

142

Hof van Justitie EU
 10 juli 2014, C-358/12
 (mr. Rosas, mr. Šváby, mr. Vajda)
 Noot mr. C.H. van Hulsteijn

Prejudiciële verwijzing. Facultatieve uitsluitingsgrond. Ernstige, onherroepelijk vastgestelde schendingen van de voorschriften op het vlak van sociale zekerheidsbijdragen. Opdracht onder de drempel. Evenredigheidsbeginsel. Voorwaarden voor uitsluiting van aanbestedingsprocedure. Begrip 'ernstige schending' bij een verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag van meer dan € 100 en groter dan 5% van verschuldigde bedrag.

[Richtlijn 2004/18 EG art. 45 lid 2 sub e;
 VWEU art. 49 en 56]

Op 6 juni 2011, heeft de Comune di Milano een aanbesteding aangekondigd van een opdracht voor het buitengewoon onderhoud aan werken ter voorkoming van inbraak in woningen in eigendom van de Comune di Milano. De opdracht zou op basis van de laagste prijs worden gegund. De waarde van de opdracht ligt onder de aanbestedingsdrempel. Op 28 juli 2011 heeft Comune di Milano Libor laten weten dat zij de opdracht gegund zou krijgen indien de verklaringen die overgelegd moesten worden werden goedgekeurd. Bij de controle bleek dat Libor 278 EUR achterliep met betaling van de sociale zekerheidsbijdrage op het moment dat zij het verzoek tot deelname inleverde. Op basis van Italiaanse nationale wetgeving heeft Comune di Milano de definitieve gunning aan Libor nietig verklaard. De nationale wetgeving bepaalt dat indien er een ernstige onherroepelijke vastgestelde schending van de voorschriften op het gebied van de sociale zekerheidsbijdrage is, betreffende partij wordt uitgesloten van deelname aan een procedure voor het plaatsen van werken. Een ernstige schending wordt omschreven als een afwijking groter dan 5% van het verschuldigde bedrag en hoger dan € 100. Aan de hand van voornoemde feiten heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia een vraag voorgelegd aan het Europese Hof die erop neerkomt dat de verwijzende rechter wil weten of art. 49, 56 en 101

VWEU en het evenredigheidsbeginsel aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling, op grond waarvan aanbestedende diensten, bij het plaatsen van overheidsopdrachten waarvan de waarde lager is dan het drempelbedrag dat is vastgesteld in art. 7 sub c Richtlijn 2004/18, verplicht zijn een inschrijver, die inbreuk heeft gemaakt op het gebied van de storting van sociale zekerheidsbijdragen, uit te sluiten van de gunningsprocedure als het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag groter is dan € 100 en hoger dan 5% van het verschuldigde bedrag.

Het Hof overweegt dat indien het drempelbedrag niet wordt gehaald de fundamentele beginselen van het Verdrag alleen van toepassing zijn indien sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De verwijzende rechter heeft aangegeven in haar verwijzing dat sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Hierdoor zijn de fundamentele beginselen van het verdrag in casu van toepassing. Uit vaste rechtspraak van het Hof vloeit voort dat iedere nationale bepaling die de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken, niet is toegestaan, tenzij hiermee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en deze bepaling het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt. Dit betekent dat de beperking geschikt is om de verwezenlijking van het doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om het doel te bereiken. Het doel van de nationale bepaling is om te garanderen dat een inschrijver betrouwbaar, zorgvuldig en degelijk is en zich correct opstelt ten opzichte van zijn medewerkers. De uitsluitingsgrond zoals vastgelegd in de nationale wetgeving verzekert dit doel. De wijze waarop de uitsluiting beschreven is in de nationale wetgeving met een drempelbedrag, garandeert niet alleen de gelijke behandeling van de inschrijvers maar ook de rechtszekerheid, dit is belangrijk om te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel. Art. 45 lid 2 sub e Richtlijn 2004/18/EG biedt lidstaten de mogelijkheid om partijen die niet hebben voldaan aan hun verplichting ten aanzien van de betaling van sociale zekerheidsbijdragen van deelneming aan een opdracht uit te sluiten zonder dat een minimum bedrag voor achterstallige bijdragen is vastgesteld.

Het Hof (Tiende kamer) verklaart voor recht:

Art. 49 en 56 VWEU en het evenredigheidsbeginsel moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling, op grond waarvan aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten waarvan de waarde lager ligt dan het drempelbedrag dat is vastgesteld in art. 7 sub c Richtlijn 2004/18/EG verplicht zijn een inschrijver, die een inbreuk heeft begaan op het gebied van de storting van sociale zekerheidsbijdragen, uit te sluiten van de gunningsprocedure als het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag groter is dan € 100 en 5% van het verschuldigde bedrag.

Consortia Stabile Libor Lavori Pubblici,
tegen
Comune di Milano,
in tegenwoordigheid van
Pascolo Srl.

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 49 VWEU, 56 VWEU en 101 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (hierna: „Libor”) en de Comune di Milano over het besluit van laatstgenoemde om de definitieve gunning van een overheidsopdracht voor werken aan Libor nietig te verklaren omdat Libor een bedrag van 278 EUR aan socialezekerheidsbijdragen niet had gestort en aldus haar betalingsverplichtingen op dat gebied niet was nagekomen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Punt 2 van de considerans 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 (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 2009 (PB L 314, blz. 64) (hierna: „richtlijn 2004/18”) luidt:

„Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vesti-

ging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.”

4 In artikel 7 van deze richtlijn zijn de drempelbedragen neergelegd vanaf welke de coördinatiebepalingen voor de in de richtlijn voorgeschreven procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten van toepassing zijn. Voor overheidsopdrachten voor werken is het drempelbedrag in artikel 7, sub c, van deze richtlijn vastgesteld op 4 845 000 EUR.

5 Artikel 45 van richtlijn 2004/18 ziet op de kwalitatieve selectiecriteria voor de persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver. Lid 2 van dit artikel bepaalt:

„Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

[....]

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;

[....]

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 Decreto legislativo (wetsdecreet) nr. 163 houdende de Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetboek over-

heidsopdrachten 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), zoals gewijzigd bij decreto legge (voorlopig wetsdecreet) nr. 70 van 13 mei 2011 (GURI nr. 110 van 13 mei 2011, blz. 1), omgezet in wet bij wet nr. 106 van 12 juli 2011 (GURI nr. 160 van 12 juli 2011, blz. 1) (hierna: „d.lgs. nr. 163/2006”) regelt in Italië de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren werken, diensten en leveringen als geheel.

7 Onder de regels in deel II van d.lgs. nr. 163/2006 die ongeacht de waarde van de opdracht van toepassing zijn, is artikel 38, waarbij de algemene voorwaarden voor deelname aan procedures voor het plaatsen van concessies en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten zijn vastgesteld. Artikel 38, lid 1, sub i, van dit wetsdecreet bepaalt:

„1. De volgende personen worden uitgesloten van deelname aan procedures voor het plaatsen van concessies en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en kunnen evenmin als onderaannemers van deze opdrachten optreden of overeenkomsten met betrekking tot deze opdrachten sluiten:

[....]

i) zij die ernstige, onherroepelijk vastgestelde schendingen van de voorschriften op het vlak van socialezekerheidsbijdragen overeenkomstig de Italiaanse wet of van de wet van het land van vestiging hebben begaan”.

8 Artikel 38, lid 2, van dit wetsdecreet omschrijft het criterium voor de ernst van inbreuken op de toepasselijke regels voor de storting van bijdragen aan socialezekerheidsinstellingen. Het bepaalt in wezen dat voor de toepassing van artikel 38, lid 1, sub i, van dit wetsdecreet onder ernstige schendingen wordt verstaan, schendingen die in de weg staan aan de afgifte van het documento unico di regolarità contributiva (enig document betreffende de regelmatige storting van socialezekerheidsbijdragen; hierna: „DURC”).

9 Schendingen die in de weg staan aan de afgifte van het DURC worden vervolgens omschreven in het Decreto del ministero del lavoro e della previdenza sociale – che disciplina il documento unico di regolarità contributiva (decreet van het ministerie van Werkgelegenheid en Sociale Zekerheid waarin het enig document betreffende de regelmatige storting van socialezekerheidsbijdra-

gen is geregeld) van 24 oktober 2007 (GURI nr. 279 van 30 november 2007, blz. 11). Artikel 8, lid 3, van dit ministerieel decreet luidt:

„Een verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag bij elk socialezekerheidsorgaan en elke socialezekerheidskas voor de bouwsector dat niet ernstig is, staat niet in de weg aan de afgifte van het DURC met het oog op deelname aan een aanbesteding. Een afwijking van minder dan of gelijk aan 5 % van het verschuldigde bedrag voor elk belonings- of bijdragetijdvak of een afwijking die kleiner is dan 100 EUR wordt niet als ernstig beschouwd, onverminderd de verplichting het voornoemde bedrag binnen dertig dagen na afgifte van het DURC te storten.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

10 Bij aankondiging van opdracht, bekendgemaakt op 6 juni 2011, heeft de Comune di Milano een aanbesteding aangekondigd voor „het buitengewoon onderhoud aan en de werken ter voorkoming van inbraak in woningen eigendom van de Comune di Milano”, die zou worden gegund aan de hand van het criterium van de laagste prijs met als basisaanbestedingssom 4 784 914,61 EUR.

11 In de aankondiging werden alle inschrijvers op straffe van uitsluiting van de procedure verplicht te verklaren dat zij aan de in artikel 38 van d.lgs. nr. 163/2006 neergelegde algemene vereisten voor deelname aan de aanbesteding voldeden.

12 Libor heeft een verzoek tot deelname aan de aanbesteding ingediend en met de bewoordingen van artikel 38, lid 1, sub i, van dat wetsdecreet verklaard dat zij „geen ernstige, onherroepelijk vastgestelde schendingen van de voorschriften op het vlak van socialezekerheidsbijdragen overeenkomstig de Italiaanse wet heeft begaan”.

13 Aan het slot van de procedure heeft de Comune di Milano de opdracht aan Libor gegund. Op 28 juli 2011 werd Libor daarvan in kennis gesteld. Vervolgens heeft de Comune di Milano de verklaring van de inschrijver aan wie de opdracht was gegund, gecontroleerd. Daartoe heeft de Comune di Milano van de bevoegde dienst het DURC verkregen, waaruit naar voren kwam dat Libor achterliep met de betaling van de socialezekerheidsbijdragen toen zij haar verzoek tot deelneming aan de aanbesteding indiende; zij had namelijk verzuimd binnen de voorgeschreven termijn de bijdragen voor de maand mei 2011 te storten, een bedrag van 278 EUR, te weten het

volledige voor die maand verschuldigde bedrag. Dit bedrag werd door Libor pas op 28 juli 2011 gestort.

14 In het licht van de schending die uit het DURC naar voren kwam, heeft de Comune di Milano de definitieve gunning aan Libor nietig verklaard en haar van de procedure uitgesloten. De opdracht werd opnieuw gegund aan Pascolo Srl.

15 Libor heeft tegen de beschikking tot nietigverklaring van de gunning beroep ingesteld bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia en voert met name aan dat artikel 38, lid 2, van d.lgs. nr. 163/2006 onverenigbaar is met het recht van de Unie.

16 De verwijzende rechter merkt op dat de betrokken aanbesteding niet binnen de werkings-sfeer van richtlijn 2004/18 valt, aangezien de waarde van de opdracht in het hoofdgeding lager is dan het drempelbedrag dat in artikel 7, sub c, van deze richtlijn is neergelegd. Hij meent niettemin dat deze aanbesteding een grensoverschrijdend belang heeft, zodat de fundamentele regels van het VWEU volgens de rechtspraak van het Hof in acht moeten worden genomen. In dat verband twijfelt hij of artikel 38, lid 2, van d.lgs. nr. 163/2006 verenigbaar is met de beginselen van evenredigheid en gelijke behandeling, die deel uitmaken van het Unierecht.

17 Volgens de verwijzende rechter leidt deze bepaling, met een louter wettelijk criterium voor de „ernst” van de schending van de bijdragebetalingsverplichtingen, ertoe dat de aanbestedende dienst elke discretionaire marge voor de beoordeling of aan de deelnamecriteria ter zake van het ontbreken van achterstallige socialezekerheidsbijdragen is voldaan, wordt ontnomen. Een dergelijke uitsluiting is op zich verenigbaar met het recht van de Unie omdat de gelijke behandeling van de marktdeelnemers die aan een aanbesteding deelnemen, erdoor wordt versterkt.

18 De verwijzende rechter vraagt zich echter af of de criteria die de nationale wetgever heeft ontwikkeld, in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. Hij merkt op dat de voorwaarde inzake de nakoming van de verplichting socialezekerheidsbijdragen te betalen is gesteld om te garanderen dat een inschrijvende onderneming betrouwbaar, zorgvuldig en degelijk is en zich correct opstelt jegens haar werknemers. De verwijzende rechter vraagt zich af of een schending van deze voorwaarde met betrekking

tot een concrete gunningsprocedure daadwerkelijk een zinvolle aanwijzing voor de onbetrouwbaarheid van een onderneming is. Dit is immers een abstract criterium dat niet is opgesteld aan de hand van de kenmerken van een concrete aanbesteding met betrekking tot het voorwerp en de reële waarde ervan, noch van de hoogte van de omzet en de economische en financiële capaciteit van de onderneming die de inbreuk heeft begaan. Bovendien is de uitsluiting van een onderneming van deelname aan een aanbesteding onevenredig in gevallen waarin de inbreuk betrekking heeft op een gering bedrag, zoals in het hoofdgeding.

19 De verwijzende rechter uit daarnaast twijfels over de samenhang van de voorwaarden voor de uitsluiting van een opdracht wegens niet-betaling van socialezekerheidsbijdragen met de voorwaarden betreffende de niet-betaling van belastingen, volgens welke inbreuken pas vanaf een bedrag van 10 000 EUR als ernstig worden gekwalificeerd. 20 Daarop heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staan het evenredigheidsbeginsel, dat voortvloeit uit het recht van vestiging en uit de beginselen van non-discriminatie en bescherming van de concurrentie, neergelegd in respectievelijk de artikelen 49 [VWEU], 56 [VWEU] en 101 VWEU, alsmede de redelijkheidsnorm die daarin besloten ligt, in de weg aan een nationale regeling die een onherroepelijk vastgestelde schending van de bijdragebetalingsvoorschriften, zowel bij opdrachten onder als bij opdrachten boven het [...]drempelbedrag [van de Europese Unie], als ernstig kwalificeert indien het bedrag ervan hoger is dan 100 EUR en groter is dan 5 % van het voor een bepaald belonings- of bijdragetijdvak verschuldigde bedrag, zodat de aanbestedende diensten een inschrijver die een dergelijke schending heeft begaan, van de aanbesteding moeten uitsluiten zonder andere factoren die een objectieve maatstaf vormen voor de betrouwbaarheid van de inschrijver als contractpartij, bij de beoordeling te betrekken?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

21 Vooraf dient te worden opgemerkt dat de nationale regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, weliswaar van toepassing is op aanbestedingen met een waarde zowel boven als onder de drempelbedragen voor overheidsopdrachten die in artikel 7 van richtlijn 2004/18 zijn neergelegd

– zoals in de vraag is vermeld – maar de waarde van de overheidsopdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, lager is dan het in artikel 7, sub c, genoemde bedrag.

22 Bovendien vloeit uit de bewoordingen van deze vraag en uit de opmerkingen van de verwijzende rechter, zoals samengevat in punt 18 van het onderhavige arrest, voort dat deze zich met name afvraagt of de nationale wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

23 Derhalve wenst deze rechter met zijn vraag in wezen te vernemen of de artikelen 49 VWEU, 56 VWEU en 101 VWEU en het evenredigheidsbeginsel aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling, op grond waarvan aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten waarvan de waarde lager ligt dan het drempelbedrag dat is vastgesteld in artikel 7, sub c, van richtlijn 2004/18, verplicht zijn een inschrijver die een inbreuk heeft begaan op het gebied van de storting van socialezekerheidsbijdragen, uit te sluiten van de gunningsprocedure als het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag groter is dan 100 EUR en 5 % van het verschuldigde bedrag.

24 Er zij aan herinnerd dat de toepassing van deze richtlijn op een overheidsopdracht afhankelijk is van de voorwaarde dat de geraamde waarde ervan het in artikel 7 van deze richtlijn vastgestelde drempelbedrag bereikt. Is dit niet het geval, dan zijn de fundamentele regels en de algemene beginselen van het Verdrag van toepassing, voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, met name gelet op het belang en de plaats van uitvoering ervan (zie in die zin met name arrest *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C 159/11, EU:C:2012:817, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het staat aan de verwijzende rechter om te beoordelen of sprake is van een dergelijk belang (zie in die zin arrest *Belgacom*, C 221/12, EU:C:2013:736, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 Hoewel de overheidsopdracht voor de uitvoering van werken die in het hoofdgeding aan de orde is, niet het drempelbedrag in artikel 7, sub c, van deze richtlijn haalt, moet worden vastgesteld dat deze fundamentele regels en algemene beginselen op het hoofdgeding van toepassing

zijn, aangezien de verwijzende rechter van oordeel is dat deze opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

26 Met betrekking tot de bepalingen van het Verdrag die de verwijzende rechter noemt, vormt de uitsluiting van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten zoals in het hoofdgeding geen overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101 VWEU. Een nationale bepaling zoals die in het hoofdgeding hoeft dus niet in het licht van dat artikel te worden onderzocht.

27 Zoals blijkt uit punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18 zijn onder de beginselen van het Verdrag die bij het plaatsen van overheidsopdrachten moeten worden geëerbiedigd echter onder meer de beginselen van vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten alsmede het evenredigheidsbeginsel.

28 Uit de vaste rechtspraak van het Hof vloeit daarnaast voort dat de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU in de weg staan aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de door die verdragsbepalingen gewaarborgde vrijheid van vestiging en van dienstverrichting door burgers van de Europese Unie onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken (zie met name arrest *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C 376/08, EU:C:2009:808, punt 41).

29 Het is in het belang van de Unie bij de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting dat overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke mededinging worden opengesteld (zie in die zin arrest *CoNISMa*, C 305/08, EU:C:2009:807, punt 37). De toepassing van een bepaling die personen die zich schuldig hebben gemaakt aan ernstige inbreuken op de nationale regels voor de storting van socialezekerheidsbijdragen, uitsluit van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals artikel 38, lid 1, sub i, van d.lgs. nr. 163/2006, kan eraan in de weg staan dat een zo groot mogelijk aantal inschrijvers aan de aanbestedingsprocedures deelneemt.

30 Een dergelijke nationale bepaling die in de weg kan staan aan de deelname van inschrijvers aan een overheidsopdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang, vormt een beperking in de zin van de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU.

31 Niettemin kan een dergelijke beperking gerechtvaardigd zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen dat zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zie in die zin arrest *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, EU:C:2009:808, punt 44).

32 In dat verband komt uit de verwijzingsbeslissing naar voren dat met de uitsluiting van overheidsopdrachten die in artikel 38, lid 1, sub i, van d.lgs. nr. 163/2006 is neergelegd, wordt beoogd te garanderen dat een inschrijver betrouwbaar, zorgvuldig en degelijk is en zich correct opstelt jegens zijn werknemers. Garanderen dat een inschrijver over dergelijke kwaliteiten beschikt, is een legitiem doel van algemeen belang.

33 Voorts moet worden vastgesteld dat een uitsluitingsgrond zoals neergelegd in artikel 38, lid 1, sub i, van d.lgs. nr. 163/2006 geschikt is om te garanderen dat het nagestreefte doel wordt bereikt, aangezien een verzuim om socialezekerheidsbijdragen te betalen door een marktdeelnemer een aanwijzing vormt dat hij niet betrouwbaar, zorgvuldig en degelijk is wat betreft zijn wettelijke en socialezekerheidsverplichtingen.

34 Wat tot slot de noodzaak van een dergelijke maatregel betreft, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat de omschrijving in de nationale regeling van een precies drempelbedrag voor de uitsluiting van deelname aan overheidsopdrachten, namelijk een verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag aan socialezekerheidsbijdragen dat groter is dan 100 EUR en 5 % van het verschuldigde bedrag, niet alleen gelijke behandeling van de inschrijvers garandeert, maar ook de rechtszekerheid, beginsel waarvan de inachtneming voorwaarde is voor de evenredigheid van een beperkende maatregel (zie in die zin arrest *Itelcar*, C 282/12, EU:C:2013:629, punt 44).

35 In de tweede plaats moet er, in verband met de hoogte van de uitsluitingsdrempel zoals neergelegd in de nationale regeling, aan worden herinnerd dat artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 de toepassing van de daarin genoemde gevallen van uitsluiting van overheidsopdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 vallen, overlaat aan de beoordeling van de lidstaten, zoals blijkt uit de uitdrukking „Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten” aan het begin van deze bepaling, die met name in de

punten e en f uitdrukkelijk verwijst naar de nationale wettelijke bepalingen [zie voor artikel 29 van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) arrest *La Cascina* e.a., C 226/04 en C 228/04, EU:C:2006:94, punt 21]. Bovendien bepalen de lidstaten uit hoofde van artikel 45, lid 2, tweede alinea, overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het recht van de Unie de voorwaarden voor de toepassing van artikel 45, lid 2.

36 Derhalve 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 doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen. In dit kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen (zie voor artikel 29 van richtlijn 92/50 arrest *La Cascina* e.a., EU:C:2006:94, punt 23).

37 Artikel 45, lid 2, sub e, van richtlijn 2004/18 biedt de lidstaten de mogelijkheid om iedere marktdeelnemer die niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen ten aanzien van de betaling van socialezekerheidsbijdragen, van deelneming aan een opdracht uit te sluiten, zonder dat een minimumbedrag voor achterstallige bijdragen is vastgesteld. Door de vaststelling van een dergelijk minimumbedrag in het nationale recht is het uitsluitingscriterium in die bepaling versoepeld, hetgeen dus niet kan worden geacht verder te gaan dan nodig is. Dat geldt temeer daar het gaat om overheidsopdrachten die niet het in artikel 7, sub c, van deze richtlijn neergelegde drempelbedrag halen en derhalve niet zijn onderworpen aan de in de richtlijn vastgestelde bijzondere en rigoureuze procedures.

38 Dat het drempelbedrag voor de uitsluiting wegens het verzuim belastingen en retributies te betalen in het nationale recht aanmerkelijk hoger is dan het drempelbedrag voor de storting van socialezekerheidsbijdragen, aldus de verwijzende rechter, is op zich niet van invloed op de evenredigheid van dat laatste bedrag. Zoals voortvloeit uit punt 36 van het onderhavige arrest staat het

de lidstaten vrij de uitsluitingsgronden die met name in artikel 45, lid 2, sub e en f, van deze richtlijn worden genoemd, in de nationale regeling op te nemen met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen.

39 Een dergelijke situatie wijkt bovendien af van de situatie die heeft geleid tot het arrest *Hartlauer* (C 169/07, EU:C:2009:141), waarin het Hof heeft geoordeeld dat de nationale regeling in kwestie niet geschikt was om de verwezenlijking van de betrokken doelstellingen te waarborgen, omdat zij niet coherent en systematisch werden nagestreefd. Anders dan de regeling die in dat arrest werd onderzocht, is de maatregel die in het onderhavige hoofdgeding aan de orde is, zoals blijkt uit punt 34 van het onderhavige arrest, gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn (zie in die zin arrest *Hartlauer*, EU:C:2009:141, punt 64).

40 Derhalve kan een nationale regeling als die in het hoofdgeding niet worden geacht verder te gaan dan nodig is om het daarmee beoogde doel te bereiken.

41 Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU en het evenredigheidsbeginsel aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling, op grond waarvan aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten waarvan de waarde lager ligt dan het drempelbedrag dat is vastgesteld in artikel 7, sub c, van richtlijn 2004/18, verplicht zijn een inschrijver die een inbreuk heeft begaan op het gebied van de storting van socialezekerheidsbijdragen, uit te sluiten van de gunningsprocedure als het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag groter is dan 100 EUR en 5 % van het verschuldigde bedrag.

Kosten

42 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale 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 artikelen 49 VWEU en 56 VWEU en het evenredigheidsbeginsel moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling, op grond waarvan aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten waarvan de waarde lager ligt dan het drempelbedrag dat is vastgesteld in artikel 7, sub c, 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, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 1999, verplicht zijn een inschrijver die een inbreuk heeft begaan op het gebied van de storting van socialezekerheidsbijdragen, uit te sluiten van de gunningsprocedure als het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag groter is dan 100 EUR en 5 % van het verschuldigde bedrag.

NOOT

In dit arrest van 10 juli 2014 (zaak C-358/12) heeft het HvJ EU zich uitgelaten over de toelaatbaarheid van een Italiaanse wettelijke regeling. Deze regeling bevat de nationale uitwerking van de facultatieve uitsluitingsgrond betreffende de betaling van socialezekerheidsbijdragen (art. 45 lid 2 sub e Richtlijn 2004/18/EG, in Nederland opgenomen in art. 2.87 lid 1 sub d Aanbestedingswet 2012). Het betreffende wetsartikel bepaalt dat een inschrijver van de aanbesteding wordt uitgesloten, indien hij 'ernstige, onherroepelijk vastgestelde schendingen van de voorschriften op het vlak van socialezekerheidsbijdragen overeenkomstig de Italiaanse wet of van de wet van het land van vestiging' heeft begaan. Uit een ministerieel decreet blijkt wanneer géén sprake is van een dergelijke ernstige schending, namelijk wanneer het verschil tussen het verschuldigde en het gestorte bedrag (i) minder dan of gelijk is aan 5% van het verschuldigde bedrag per toepasselijk tijdvak, of (ii) kleiner is dan € 100.

De aan de orde zijnde aanbesteding betreft geen overheidsopdracht, die Europees moet worden aanbesteed, omdat de waarde ervan lager ligt dan de toepasselijke drempelwaarde. De fundamentele regels en algemene beginselen van het

VWEU zijn echter van toepassing, omdat de verwijzende rechter van oordeel is dat de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft. Het HvJ EU heeft daarom getoetst of de Italiaanse regeling zich verhoudt tot het evenredigheidsbeginsel.

Het HvJ EU stelt voorop dat de nationale regeling tot een beperking leidt van art. 49 (vrijheid van vestiging) en 56 (vrij verrichten van diensten) VWEU, aangezien deze eraan in de weg kan staan dat een zo groot mogelijk aantal inschrijvers aan aanbestedingsprocedures kan deelnemen. Een dergelijke beperking kan volgens het HvJ EU echter gerechtvaardigd zijn, indien:

- a) daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd;
- b) zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt (zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren); en
- c) zij niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

Deze toets is dezelfde als de toets die dient te worden uitgevoerd om de rechtmatigheid van andersoortige afwijkingen/beperkingen van de vrijverkeerbepalingen uit het VWEU te beoordelen, zoals de rechtmatigheid van de verlening van een uitsluitend recht (art. 1.1 en 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012).¹

Volgens het HvJ EU is voldaan aan voorwaarde a), omdat met de Italiaanse regeling beoogd wordt te garanderen dat een inschrijver betrouwbaar, zorgvuldig en degelijk is en zich correct opstelt jegens zijn werknemers. Dat doel is volgens het HvJ EU een legitiem doel van algemeen belang, welke conclusie ik kan onderschrijven. Dit oordeel past ook in de lijn van eerdere oordelen van het HvJ EU op dit punt. Zo oordeelde het HvJ EU dat ook de bescherming van werkne-

¹ Zie ook het Werkdocument van de Europese Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking') d.d. 4 oktober 2011, officiële vertaling van document SEC (2011) 1169 definitief, p. 24.

mers² en doelstellingen van het sociaal beleid³ een (dwingende reden van) algemeen belang vormen.

Naar het oordeel van het HvJ EU is de Italiaanse regeling bovendien geschikt om te garanderen dat het nagestreefde doel wordt bereikt (voorwaarde b). Indien de inschrijver immers niet aan zijn verplichtingen op het gebied van socialezekerheidsbijdragen voldoet, is hij op dat punt niet betrouwbaar, zorgvuldig en degelijk, aldus het HvJ EU. Deze conclusie kan ik enkel volgen, indien het HvJ EU hiermee niet de mogelijkheid heeft uitgesloten om in het concrete, individuele geval de specifiek aan de orde zijnde omstandigheden in beschouwing te nemen, om te toetsen of daadwerkelijk tot uitsluiting dient te worden overgegaan. Ik ben het namelijk met het HvJ EU eens dat het niet hebben voldaan aan de socialezekerheidsbijdragen doet vermoeden dat de inschrijver niet betrouwbaar, zorgvuldig en degelijk is. Uit de omstandigheden van het concrete geval (die de inschrijver dient toe te lichten) kan echter blijken dat, hoewel een inschrijver niet heeft voldaan aan de verplichtingen op het gebied van socialezekerheidsbijdragen, hij (desalniettemin) kan worden gekwalificeerd als betrouwbaar, zorgvuldig en degelijk, en geconcludeerd kan worden dat hij zich (wel) correct heeft opgesteld jegens zijn werknemers.

Het lijkt er echter op dat het HvJ EU geen ruimte ziet voor een dergelijke proportionaliteitstoets, ook gelet op zijn oordeel met betrekking tot de noodzakelijkheid van de Italiaanse regeling (voorwaarde c). Het HvJ EU oordeelt in dit verband ten eerste dat het definiëren van drempels (<5% en € 100) niet alleen de gelijke behandeling van inschrijvers garandeert, maar ook de rechtszekerheid. Ten tweede betreffen de drempels een versoepeling ten opzichte van de uitsluitingsgrond uit art. 45 lid 2 sub e Richtlijn 2004/18, die immers geen drempels kent. Nu de uitwerking van deze facultatieve uitsluitingsgrond is overgelaten aan de lidstaten, die de criteria van die grond kunnen verlichten of ver-

soepelen, en daarvan hier sprake is, gaat de Italiaanse regeling niet verder dan nodig is, aldus het HvJ EU. Het HvJ EU acht de Italiaanse regeling dus toelaatbaar.

Dit arrest is niet het eerste waarin het HvJ EU zich uitlaat over de verenigbaarheid van een in nationaal recht opgenomen uitsluitingsgrond of uitsluitingsmaatregel. Eerdere arresten over dit onderwerp zijn bijvoorbeeld *Michaniki* (zaak C-213/07), *Assitur* (zaak C-538/07) en *Forposta* (zaak C-465/11). In laatstgenoemde drie arresten kwam het HvJ EU tot het oordeel dat de daar aan de orde zijnde uitsluitingsgronden en uitsluitingsmaatregelen zich *niet* verhielden tot het evenredigheidsbeginsel. Reden daarvoor was dat die gronden en maatregelen een systematische uitsluiting voorschreven van inschrijvers, als gevolg waarvan de aanbestedende dienst of de inschrijver geen mogelijkheid had de omstandigheden van het geval in beschouwing te nemen. In het voorliggende geval verleent het HvJ EU daarentegen *wel* goedkeuring aan de systematische uitsluiting van inschrijvers. Het HvJ EU lijkt die beslissing aldus uit te leggen, dat art. 45 lid 2 sub e van de richtlijn reeds zou toestaan dat inschrijvers die hun sociale zekerheidsbijdragen niet hebben voldaan, systematisch worden uitgesloten, zonder dat daarbij enige drempel in acht behoeft te worden genomen.

Naar mijn mening staat Richtlijn 2004/18/EG een systematische uitsluiting (in geval van de toepassing van een facultatieve uitsluitingsgrond) echter niet toe (maar mogelijk heeft het HvJ EU dit ook niet zo bedoeld). In alle gevallen zou de uitsluiting van een inschrijver namelijk uit twee stappen behoren te bestaan. Stap 1 betreft de vaststelling door de aanbestedende dienst of een facultatieve uitsluitingsgrond op een inschrijver van toepassing is. Bij stap 2 overweegt de aanbestedende dienst of hij overgaat tot uitsluiting van de inschrijver, in welk verband hij de proportionaliteit van de concrete uitsluiting in beschouwing neemt (de zogenaamde proportionaliteitstoets). Is uitsluiting in het betreffende geval niet disproportioneel, dan kan hij rechtmatig overgaan tot uitsluiting.

Het Gerechtshof Den Haag heeft voornoemde tweestapstoets vorig jaar bevestigd in het kader van de Valys-aanbesteding (3 september 2013,

² Zie bijvoorbeeld HvJ EU 11 december 2007, zaak C-438/05.

³ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 21 september 1999, zaak C-124/97.

«JAAN» 2013/172); volgens het gerechtshof mag uitsluiting volgens (in elk geval) het Nederlandse aanbestedingsrecht geen automatisme zijn.

Ook de nieuwe Europese richtlijn voor overheidsopdrachten (2014/24/EU) bepaalt (expliciet dan Richtlijn 2004/18/EG) dat de aanbestedende diensten, bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, bijzondere aandacht dienen te schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden, aldus overweging 101 van de considerans. Overigens is de uitsluitingsgrond ten aanzien van de betaling van socialezekerheidsbijdragen in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn gewijzigd; deze is nu een verplichte geworden. Lidstaten kunnen evenwel voorzien in een afwijking van de verplichte uitsluiting, bijvoorbeeld wanneer uitsluiting kennelijk onevenredig zou zijn, met name wanneer slechts kleine bedragen niet zijn betaald (zie art. 57 lid 2 en 3).

Resumerend: in dit arrest wijkt het HvJ EU af van eerdere arresten over dit onderwerp, van de considerans bij de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn en van het standpunt van de verwijzende Italiaanse rechter dat uitsluiting onevenredig is in gevallen waarin slechts een gering bedrag niet is betaald, zoals hier aan de orde (€ 278). Dat betekent naar mijn mening echter nog niet dat daarmee de proportionaliteitstoets in het vervolg categorisch is verboden. Nog daargelaten dat het HvJ EU zich in dit arrest enkel heeft uitgelaten over de facultatieve uitsluitingsgrond die ziet op socialezekerheidsbijdragen (zoals uitgewerkt in Italiaans recht), zal een Nederlandse aanbestedende dienst op grond van art. 2.88 sub c Aanbestedingswet 2012 de proportionaliteit van een uitsluiting in beschouwing kunnen blijven nemen. Gelukkig maar!

C.H. van Hulsteijn
Advocaat bij CMS Derks Star Busmann