



HvJ EU, 19 mei 2009. Assitur

Zaak C-538/07. In deze zaak kwam de vraag naar voren of een lidstaat in nationale regelgeving andere uitsluitingsgronden mag opnemen dan die in de aanbestedingsrichtlijnen staan. De KvK van Milaan had een openbare aanbesteding uitgeschreven voor het verzorgen van koeriersdiensten. Volgens Italiaanse wetgeving mogen ondernemingen die een afhankelijkheidsrelatie tot elkaar hebben, niet tegelijk aan een aanbesteding deelnemen.

SDA, Poste Italiane en Assitur werden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. Assitur verzocht de KvK om SDA en Poste Italiane uit te sluiten vanwege de banden tussen deze vennootschappen. Het maatschappelijk kapitaal van SDA was volledig in handen van Attività, die weer geheel in het bezit was van Poste Italiane. Volgens de KvK is de mededinging niet geschonden, de opdracht wordt aan SDA gegund.

Assitur stapt naar de rechter, die zich afvraagt of de Italiaanse regel in strijd is met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder art. 29 richtlijn 92/50 (nu richtlijn 2004-18). Hierin is een lijst opgenomen met uitsluitingsgronden, waarin ondernemingen met een afhankelijkheidsrelatie niet zijn opgenomen. Volgens de rechter drukt de Italiaanse regel het beginsel van vrije mededinging uit, omdat het een collusie tussen ondernemingen in een aanbestedingsprocedure probeert te voorkomen. De rechter vraagt het Hof of de lijst met uitsluitingsgronden uitputtend is.

Hof

Volgens het Hof zijn er zeven uitsluitingsgronden (art. 29 richtlijn 92-50). In de huidige richtlijn 2004/18 is dat art. 45. De gronden hebben betrekking op de professionele kwaliteiten van de ondernemer. In beginsel is deze opsomming limitatief.

Echter, volgens het Hof staat art. 29 er niet aan in de weg dat een lidstaat andere uitsluitingsgronden vaststelt die de beginselen van gelijke behandeling en transparantie beogen te waarborgen. Voorwaarde is wel dat dit niet verder gaat dan noodzakelijk is. Dit mag niet verder gaan dan noodzakelijk.

Evenredigheid

Als ondernemingen met een afhankelijkheidsrelatie concurrerende offertes indienen, moeten Italiaanse aanbestedende diensten deze ondernemingen uitsluiten. Elke mogelijke collusie tussen inschrijvers wordt uitgesloten. Deze regel heeft duidelijk tot doel gelijke behandeling en transparantie te waarborgen. Deze regel mag niet verder gaan dan noodzakelijk en moet worden getoetst aan het evenredigheidsbeginsel.

Deze regeling gaat voorbij aan het evenredigheidsbeginsel. Ondernemingen hebben niet de kans om aan te tonen dat, ondanks hun afhankelijkheidsrelatie, de transparantie en mededinging niet worden geschonden. Verbonden ondernemingen kunnen afspreken apart te offeren. Het uitsluiten van ondernemingen zonder voorafgaand onderzoek is disproportioneel. Pas wanneer uit onderzoek blijkt dat er sprake is van een dergelijke invloed, kunnen ondernemingen worden uitgesloten.

Een absoluut verbod van deelneming voor verbonden ondernemingen gaat in tegen het gemeenschapsrecht, omdat de mededinging aanzienlijk wordt verminderd. De Italiaanse regeling gaat verder dan noodzakelijk en is daarom in strijd met het evenredigheidsbeginsel.