachten te bestrijden?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

- 18 De prejudiciële vragen van de verwijzende rechter betreffen de uitlegging van artikel 45 van richtlijn 2004/18. In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing stelt de verzoekende rechter evenwel vast dat de waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht voor werken onder de relevante drempel voor toepassing van deze richtlijn ligt, zoals die is vastgesteld in artikel 7, onder c), ervan.
- 19 In herinnering moet worden geroepen dat de bijzondere en strenge procedures van de richtlijnen van de Unie betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten enkel van toepassing zijn op contracten waarvan de waarde de uitdrukkelijk in elk van die richtlijnen vastgestelde drempel overschrijdt. Deze richtlijnen zijn dus niet van toepassing op opdrachten waarvan de waarde lager is dan de daarin vastgestelde drempel (zie arrest *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bijgevolg is artikel 45 van richtlijn 2004/18 niet van toepassing op het hoofdgeding.
- 20 Evenwel blijkt uit vaste rechtspraak van het Hof dat het feit dat de verwijzende rechter bij de formulering van een prejudiciële vraag slechts heeft verwezen naar bepaalde voorschriften van het Unierecht, er niet aan in de weg staat dat het Hof deze rechter alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of deze al dan niet in zijn vragen worden genoemd. Het staat in dit verband aan het Hof om uit alle door de nationale rechter verschaft gegevens, met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing, de elementen van het Unierecht te putten die, gelet op het voorwerp van het geschil, uitlegging behoeven (zie met name arrest *Ville d’Ottignies-Louvain-la-Neuve e.a.*, C-225/13, EU:C:2014:245, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 21 Volgens eveneens vaste rechtspraak is de plaatsing van opdrachten die, gelet op hun waarde, buiten de werkingssfeer van de richtlijnen van de Unie betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten vallen, desondanks onderworpen aan de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, in het bijzonder aan het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsook aan de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, voor zover de betrokken opdrachten, gelet op bepaalde objectieve criteria, een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen (zie in die zin arrest *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 22 In dit opzicht erkent de verwijzende rechter dat de beginselen van Unierecht van toepassing zijn op het bij hem aanhangige geding en stelt hij in deze context vast dat er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang aangezien sommige bepalingen van de specifieke regeling inzake de procedure voor de in geding zijnde opdracht betrekking hebben op de deelname van buiten Italië gevestigde ondernemingen.
- 23 In die omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat de eerste vraag betrekking heeft op de uitlegging van de in punt 21 van dit arrest genoemde fundamentele regels en algemene beginselen van het Verdrag.

- 24 De tweede vraag hoeft daarentegen niet te worden beantwoord. Blijkens de motivering van de verwijzingsbeslissing betreft deze vraag namelijk specifiek de derde alinea van artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18, volgens welke een aanbestedende dienst om dwingende redenen van algemeen belang kan afwijken van de in de eerste alinea van datzelfde lid opgenomen verplichting om iedere gegadigde of inschrijver jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de aldaar opgegeven redenen is uitgesproken, van deelneming aan een overheidsopdracht uit te sluiten.

Eerste vraag

- 25 De eerste vraag moet bijgevolg aldus worden opgevat dat de verwijzende rechter er in wezen mee wenst te vernemen of de fundamentele regels en de algemene beginselen van het Verdrag, in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een bepaling van nationaal recht volgens welke een aanbestedende dienst kan bepalen dat een gegadigde of een inschrijver van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht wordt uitgesloten wanneer hij niet, samen met zijn aanbod, een schriftelijke aanvaarding heeft overgelegd van de verplichtingen en verklaringen die zijn vervat in een rechtmatigheidsprotocol als in het hoofdgeding aan de orde, dat infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten beoogt tegen te gaan.
- 26 Het Hof heeft al geoordeeld dat aan de lidstaten een zekere beoordelingsmarge moet toekomen voor de vaststelling van maatregelen ter waarborging van de eerbieding van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting, die voor de aanbestedende diensten bij elke procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht gelden. Elke lidstaat is namelijk het best in staat om in het licht van zijn specifieke historische, juridische, economische of sociale overwegingen te bepalen welke situaties gedragingen in de hand werken die inbreuken op dit beginsel en deze verplichting zouden kunnen meebrengen (zie in die zin arrest Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 Volgens de verwijzende rechter beoogt een rechtmatigheidsprotocol als in het hoofdgeding aan de orde het verschijnsel van infiltratie – met name op het gebied van overheidsopdrachten – van de georganiseerde misdaad, die in bepaalde regio's van Zuid-Italië sterk is verankerd, te voorkomen en te bestrijden. Een dergelijk protocol moet ook de aan het Italiaanse recht en het Unierecht inzake overheidsopdrachten ten grondslag liggende beginselen van mededinging en transparantie beschermen.
- 28 Vastgesteld moet worden dat een maatregel die criminele activiteiten en concurrentievervalsingen op het gebied van overheidsopdrachten wil tegengaan, zoals de verplichting voor een deelnemer aan een aanbesteding om te verklaren dat hij een dergelijk rechtmatigheidsprotocol aanvaardt, de gelijke behandeling en de transparantie bij het plaatsen van opdrachten lijkt te bevorderen. Bovendien rust deze verplichting zonder onderscheid op elke gegadigde of inschrijver en is zij dus niet in strijd met het verbod van discriminatie.
- 29 Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, mag een dergelijke maatregel evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk is om het beoogde doel te bereiken (zie in die zin arrest Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 30 In dit verband moet in de eerste plaats het argument van Edilux en SICEF worden afgewezen dat een verklaring van aanvaarding van bepaalde verplichtingen geen doeltreffend middel is om infiltratie van de georganiseerde misdaad te bestrijden, aangezien pas na de gunning van de betrokken opdracht kan worden geverifieerd of die verplichtingen zijn nagekomen.

- 31 De verwijzende rechter preciseert namelijk dat de bepalingen van de rechtmatigheidsprotocollen slechts bindend zijn als zij van tevoren worden aanvaard, dat deze aanvaarding vooraf een voorwaarde voor toelating tot de aanbestedingsprocedure is, en dat als alleen sancties kunnen worden verbonden aan de niet-naleving van die bepalingen in de fase van uitvoering van de opdracht, het doel wordt ondermijnd, in een zo vroeg mogelijk stadium bescherming te bieden en te zorgen voor een afschrikkende werking. Bijgevolg kan, gelet op de in punt 26 van dit arrest vermelde beoordelingsmarge van de lidstaten, niet worden geoordeeld dat het vereiste dat een deelnemer aan een aanbesteding reeds bij het begin van zijn deelname verklaart de in een rechtmatigheidsprotocol vervatte verplichtingen te aanvaarden, verder gaat dan nodig is om de nagestreefde doelen te bereiken.
- 32 Wat in de tweede plaats de inhoud van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde rechtmatigheidsprotocol betreft, bestaan de verplichtingen die de gegadigden of inschrijvers overeenkomstig het bepaalde onder a) tot en met d), ervan op zich moeten nemen er hoofdzakelijk in informatie te verstrekken over de voortgang van de werkzaamheden, het voorwerp, het bedrag en de ondernemingen waarmee onderaannemings- en afgeleide overeenkomsten zijn gesloten, alsook over de wijze waarop de contractanten worden gekozen, de aanbestedende dienst in te lichten over elke poging tot verstoring, het plegen van onregelmatigheden of vervalsing tijdens de aanbestedingsprocedure en de uitvoering van de overeenkomst, samen te werken met de politie door aangifte te doen van pogingen tot afpersing, intimidatie of beïnvloeding van criminele aard, alsook dezelfde verplichtingen op te nemen in de onderaannemingsovereenkomsten. Deze toezeggingen komen overeen met de onder h) tot en met j) van dit protocol opgenomen verklaringen.
- 33 Een verklaring als die welke is opgenomen in het in het hoofdgeding aan de orde zijnde rechtmatigheidsprotocol onder g), namelijk dat de deelnemer met andere deelnemers aan de aanbesteding geen afspraken heeft gemaakt of zal maken die de mededinging beogen te beperken of te verhinderen, heeft enkel tot doel ervoor te zorgen dat de beginselen van mededinging en transparantie in procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten worden geëerbiedigd.
- 34 Dergelijke verplichtingen en verklaringen hebben betrekking op de loyale houding van de gegadigde of de inschrijver jegens de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedende dienst en op de samenwerking met de politie. Zij gaan dus niet verder dan noodzakelijk is om infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten tegen te gaan.
- 35 Overeenkomstig het bepaalde onder e) van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde rechtmatigheidsprotocol dient de deelnemer echter te verklaren dat er tussen hem en andere deelnemers geen afhankelijkheidsverhouding bestaat of dat hij niet met andere deelnemers in een vereniging is verbonden.
- 36 Zoals de Europese Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft uiteengezet, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat de automatische uitsluiting van gegadigden of inschrijvers die een dergelijke verhouding hebben met andere gegadigden of inschrijvers verder gaat dan nodig is om collusie te voorkomen, en dus dan nodig is om ervoor te zorgen dat het beginsel van gelijke behandeling wordt toegepast en de transparantieverplichting wordt nageleefd. Een dergelijke automatische uitsluiting berust immers op een onweerlegbaar vermoeden van onderlinge beïnvloeding bij de respectieve aanbiedingen die ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat of verbonden ondernemingen indienen voor dezelfde opdracht. Een dergelijke regel van automatische uitsluiting belet deze gegadigden of inschrijvers aan te tonen dat hun aanbiedingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen en is dus in strijd met het belang dat de Unie erbij heeft, ervoor te zorgen dat zoveel mogelijk ondernemingen inschrijven op een aanbesteding (zie in die zin arresten Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punten 28-30, en Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punten 39 en 40).

- 37 Onder e) wordt voorts gewag gemaakt van een verklaring dat de deelnemer geen overeenkomst heeft gesloten of zal sluiten met andere deelnemers aan de aanbesteding. Door aldus iedere overeenkomst tussen deelnemers uit te sluiten – óók overeenkomsten die de mededinging niet beperken – gaat een dergelijke verklaring verder dan noodzakelijk is om het beginsel van mededinging op het gebied van overheidsopdrachten veilig te stellen. Daarom onderscheidt een dergelijke verklaring zich van de verklaring onder g) van het in het hoofdingen aan de orde zijnde rechtmatigheidsprotocol.
- 38 Hieruit volgt dat de verplichting voor een deelnemer aan de aanbesteding van een overheidsopdracht om te verklaren dat er tussen hem en andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure geen afhankelijkheidsverhouding bestaat of dat hij niet in een vereniging verbonden is met andere deelnemers en dat er evenmin overeenkomsten zijn gesloten met andere deelnemers, met het gevolg dat hij bij gebreke van een dergelijke verklaring automatisch van die procedure wordt uitgesloten, in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.
- 39 Dergelijke overwegingen dienen ook te gelden voor de verklaring onder f) van het in het hoofdingen aan de orde zijnde rechtmatigheidsprotocol, volgens welke de deelnemer geen taken, van welke aard ook, zal uitbesteden aan andere ondernemingen die op de aanbesteding hebben ingeschreven en beseft dat, als hij dat wél doet, geen toestemming zal worden gegeven voor deze onderaannemingsovereenkomsten. Aan een dergelijke verklaring ligt immers het onweerlegbare vermoeden ten grondslag dat wanneer de deelnemer aan wie de opdracht wordt gegund, taken eventueel uitbesteedt aan een andere deelnemer aan diezelfde aanbesteding, dat het gevolg is van heimelijke afspraken tussen deze twee ondernemingen, zonder dat zij de mogelijkheid hebben om het tegendeel te bewijzen. Een dergelijke verklaring gaat dus verder dan nodig is om collusie te voorkomen.
- 40 Rekening houdend met het doel het verschijnsel van infiltratie van de georganiseerde misdaad te voorkomen en te bestrijden, moet bovendien overeenkomstig het bepaalde onder b), c), g), h) en i), van het in het hoofdingen aan de orde zijnde rechtmatigheidsprotocol de aanbestedende dienst op de hoogte worden gebracht of, in voorkomend geval, bij de politie aangifte worden gedaan van het feit dat een onderneming die aan de aanbesteding heeft deelgenomen mogelijk dwars dwars druk uitoefent op de opdrachtnemer om te verkrijgen dat de uitvoering van de opdracht aan haar wordt uitbesteed.
- 41 Gelet op een en ander moet op de eerste vraag worden geantwoord dat de fundamentele regels en de algemene beginselen van het Verdrag, in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een bepaling van nationaal recht volgens welke een aanbestedende dienst kan bepalen dat een gegadigde of een inschrijver automatisch wordt uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht wanneer hij niet, samen met zijn aanbod, een schriftelijke aanvaarding heeft overgelegd van de verplichtingen en verklaringen die zijn vervat in een rechtmatigheidsprotocol als in het hoofdingen aan de orde, dat infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten beoogt tegen te gaan. Voor zover dit protocol verklaringen omvat volgens welke tussen de gegadigde of de inschrijver en andere gegadigden of inschrijvers geen afhankelijkheidsverhouding bestaat of volgens welke hij niet met andere gegadigden of inschrijvers in een vereniging is verbonden, geen overeenkomst heeft gesloten of zal sluiten met andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure en geen taken, van welke aard ook, zal uitbesteden aan andere ondernemingen die aan deze procedure deelnemen, kan het ontbreken van dergelijke verklaringen er evenwel niet toe leiden dat de gegadigde of inschrijver automatisch van de procedure wordt uitgesloten.

Kosten

- 42 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tiende kamer) verklaart voor recht:

De fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie, alsook de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een bepaling van nationaal recht volgens welke een aanbestedende dienst kan bepalen dat een gegadigde of een inschrijver automatisch wordt uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht wanneer hij niet, samen met zijn aanbod, een schriftelijke aanvaarding heeft overgelegd van de verplichtingen en verklaringen die zijn vervat in een rechtmatigheidsprotocol als in het hoofdgeding aan de orde, dat infiltratie van de georganiseerde misdaad op het gebied van overheidsopdrachten beoogt tegen te gaan. Voor zover dit protocol verklaringen omvat volgens welke tussen de gegadigde of de inschrijver en andere gegadigden of inschrijvers geen afhankelijkheidsverhouding bestaat of volgens welke hij niet met andere gegadigden of inschrijvers in een vereniging is verbonden, geen overeenkomst heeft gesloten of zal sluiten met andere deelnemers aan de aanbestedingsprocedure en geen taken, van welke aard ook, zal uitbesteden aan andere ondernemingen die aan deze procedure deelnemen, kan het ontbreken van dergelijke verklaringen er evenwel niet toe leiden dat de gegadigde of inschrijver automatisch van de procedure wordt uitgesloten.

ondertekeningen