

**JAAAN 2016/109 HvJ EU, 07-04-2016, C-324/14 Beroep op derden/onderaannemers, Wijziging inschrijving, Elektronische veiling, Uitleg art. 48 Richtlijn 2004/18**

Publicatie	JAAAN 2016 afl. 4
Publicatiedatum	22 juni 2016
College	HvJ EU
Uitspraakdatum	07 april 2016
Rolnummer	C-324/14 LJN
Rechter(s)	mr. Tizzano mr. Biltgen mr. Levits mr. Berger mr. Rodin
Partijen	Partner Apelski Dariusz tegen Zarząd Oczyszczania Miasta, in tegenwoordigheid van: Remondis sp. z o.o., MR Road Service sp. z o.o.,
Noot	mr. dr. A.J. van Heeswijck
Trefwoorden	Beroep op derden/onderaannemers, Wijziging inschrijving, Elektronische veiling, Uitleg art. 48 Richtlijn 2004/18,
Regelgeving	Richtlijn 2004/18/EU - 2 Richtlijn 2004/18/EU - 48 lid 2 en 3 Richtlijn 2004/18/EU - 54 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU

### Samenvatting

Dit arrest betreft een verzoek om een prejudiciële beslissing, bestaande uit tien vragen, dat is ingediend in het kader van een geding tussen Partner Apelski Dariusz (hierna: 'Partner') en Zarząd Oczyszczania Miasta (stedelijke reinigingsdienst; hierna: 'reinigingsdienst van de stad Warschau') over de uitsluiting van Partner van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht voor de algehele mechanische reiniging van de straten van de stad Warschau (Polen) voor de jaren 2014 tot en met 2017.

### Vraag 1-3, 5 en 6

Met zijn eerste tot en met derde, vijfde en zesde vraag, die samen worden onderzocht, verzoekt de verwijzende rechter kort gezegd vast te stellen aan welke voorwaarden voldaan moet zijn wil een ondernemer zich beroepen op de draagkracht van andere entiteiten in de zin van art. 48 lid 3 Richtlijn 2004/18, en te verduidelijken welke concrete vorm de terbeschikkingstelling van de nodige middelen door die entiteiten en derhalve de eventuele deelname van die entiteiten aan de uitvoering van de betrokken opdracht moeten aannemen.

Een inschrijver is vrij om banden aan te knopen met de entiteiten op de draagkracht waarvan hij zich beroept en de juridische aard van die banden te kiezen, maar hij moet aantonen dat hij werkelijk beschikt over de niet aan hemzelf toebehorende middelen. De bepalingen van richtlijn 2004/18 verzetten zich er niet tegen dat dit recht van de inschrijver in uitzonderlijke omstandigheden wordt beperkt. Het is niet uitgesloten dat de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht noodzakelijke bekwamheden waarover een derde entiteit beschikt, gelet op de aard en de doelstellingen van een bepaalde opdracht, in

bijzondere omstandigheden niet kunnen worden overgedragen aan de inschrijver.

In casu twijfelt de verwijzende rechter eraan of de bekwaamheden van de derde entiteit (PUM) naar behoren kunnen worden overgedragen aan Partner. Gelet op het voorwerp en de doelstellingen van de opdracht kan niet worden uitgesloten dat de voorgenomen deelname van PUM niet toereikend kan worden geacht om te garanderen dat de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen werkelijk ter beschikking van Partner worden gesteld. Bijgevolg moet de verwijzende rechter, rekening houdend met alle concrete omstandigheden van de opdracht, nagaan of die terbeschikkingstelling kan plaatsvinden overeenkomstig de in die rechtspraak geformuleerde vereisten.

#### Vraag 4

Moeten art. 48 lid 2 en 3 Richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek uitdrukkelijk nauwkeurige regels kan vaststellen volgens welke een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten kan beroepen?

Zoals bij de vorige vragen werd overwogen, kan de uitoefening van het recht zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten worden beperkt in uitzonderlijke omstandigheden. De aanbestedende dienst moet zich er dan van vergewissen dat de door hem vastgestelde regels verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van die opdracht. Door dat vereiste kan overigens worden gewaarborgd dat de door de aanbestedende dienst vastgestelde regels in overeenstemming zijn met het transparantiebeginsel, terwijl ondernemers de mogelijkheid wordt gelaten om de aanbestedende dienst alternatieve wijzen van beroep op de draagkracht van andere entiteiten voor te stellen die garanderen dat die draagkracht werkelijk ter beschikking wordt gesteld.

#### Vraag 7

Moeten de in art. 2 Richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst na de opening van de in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht ingediende inschrijvingen het verzoek aanvaardt van een ondernemer die een inschrijving voor de gehele opdracht heeft ingediend, om zijn inschrijving slechts bij de gunning van bepaalde delen van die opdracht in aanmerking te nemen?

Art. 2 Richtlijn 2004/18 staat er niet aan in de weg dat de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten. Daartoe moet de aanbestedende dienst zich met name ervan vergewissen dat het verzoek om een inschrijving toe te lichten, niet ertoe leidt dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient. Bovendien moet de aanbestedende dienst de gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen.

In dit geval heeft Partner in antwoord op een verzoek om toelichting de reinigingsdienst van de stad Warschau gevraagd om, indien die de bewezen ervaring ontoereikend zou achten, de middelen die zij voor elk van de acht delen van de in het hoofdeding aan de orde zijnde opdracht had aangevoerd, volgens een bepaalde rangorde toe te wijzen. Op deze manier zou een eventuele afwijzing geen betrekking hebben op de gehele opdracht, maar alleen op de percelen waarvoor niet was voldaan aan de voorwaarden. Dit betreft geen eenvoudige gerichte precisering of een correctie van kennelijke materiële fouten, maar een aanzienlijke wijziging die veeleer op de indiening van een nieuwe inschrijving lijkt.

#### Vraag 8 en 9

Met zijn achtste en negende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in art. 2 Richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers aldus moeten worden uitgelegd dat zij vereisen dat een elektronische veiling voor de deelname waaraan een ondernemer die een aan de eisen beantwoordende inschrijving heeft ingediend, niet is uitgenodigd, wordt geannuleerd en opnieuw wordt begonnen, ook al kan niet worden vastgesteld dat de deelname van de uitgesloten ondernemer de uitkomst van de veiling zou hebben gewijzigd.

Wanneer een inschrijver een aan de eisen beantwoordende inschrijving indient en voldoet aan de criteria van de aankondiging van de opdracht, moet de aanbestedende dienst volgens art. 54 lid 4 Richtlijn 2004/18 waarborgen dat die inschrijver het recht

kan uitoefenen om in voorkomend geval aan de elektronische veiling deel te nemen. Bijgevolg moet de aanbestedende dienst, wanneer een dergelijke inschrijver niet is uitgenodigd om deel te nemen aan die veiling, ingevolge de in art. 2 Richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie die veiling annuleren en opnieuw beginnen.

## Vraag 10

Kunnen de bepalingen van richtlijn 2004/18 worden uitgelegd in het licht van de bepalingen van richtlijn 2014/24, ook al is de omzettingstermijn van deze laatste richtlijn nog niet verstreken, voor zover de bepalingen van richtlijn 2014/24 niet in strijd zijn met de bepalingen van richtlijn 2004/18? Het gaat in het bijzonder om de vraag of bij de uitleg van art. 48 lid 3 Richtlijn 2004/18 rekening moet worden gehouden met de inhoud van art. 63 lid 1 Richtlijn 2014/24, dat de met dit art. 48 overeenstemmende bepaling is.

Het recht van een ondernemer om zich voor een overheidsopdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, is in art. 63 Richtlijn 2014/24 ingrijpend gewijzigd. Die bepaling van Richtlijn 2014/24 kan daarom niet worden gebruikt als criterium voor de uitlegging van art. 48 lid 3 Richtlijn 2004/18, aangezien het er in casu niet om gaat twijfel weg te nemen over de uitlegging van de inhoud van deze laatste bepaling. Een andere zienswijze zou in zekere zin het risico inhouden dat ten onrechte wordt vooruitgelopen op de toepassing van een nieuwe rechtsregeling, die verschillend is van de bij Richtlijn 2004/18 ingestelde rechtsregeling, en zou in strijd zijn met het beginsel van rechtszekerheid voor ondernemers.

## Uitspraak

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 2, 44 en 48, lid 3, 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).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Partner Apelski Dariusz (hierna: „Partner”) en Zarząd Oczyszczania Miasta (stedelijke reinigingsdienst; hierna: „reinigingsdienst van de stad Warschau”) over de uitsluiting van Partner van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht voor de algehele mechanische reiniging van de straten van de stad Warschau (Polen) voor de jaren 2014 tot en met 2017.

### *Toepasselijke bepalingen*

#### *Unierecht*

Richtlijn 2004/18

3 In overweging 46 van richtlijn 2004/18 staat te lezen:

„De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Derhalve mogen slechts twee gunningscriteria worden toegepast, namelijk het criterium van de ‚laagste prijs’ en het criterium van de ‚economisch voordeligste inschrijving’.

Teneinde de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van opdrachten te waarborgen, moet worden voorzien in de door de jurisprudentie bevestigde verplichting om de nodige transparantie te garanderen teneinde iedere inschrijver de mogelijkheid te bieden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving. [...]”

4 Artikel 2 van die richtlijn, „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, luidt:

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

5 Artikel 44 van die richtlijn, „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten”, bepaalt:

„1. Opdrachten worden gegund op basis van de in [de] artikel[en] 53 en 55 bepaalde criteria, rekening houdend met artikel 24, nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de niet ingevolge de artikelen 45 en 46 uitgesloten ondernemers hebben

gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52, en, in voorkomend geval, de niet discriminerende criteria als bedoeld in lid 3.

2. De aanbestedende diensten kunnen minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig de artikelen 47 en 48 stellen waaraan de gegadigden en de inschrijvers moeten voldoen.

De in de artikelen 47 en 48 bedoelde inlichtingen en de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Deze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.

[...]"

6 Artikel 47, lid 2, van richtlijn 2004/18, „Economische en financiële draagkracht”, luidt:

„Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere lichamen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die lichamen. In dat geval moet hij bij de aanbestedende dienst aantonen dat hij werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van die lichamen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis daartoe van deze lichamen.”

7 Artikel 48 van die richtlijn, „Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid”, bepaalt:

„1. De technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemers worden beoordeeld en gecontroleerd overeenkomstig de leden 2 en 3.

2. De technische bekwaamheid van de ondernemer kan op een of meer van de volgende manieren worden aangetoond, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

a) [...]

ii) aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. [...]

[...]

[...]

3. Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen.

[...]"

8 Artikel 51 van richtlijn 2004/18, „Aanvullende documentatie en inlichtingen”, luidt:

„De aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten.”

9 Artikel 54 van die richtlijn, „Gebruik van elektronische veilingen”, bepaalt:

„1. De lidstaten kunnen voorzien in de mogelijkheid dat de aanbestedende diensten elektronische veilingen houden.

[...]

4. Alvorens over te gaan tot de elektronische veiling, verlenen de aanbestedende diensten een eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen aan de hand van het/de gunningscriterium/a en de weging daarvan zoals die zijn vastgesteld.

Alle inschrijvers die een aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben gedaan, worden tegelijkertijd langs elektronische weg uitgenodigd om nieuwe prijzen en/of nieuwe waarden in te dienen; [...]

[...]

8. Na de sluiting van de elektronische veiling gunnen de aanbestedende diensten de opdracht overeenkomstig artikel 53, op basis van de resultaten van de elektronische veiling.

De aanbestedende diensten mogen geen misbruik maken van de methode van de elektronische veiling, noch mogen zij de methode gebruiken om concurrentie te beletten, te beperken of te vervalsen of om wijzigingen aan te brengen in het voorwerp van de opdracht zoals omschreven in de aankondiging van de opdracht en vastgelegd in het bestek.”

Richtlijn 2014/24/EU

10 In overweging 2 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 (PB L 94, blz. 65) staat te lezen:

„[...] de bestaande aanbestedingsregels, die zijn vastgesteld krachtens [...] richtlijn 2004/18/EG [...] [moeten] worden herzien en gemoderniseerd met het oog op een doelmatiger besteding van overheidsmiddelen, in het bijzonder door de deelneming van het midden- en kleinbedrijf (mkb) aan overheidsopdrachten te bevorderen [...] Ook moeten basisbegrippen en -concepten worden verduidelijkt met het oog op de rechtszekerheid en om een aantal aspecten van de vaste rechtspraak dienaangaande van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de wetgeving op te nemen.”

11 Artikel 63 van richtlijn 2014/24, „Beroep op de draagkracht van andere entiteiten”, bepaalt:

„1. Met betrekking tot de in artikel 58, lid 3, bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan een ondernemer zich, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. Wat betreft de criteria inzake de onderwijs- en beroepskwalificaties in bijlage XII, deel II, onder f), of inzake de relevante beroepservaring, mogen ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde[n] de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, [zullen] verrichten. Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, toont hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aan dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten.

[...]

2. In het geval van opdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor diensten kunnen aanbestedende diensten eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht [...].”

12 Artikel 90, lid 1, van die richtlijn bepaalt:

„De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 18 april 2016 aan deze richtlijn te voldoen. [...]”

*Pools recht*

13 Richtlijn 2004/18 is in Pools recht omgezet bij de aanbestedingswet (Dz. U. 2013, volgnummers 907, 984, 1047 en 1473, en Dz. U. 2014, volgnummer 423).

14 Artikel 26, lid 2b, van de aanbestedingswet bepaalt:

„De ondernemer kan zich beroepen op de vakkennis en de ervaring, de technische bekwaamheid en het ter uitvoering van de opdracht geschikte personeel of de financiële draagkracht van andere ondernemingen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die ondernemingen. In dat geval moet de ondernemer ten opzichte van de opdrachtgever aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, inzonderheid door overlegging van een schriftelijke verbintenis van deze ondernemingen om de ondernemer voor de duur van de uitvoering van de opdracht de nodige middelen ter beschikking te stellen [...]”

15 Artikel 83, leden 2 en 3, van de aanbestedingswet luidt:

„2. De opdrachtgever kan de mogelijkheid bieden deelinschrijvingen in te dienen, indien de opdracht deelbaar is.

3. In het in lid 2 bedoelde geval kan de ondernemer deelinschrijvingen indienen voor een of meer percelen, tenzij de opdrachtgever een maximumaantal percelen bepaalt waarvoor iedere ondernemer deelinschrijvingen kan indienen."

16 Artikel 91b, lid 1, van de aanbestedingswet luidt:

„Alle ondernemers die een niet afgewezen inschrijving hebben ingediend, worden door de aanbestedende dienst langs elektronische weg uitgenodigd om deel te nemen aan een elektronische veiling."

17 Artikel 93, lid 1, punt 7, van de aanbestedingswet luidt:

„De opdrachtgever annuleert de procedure voor het plaatsen van de opdracht indien [...] de procedure aangetast is door een gebrek dat niet kan worden hersteld en in de weg staat aan de sluiting van een overeenkomst voor de uitvoering van de overheidsopdracht die niet nietig kan worden verklaard."

18 § 1, lid 6, van het besluit van de voorzitter van de ministerraad van 19 februari 2013 betreffende de stukken die de opdrachtgever van de ondernemer kan verlangen, en betreffende de vorm waarin deze stukken kunnen worden ingediend (Dz. U. 2013, volgnummer 231) luidt:

„Wanneer de ondernemer zich overeenkomstig de in artikel 26, lid 2b, van de [aanbestedingswet] vastgestelde regels beroept op de draagkracht van andere ondernemers om aan te tonen dat hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 22, lid 1, van de [aanbestedingswet], kan de opdrachtgever met het oog op de beoordeling van de vraag of de ondernemer voldoende gebruik zal kunnen maken van de middelen van de andere ondernemers om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren, en of de relatie tussen de ondernemer en de andere ondernemers garandeert dat hij daadwerkelijk hun middelen zal kunnen aanwenden, verzoeken om:

1) voor de in artikel 22, lid 1, punt 4, van de [aanbestedingswet] bedoelde voorwaarden de documenten over te leggen die zijn opgesomd in lid 1, punten 9 tot en met 11, alsook andere documenten betreffende de economische en financiële draagkracht zoals bedoeld in de aankondiging van de opdracht of het bestek;

2) documenten over te leggen, met name betreffende:

a) de omvang van de middelen van de andere ondernemers die ter beschikking staan van de ondernemer;

b) de wijze waarop de ondernemer bij de uitvoering van de opdracht gebruik zal maken van de middelen van de andere ondernemers;

c) de aard van de verhouding die tussen de ondernemer en de andere ondernemers zal worden gevestigd;

d) de mate waarin de andere ondernemers zullen meewerken aan de uitvoering van de opdracht, alsook de duur van hun medewerking."

### ***Hoofdgeding en prejudiciële vragen***

19 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de reinigingsdienst van de stad Warschau in december 2013 een procedure is gestart voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor de algehele mechanische reiniging van de straten van de stad Warschau in de winter en in de zomer van 2014 tot en met 2017. De winterreiniging waarop deze opdracht betrekking heeft, bestaat voornamelijk in het voorkomen en het doen verdwijnen van ijzel door het strooien van zout en het gebruik van sneeuwruimers op bepaalde categorieën stadswegen. De zomerreiniging bestaat in het schoonvegen en het met water schoonmaken van de wegen.

20 De reinigingsdienst van de stad Warschau heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure die wordt afgesloten met een elektronische veiling. De opdracht is verdeeld in acht delen, die overeenkomen met verschillende wijken van de stad Warschau, zodat iedere inschrijver een inschrijving voor de gehele opdracht dan wel een deelinschrijving kan indienen.

21 Zoals was voorzien in het bestek, moest iedere inschrijver om zijn technische bekwaamheid aan te tonen, een lijst overleggen van de diensten van wegonderhoud in de winter waarbij de natzouttechnologie werd toegepast en die waren verricht in de drie jaar voorafgaand aan het verstrijken van de termijn voor de indiening van de inschrijving. Die diensten moesten een waarde hebben van in totaal ten minste 1 000 000 Poolse zloty (PLN) (ongeveer 224 442 EUR) voor elk van de acht delen van de betrokken opdracht. Om een inschrijving voor de gehele opdracht in te dienen, moest een inschrijver derhalve aantonen dat hij diensten voor een bedrag van ten minste 8 000 000 PLN (ongeveer 1 795 537 EUR) had verricht.

22 Na de bekendmaking van de uitnodiging tot inschrijving in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft Partner zich als gegadigde voor de gehele opdracht opgegeven, waarbij zij aanvoerde dat zij in de drie voorafgaande jaren veertien diensten had aangeboden, waarvan zij er twaalf zelf had uitgevoerd en twee waren uitgevoerd door PUM sp. z o.o. (hierna: „PUM”), een onderneming die gevestigd is te Grudziadz (Polen), een stad op ongeveer 230 km van Warschau.

23 Bovendien heeft zij aan haar inschrijving een verklaring van PUM gehecht waarin deze laatste zich ertoe verbond om haar bekwaamheden ter beschikking van Partner te stellen, met name door het verrichten van adviesdiensten, waaronder de opleiding van de werknemers van Partner en hulp bij het oplossen van problemen die zich bij de uitvoering van de betrokken opdracht konden voordoen. Partner heeft voorts benadrukt dat die samenwerking voor de uitvoering van die opdracht moest worden geregeld in een overeenkomst tussen de twee ondernemingen.

24 Op 26 februari 2014 heeft de reinigingsdienst van de stad Warschau Partner verzocht om te verduidelijken welke activiteiten PUM zou uitoefenen en welke invloed die activiteiten op de kwaliteit en de doeltreffendheid van de op het grondgebied van Warschau verrichte diensten zouden kunnen hebben, gelet op met name de afstand tussen Grudziadz en Warschau.

25 Aangezien de reinigingsdienst van de stad Warschau niet tevreden was met het antwoord van Partner en van mening was dat de kennis en de ervaring van PUM niet ter beschikking zouden kunnen worden gesteld doordat die vennootschap niet persoonlijk en werkelijk aan de uitvoering van de betrokken opdracht zou deelnemen, heeft die dienst bij brief van 11 maart 2014 Partner verzocht om haar dossier dienaangaande te vervolledigen.

26 Hoewel Partner in haar antwoord van 18 maart 2014 de zienswijze van de reinigingsdienst van de stad Warschau aanvocht, heeft zij verzocht om haar inschrijving in aanmerking te nemen bij de gunning van elk van de acht delen van die opdracht volgens een bepaalde rangorde.

27 De reinigingsdienst van de stad Warschau heeft de inschrijving van Partner niettemin volledig afgewezen en de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht beëindigd na het houden van een elektronische veiling.

28 Derhalve heeft Partner bij de Krajowa Izba Odwolawcza beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beslissing waarbij zij is uitgesloten van de betrokken procedure voor het plaatsen van de opdracht, en van de beslissing waarbij de voordeligste inschrijving voor de verschillende delen van die opdracht is gekozen. Zij heeft bovendien gevraagd om de in die procedure ingediende inschrijvingen opnieuw te onderzoeken en om te worden toegelaten tot een nieuwe elektronische veiling.

29 In de context van dat beroep heeft de Krajowa Izba Odwolawcza de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Kan artikel 48, lid 3, juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat de zinsnede dat een ondernemer zich ‚in voorkomend geval’ kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ziet op elke situatie waarin een ondernemer niet beschikt over de door de aanbestedende dienst vereiste kwalificaties en zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen? Of moet de zinsnede dat een ondernemer zich enkel ‚in voorkomend geval’ op de middelen van andere entiteiten kan beroepen, worden opgevat als een beperking, op grond waarvan een dergelijk beroep enkel bij wijze van uitzondering toelaatbaar is en niet de regel is bij het aantonen van de kwalificaties van ondernemers in de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht?

2) Kan artikel 48, lid 3, juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat het beroep van een ondernemer op de draagkracht van andere entiteiten wat betreft vakkennis en ervaring ‚ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten’ en het ‚beschikken over de [...] middelen’ van die entiteiten betekent dat de ondernemer tijdens de uitvoering van de opdracht geen banden of slechts zeer losse of onbepaalde banden met deze entiteiten hoeft te hebben, dat wil zeggen dat hij de opdracht zelfstandig (zonder deelneming van een andere entiteit) kan uitvoeren of deze deelneming kan bestaan in advisering, consultancy, training en dergelijke? Of moet artikel 48, lid 3, aldus worden uitgelegd dat een entiteit op de draagkracht waarvan een ondernemer zich beroept, daadwerkelijk en persoonlijk de opdracht moet uitvoeren in de omvang waarin haar draagkracht is opgegeven?

3) Kan artikel 48, lid 3, juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat een ondernemer die weliswaar over ervaring beschikt, maar minder dan hij tegenover een opdrachtgever wil opgeven (bijvoorbeeld onvoldoende om een inschrijving in te dienen voor alle percelen van de opdracht), zich daarnaast kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten om zijn positie in de procedure te verbeteren?

4) Kan artikel 48, lid 3, juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat een opdrachtgever in de aankondiging van de opdracht of in het bestek de regels kan (of zelfs moet) neerleggen krachtens welke de ondernemer zich kan beroepen op

de draagkracht van andere entiteiten, bijvoorbeeld hoe de andere entiteit bij de uitvoering van de opdracht betrokken moet zijn, in hoeverre de kwalificaties van de ondernemer en de andere entiteit opgeteld kunnen worden en of de andere entiteit hoofdelijk aansprakelijk is voor de behoorlijke uitvoering van de opdracht in de omvang waarin de ondernemer zich op haar draagkracht heeft beroepen?

5) Laat het in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers toe dat de draagkracht wordt opgeteld van twee of meer entiteiten waarop een ondernemer zich in de zin van artikel 48, lid 3, beroept en die elk voor zich niet beschikken over de draagkracht in de zin van vakkennis en ervaring die de aanbestedende dienst vereist?

6) Laat het in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers toe dat de artikelen 44 en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat de door de aanbestedende dienst gestelde voorwaarden voor de deelneming aan de procedure met het oog daarop louter formeel hoeven te worden vervuld, onafhankelijk van de daadwerkelijke kwalificaties van de ondernemer?

7) Laat het in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer, ingeval het mogelijk is een deelinschrijving in te dienen, na de indiening van de inschrijvingen aangeeft, bijvoorbeeld door een aanvulling of toelichting op de documenten, op welk perceel de middelen betrekking hebben die hij heeft opgegeven als bewijs dat hij aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure voldoet?

8) Laten het in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel toe dat een veiling ongeldig wordt verklaard en een elektronische veiling wordt herhaald ingeval deze op wezenlijke punten onregelmatig is verlopen, bijvoorbeeld omdat niet alle ondernemers die een aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben ingediend, daarvoor waren uitgenodigd?

9) Laten het in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel toe dat de opdracht wordt gegund aan een ondernemer wiens inschrijving is geselecteerd in een dergelijke veiling zonder herhaling, indien niet kan worden vastgesteld of de deelneming van de niet in aanmerking genomen ondernemer van invloed zou zijn geweest op de uitslag?

10) Kan bij de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/18 gebruik worden gemaakt van de inhoud van de bepalingen en de considerans van richtlijn 2014/24, hoewel de termijn voor de omzetting ervan nog niet is verstreken, voor zover daarin bepaalde aannames en bedoelingen van de Uniewetgever worden verduidelijkt en zij niet in strijd is met de bepalingen van richtlijn 2004/18?"

### ***Beantwoording van de prejudiciële vragen***

#### *Eerste tot en met derde, vijfde en zesde vraag*

30 Met zijn eerste tot en met derde, vijfde en zesde vraag, die samen moeten worden onderzocht, verzoekt de verwijzende rechter in wezen vast te stellen aan welke voorwaarden voldaan moet zijn wil een ondernemer zich beroepen op de draagkracht van andere entiteiten in de zin van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, en te verduidelijken welke concrete vorm de terbeschikkingstelling van de nodige middelen door die entiteiten en derhalve de eventuele deelname van die entiteiten aan de uitvoering van de betrokken opdracht moeten aannemen.

31 Voor de beantwoording van die vragen moet vooraf eraan worden herinnerd dat het volgens artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 aan de aanbestedende dienst staat om de geschiktheid van de gegadigden of de inschrijvers te controleren op grond van de in de artikelen 47 tot en met 52 van die richtlijn genoemde criteria.

32 Bovendien kan de aanbestedende dienst ingevolge artikel 44, lid 2, van die richtlijn eisen dat ondernemers voldoen aan minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht alsook technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid overeenkomstig de artikelen 47 en 48 van die richtlijn.

33 Volgens vaste rechtspraak heeft iedere ondernemer krachtens de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 het recht om zich voor een welbepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, „ongeacht de [...] aard van zijn banden met die entiteiten”, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijk middelen van die entiteiten (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punten 29 en 33).

34 Die uitlegging strookt met het doel overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, dat de



richtlijnen op dit gebied niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven, maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten. Bovendien vergemakkelijkt die uitlegging de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten, wat ook beoogd wordt met richtlijn 2004/18, zoals blijkt uit overweging 32 van die richtlijn (arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 Bijgevolg vormt het in de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van die richtlijn neergelegde recht, gelet op het belang ervan in de Unieregeling inzake overheidsopdrachten, een algemene regel waarmee aanbestedende diensten rekening moeten houden bij de uitoefening van hun bevoegdheid tot controle van de geschiktheid van de inschrijver om een bepaalde opdracht uit te voeren.

36 De omstandigheid dat een ondernemer zich volgens artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 „in voorkomend geval” kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, kan bijgevolg niet aldus worden uitgelegd, zoals met name de verwijzende rechter lijkt te suggereren, dat een ondernemer zich slechts bij wijze van uitzondering kan beroepen op de draagkracht van derde entiteiten.

37 Evenwel moet in de eerste plaats worden benadrukt dat de inschrijver weliswaar vrij is om banden aan te knopen met de entiteiten op de draagkracht waarvan hij zich beroept en de juridische aard van die banden te kiezen, maar moet aantonen dat hij werkelijk beschikt over de niet aan hemzelf toebehorende middelen van die entiteiten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een bepaalde opdracht (zie in die zin arrest van 2 december 1999, Holst Italia, C 176/98, EU:C:1999:593, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 Derhalve kan een inschrijver zich volgens de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 niet beroepen op de draagkracht van andere entiteiten om louter formeel te voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde voorwaarden.

39 In de tweede plaats verzetten de bepalingen van richtlijn 2004/18, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, zich er niet tegen dat de uitoefening van het in de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van die richtlijn neergelegde recht in uitzonderlijke omstandigheden wordt beperkt (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punt 36).

40 Het is immers niet uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. In een dergelijke situatie zou de aanbestedende dienst derhalve mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of, in voorkomend geval – krachtens artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 – dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht (arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C 94/12, EU:C:2013:646, punt 35).

41 Voorts is het niet uitgesloten dat de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht noodzakelijke bekwaamheden waarover een derde entiteit beschikt, gelet op de aard en de doelstellingen van een bepaalde opdracht, in bijzondere omstandigheden niet kunnen worden overgedragen aan de inschrijver. In dergelijke omstandigheden kan de inschrijver zich derhalve slechts op die bekwaamheden beroepen indien de derde entiteit rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de betrokken opdracht.

42 In casu twijfelt de verwijzende rechter eraan of de bekwaamheden van PUM naar behoren kunnen worden overgedragen aan Partner, zodat de middelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht ter beschikking kunnen worden gesteld in de zin van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, aangezien die terbeschikkingstelling alleen in advies- en opleidingsactiviteiten zou bestaan, zonder rechtstreekse deelname van PUM aan de uitvoering van die opdracht.

43 In dit verband moet worden opgemerkt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht, die is beschreven in punt 19 van het onderhavige arrest, betrekking heeft op de algehele mechanische reiniging van de straten van de stad Warschau in zowel de winter als de zomer van vier opeenvolgende jaren.

44 Blijkens de verwijzingsbeslissing vergt in het bijzonder de winterreiniging specifieke vaardigheden, grondige kennis van de topografie van de stad Warschau en vooral het vermogen om onmiddellijk te reageren teneinde binnen een bepaalde tijd een bepaald niveau van onderhoud van de straten te bereiken.

45 Bovendien wordt bij het verrichten van die dienst een bijzondere technologie gebruikt waarvoor ervaring en een grote bekwaamheid vereist zijn, zonder welke het niet mogelijk is om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht op passende

wijze uit te voeren en tegelijkertijd gevaarlijke gevolgen voor het wegverkeer te voorkomen.

46 Bijgevolg is het voor de concrete uitvoering van die opdracht noodzakelijk ervaren personeel in te schakelen, waardoor het – met name door onmiddellijke waarneming van de toestand van het wegdek en metingen ter plaatse – mogelijk wordt om te anticiperen op of in ieder geval op passende wijze te voldoen aan de specifieke behoeften van die opdracht.

47 Gelet op het voorwerp en de doelstellingen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht kan niet worden uitgesloten dat de voorgenomen deelname van PUM, die alleen bestaat in advies- en opleidingsactiviteiten, niet toereikend kan worden geacht om te garanderen dat de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen werkelijk ter beschikking van Partner worden gesteld in de zin van de in punt 33 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak. Dat wordt des te meer gerechtvaardigd door de omstandigheid dat, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, PUM is gevestigd in de stad Grudziadz, op ongeveer 230 km van Warschau.

48 Bijgevolg moet de verwijzende rechter, rekening houdend met alle concrete omstandigheden van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht, nagaan of die terbeschikkingstelling kan plaatsvinden overeenkomstig de in die rechtspraak geformuleerde vereisten.

49 Gelet op alle voorgaande overwegingen moet op de eerste tot en met de derde, de vijfde en de zesde vraag worden geantwoord dat de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 juncto artikel 44, lid 2, van die richtlijn aldus moeten worden uitgelegd dat:

- zij het recht erkennen van iedere ondernemer om zich voor een welbepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de aard van zijn banden met die entiteiten, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die entiteiten, en
- het niet is uitgesloten dat de uitoefening van dat recht, gelet op het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken opdracht, in bijzondere omstandigheden kan worden beperkt. Dit is met name het geval wanneer de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke bekwaamheden waarover een derde entiteit beschikt, niet kunnen worden overgedragen aan de gegadigde of de inschrijver, zodat deze laatste zich slechts op die bekwaamheden kan beroepen indien die derde entiteit rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van die opdracht.

#### *Vierde vraag*

50 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 48, leden 2 en 3, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek uitdrukkelijk nauwkeurige regels kan vaststellen volgens welke een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten kan beroepen.

51 Voor de beantwoording van die vraag zij eraan herinnerd dat, zoals is opgemerkt in de punten 33 en 49 van het onderhavige arrest, de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 het recht erkennen van iedere ondernemer om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de betrokken opdracht noodzakelijke middelen van die entiteiten.

52 Daartoe moet de inschrijver weliswaar aantonen dat hij werkelijk beschikt over de niet aan hemzelf toebehorende middelen van die entiteiten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een bepaalde opdracht, maar hij is vrij om te kiezen welke juridische aard de banden hebben die hij wenst aan te knopen met de andere entiteiten op wier draagkracht of bekwaamheden hij zich beroept om die opdracht uit te voeren, en om te kiezen op welke wijze die banden kunnen worden aangetoond (arrest van 14 januari 2016, *Ostas celnieks*, C 234/14, EU:C:2016:6, punt 28).

53 Dientengevolge kan de aanbestedende dienst in beginsel geen uitdrukkelijke voorwaarden opleggen die in de weg kunnen staan aan de uitoefening van het recht van iedere ondernemer om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, met name door van tevoren de concrete regels vast te stellen volgens welke een beroep kan worden gedaan op de draagkracht van die andere entiteiten. Die vaststelling is des te onvermijdelijker daar het in de praktijk, zoals de Europese Commissie terecht opmerkt, voor de ondernemer moeilijk, zo niet onmogelijk, is alle mogelijke scenario's te voorzien waarin een beroep wordt gedaan op de draagkracht van andere entiteiten.

54 Zoals is erkend in antwoord op de eerste tot en met de derde, de vijfde en de zesde vraag, kan de uitoefening van dat recht, gelet op het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken opdracht, in bijzondere omstandigheden zoals die vermeld in de punten 39 tot en met 41 van het onderhavige arrest, niettemin worden beperkt.

55 In dergelijke omstandigheden kan niet meteen worden uitgesloten dat de aanbestedende dienst met het oog op de correcte uitvoering van de betrokken opdracht in de aankondiging van de opdracht of in het bestek uitdrukkelijk nauwkeurige regels kan vaststellen op grond waarvan een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten kan beroepen.

56 Wanneer de aanbestedende dienst beslist om van die mogelijkheid gebruik te maken, moet hij zich echter ervan vergewissen dat de door hem vastgestelde regels verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van die opdracht.

57 Door dat vereiste kan overigens worden gewaarborgd dat de door de aanbestedende dienst vastgestelde regels in overeenstemming zijn met het transparantiebeginsel, terwijl ondernemers de mogelijkheid wordt gelaten om de aanbestedende dienst alternatieve wijzen van beroep op de draagkracht van andere entiteiten voor te stellen die garanderen dat die draagkracht werkelijk ter beschikking wordt gesteld.

58 Derhalve moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 48, leden 2 en 3, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, gelet op het voorwerp en de doelstellingen van een bepaalde opdracht, met het oog op de correcte uitvoering van die opdracht in bijzondere omstandigheden in de aankondiging van de opdracht of in het bestek uitdrukkelijk nauwkeurige regels kan vaststellen volgens welke een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten kan beroepen, voor zover die regels verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van die opdracht.

#### *Zevende vraag*

59 Met zijn zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non discriminatie van ondernemers aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst na de opening van de in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht ingediende inschrijvingen het verzoek aanvaardt van een ondernemer die een inschrijving voor de gehele opdracht heeft ingediend, om zijn inschrijving slechts bij de gunning van bepaalde delen van die opdracht in aanmerking te nemen.

60 Voor de beantwoording van die vraag zij eraan herinnerd dat aanbestedende diensten volgens overweging 46 en artikel 2 van richtlijn 2004/18 ondernemers op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze moeten behandelen.

61 Zo vereisen de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie dat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Voorts heeft de transparantieplichting ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie in die zin arrest van 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C 42/13, EU:C:2014:2345, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 Bovendien verzetten de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie en de transparantieplichting zich, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Bijgevolg mag de aanbestedende dienst een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht (arrest van 10 oktober 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

63 Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat artikel 2 van richtlijn 2004/18 niet eraan in de weg staat dat de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten (arrest van 10 oktober 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 Daartoe moet de aanbestedende dienst zich met name ervan vergewissen dat het verzoek om een inschrijving toe te lichten, niet ertoe leidt dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, *Manova*, C 336/12, EU:C:2013:647, punt 36).

65 Bovendien moet de aanbestedende dienst in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid wat de mogelijkheid betreft om de gegadigden te verzoeken hun inschrijving nader toe te lichten, de gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen, zodat een verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de gegadigde of gegadigden tot wie dit verzoek was gericht (arrest van 10 oktober 2013, Manova, C 336/12, EU:C:2013:647, punt 37).

66 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, heeft de reinigingsdienst van de stad Warschau, omdat hij betwijfelde dat Partner beschikte over de middelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht, in casu die vennootschap na de indiening van haar inschrijving verzocht om de aard van de deelname van PUM aan de uitvoering van die opdracht nader aan te duiden.

67 In antwoord op dat verzoek om toelichting heeft Partner de reinigingsdienst van de stad Warschau gevraagd om, indien hij de bewezen ervaring ontoereikend zou achten, de middelen die zij voor elk van de acht delen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht had aangevoerd, volgens een bepaalde rangorde toe te wijzen, zodat een eventuele afwijzing geen betrekking zou hebben op de gehele opdracht, maar alleen op de percelen waarvoor niet was voldaan aan de voorwaarden.

68 Vaststaat dat een dergelijke mededeling waarbij een ondernemer na de opening van de inschrijvingen de aanbestedende dienst wijst op de rangorde van de delen van de betrokken opdracht volgens welke zijn inschrijving moet worden beoordeeld, helemaal geen eenvoudige gerichte precisering of een correctie van kennelijke materiële fouten in de zin van de in punt 63 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak inhoudt, maar in werkelijkheid een aanzienlijke wijziging vormt die veeleer op de indiening van een nieuwe inschrijving lijkt.

69 Bijgevolg mag de aanbestedende dienst een ondernemer niet de gelegenheid bieden om zijn oorspronkelijke inschrijving op die manier te preciseren, omdat dat in strijd zou zijn met de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers en de transparantieplichting die eruit voortvloeit, waaraan aanbestedende diensten krachtens artikel 2 van richtlijn 2004/18 zijn onderworpen (zie in die zin arrest van 6 november 2014, Cartiera dell'Adda, C 42/13, EU:C:2014:2345, punt 43).

70 Uit het voorgaande volgt dat op de zevende vraag moet worden geantwoord dat de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich in omstandigheden als in het hoofdgeding ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst na de opening van de in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht ingediende inschrijvingen het verzoek aanvaardt van een ondernemer die een inschrijving voor de gehele opdracht heeft ingediend, om zijn inschrijving slechts bij de gunning van bepaalde delen van die opdracht in aanmerking te nemen.

#### *Achtste en negende vraag*

71 Met zijn achtste en negende vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers aldus moeten worden uitgelegd dat zij vereisen dat een elektronische veiling voor de deelname waaraan een ondernemer die een aan de eisen beantwoordende inschrijving heeft ingediend, niet is uitgenodigd, wordt geannuleerd en opnieuw wordt begonnen, ook al kan niet worden vastgesteld dat de deelname van de uitgesloten ondernemer de uitkomst van de veiling zou hebben gewijzigd.

72 Volgens overweging 14 en artikel 1, lid 7, van richtlijn 2004/18 stelt het gebruik van elektronische veilingen de aanbestedende diensten in staat na de eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen de inschrijvers te verzoeken nieuwe, lagere prijsoffertes te doen, en wanneer de opdracht gegund wordt aan de inschrijver met de voordeligste inschrijving kunnen ook andere elementen van de inschrijvingen dan de prijs worden verbeterd.

73 Zoals in die overweging staat te lezen, vereist richtlijn 2004/18 in het kader van een dergelijke procedure uitdrukkelijk dat elektronische veilingen volledig in overeenstemming met de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie verlopen.

74 Daartoe voorziet artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/18 in het recht van alle inschrijvers die een aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben ingediend, om uitgenodigd te worden tot deelname aan de elektronische veiling om nieuwe prijzen en/of nieuwe waarden in te dienen.

75 Voorts bepaalt artikel 54, lid 8, tweede alinea, van die richtlijn uitdrukkelijk dat de aanbestedende diensten, wanneer zij beslissen om een elektronische veiling te organiseren, geen misbruik mogen maken van die methode, noch die methode mogen gebruiken om concurrentie te beletten, te beperken of te vervalsen of om wijzigingen aan te brengen in het voorwerp van de

opdracht zoals omschreven in de aankondiging van de opdracht en vastgelegd in het bestek.

76 Wanneer een inschrijver een aan de eisen beantwoordende inschrijving indient en derhalve voldoet aan de criteria van de aankondiging van de opdracht, moet de aanbestedende dienst volgens artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/18 bijgevolg waarborgen dat die inschrijver het recht kan uitoefenen om in voorkomend geval aan de elektronische veiling deel te nemen.

77 Bijgevolg moet de aanbestedende dienst, wanneer een dergelijke inschrijver niet is uitgenodigd om deel te nemen aan die veiling, zoals de advocaat generaal in punt 52 van zijn conclusie heeft opgemerkt, ingevolge de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie die veiling annuleren en opnieuw beginnen.

78 Deze conclusie is onvermijdelijk, ongeacht of de deelname van de uitgesloten ondernemer de uitkomst van de betrokken veiling zou hebben gewijzigd.

79 De uitoefening van het recht van de inschrijver om deel te nemen aan een elektronische veiling mag immers geenszins afhankelijk worden gesteld van de voorgestane uitkomst van die veiling en kan derhalve niet meteen worden uitgesloten op grond van hypothetische overwegingen van de aanbestedende dienst.

80 Met andere woorden, zoals ook de Krajowa Izba Odwoławcza opmerkt in haar verwijzingsbeslissing, kan a priori niet worden uitgesloten dat de ondernemer die niet mocht deelnemen aan de elektronische veiling, de voordeligste inschrijving zou hebben ingediend, zodat de door de aanbestedende dienst gemaakte fout noodzakelijkerwijs de annulering en de herhaling van de veiling ten gevolge heeft.

81 Derhalve moet op de achtste en de negende vraag worden geantwoord dat de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers aldus moeten worden uitgelegd dat zij vereisen dat een elektronische veiling voor de deelname waaraan een ondernemer die een aan de eisen beantwoordende inschrijving heeft ingediend, niet is uitgenodigd, wordt geannuleerd en opnieuw wordt begonnen, ook al kan niet worden vastgesteld dat de deelname van de uitgesloten ondernemer de uitkomst van de veiling zou hebben gewijzigd.

#### *Tiende vraag*

82 Met zijn tiende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van richtlijn 2004/18 kunnen worden uitgelegd in het licht van de bepalingen van richtlijn 2014/24, ook al is de omzettingstermijn van deze laatste richtlijn nog niet verstreken, voor zover de bepalingen van richtlijn 2014/24 niet in strijd zijn met de bepalingen van richtlijn 2004/18.

83 Voor de beantwoording van die vraag moet vooraf eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na dat moment is verstreken (arrest van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C 213/13, EU:C:2014:2067, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

84 In het hoofdgeding is de betrokken procedure voor het plaatsen van de opdracht bekendgemaakt op 24 december 2013, terwijl richtlijn 2014/24 pas op 26 februari 2014 is vastgesteld en de omzettingstermijn van die richtlijn volgens artikel 90 ervan in ieder geval op 18 april 2016 zal verstrijken.

85 Bijgevolg is richtlijn 2014/24 *ratione temporis* niet van toepassing op het hoofdgeding.

86 Indien richtlijn 2014/24, waarbij – zoals blijkt uit de titel zelf ervan – richtlijn 2004/18 wordt ingetrokken, zou worden toegepast vóór het verstrijken van de omzettingstermijn ervan, zouden de lidstaten, net als de aanbestedende diensten en de ondernemers, bovendien onvoldoende tijd hebben om zich aan te passen aan de bij die richtlijn ingevoerde nieuwe bepalingen.

87 Thans dient te worden opgemerkt dat de verwijzende rechter, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, met zijn vraag in het bijzonder wenst te vernemen of bij de uitlegging van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, waarin het recht van iedere ondernemer wordt erkend om zich voor een welbepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, rekening moet worden gehouden met de inhoud van artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24, dat de met dit artikel 48 overeenstemmende bepaling is.

88 In dit verband moet in navolging van de verwijzende rechter worden opgemerkt dat artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 in algemene bewoordingen is gesteld en niet uitdrukkelijk vermeldt op welke wijze een ondernemer zich in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten.

89 Daarentegen wordt in artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 thans bepaald dat ondernemers zich slechts op de draagkracht van andere entiteiten mogen beroepen, „wanneer laatstgenoemde[n] de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, [zullen] verrichten”.

90 Richtlijn 2014/24 heeft, zoals met name in overweging 2 ervan staat te lezen, weliswaar tot doel basisbegrippen en -concepten te verduidelijken met het oog op de rechtszekerheid en om een aantal aspecten van de vaste rechtspraak dienaangaande van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de wetgeving op te nemen, maar dat neemt niet weg dat het recht van een ondernemer om zich voor een overheidsopdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, in artikel 63 van die richtlijn ingrijpend is gewijzigd.

91 Artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 ligt immers geenszins in het verlengde van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 en verduidelijkt niet de draagwijdte ervan, maar voert nieuwe voorwaarden in waarin de vorige rechtsregeling niet voorzag.

92 Bijgevolg kan die bepaling van richtlijn 2014/24 niet worden gebruikt als criterium voor de uitlegging van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, aangezien het er in casu niet om gaat twijfel weg te nemen over de uitlegging van de inhoud van deze laatste bepaling.

93 Een andere zienswijze zou in zekere zin het risico inhouden dat ten onrechte wordt vooruitgelopen op de toepassing van een nieuwe rechtsregeling, die verschillend is van de bij richtlijn 2004/18 ingestelde rechtsregeling, en zou kennelijk in strijd zijn met het beginsel van rechtszekerheid voor ondernemers, waarvan richtlijn 2014/24, zoals met name uit overweging 2 ervan blijkt, trouwens uitdrukkelijk beoogt de inachtneming te waarborgen.

94 Gelet op het voorgaande moet op de tiende vraag worden geantwoord dat de bepalingen van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 in omstandigheden als in het hoofdgeding niet in het licht van de bepalingen van artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 kunnen worden uitgelegd.

### **Kosten**

95 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 (Eerste kamer) verklaart voor recht:

1) De artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, 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 juncto artikel 44, lid 2, van die richtlijn moeten aldus worden uitgelegd dat:

- zij het recht erkennen van iedere ondernemer om zich voor een welbepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de aard van zijn banden met die entiteiten, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijk middelen van die entiteiten, en
- het niet is uitgesloten dat de uitoefening van dat recht, gelet op het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken opdracht, in bijzondere omstandigheden kan worden beperkt. Dit is met name het geval wanneer de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke bekwaamheden waarover een derde entiteit beschikt, niet kunnen worden overgedragen aan de gegadigde of de inschrijver, zodat deze laatste zich slechts op die bekwaamheden kan beroepen indien die derde entiteit rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van die opdracht.

2) Artikel 48, leden 2 en 3, van richtlijn 2004/18 moet aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst, gelet op het voorwerp en de doelstellingen van een bepaalde opdracht, met het oog op de correcte uitvoering van die opdracht in bijzondere omstandigheden in de aankondiging van de opdracht of in het bestek uitdrukkelijk nauwkeurige regels kan vaststellen volgens welke een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten kan beroepen, voor zover die regels verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van die opdracht.

3) De in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich in omstandigheden als in het hoofdgeding ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst na de opening van de in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht ingediende inschrijvingen het verzoek aanvaardt van een ondernemer die een inschrijving voor de gehele opdracht heeft ingediend, om zijn inschrijving slechts bij de

gunning van bepaalde delen van die opdracht in aanmerking te nemen.

4) De in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen van gelijkheid en non-discriminatie van ondernemers moeten aldus worden uitgelegd dat zij vereisen dat een elektronische veiling voor de deelname waaraan een ondernemer die een aan de eisen beantwoordende inschrijving heeft ingediend, niet is uitgenodigd, wordt geannuleerd en opnieuw wordt begonnen, ook al kan niet worden vastgesteld dat de deelname van de uitgesloten ondernemer de uitkomst van de veiling zou hebben gewijzigd.

5) In omstandigheden als in het hoofdgeding kunnen de bepalingen van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 niet worden uitgelegd in het licht van de bepalingen van artikel 63, lid 1, 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.

## Noot

### Voorwaarden voor beroep op bekwaamheden derden en gevolgen van onterechte uitsluiting van inschrijver voor gunning van opdracht

Dit arrest is gewezen naar aanleiding van prejudiciële vragen van een Poolse rechter. In deze noot bespreek ik twee aspecten die in dit arrest aan de orde komen; (i) de voorwaarden voor een beroep op de bekwaamheden van een derde om aan een eis op het gebied van technische en beroepsbekwaamheid te voldoen en (ii) de gevolgen van een onterechte uitsluiting van een ondernemer van deelneming aan een elektronische veiling voor de gunning van de opdracht.

#### Ad (i) Beroep bekwaamheden derde

Als een ondernemer niet zelfstandig kan voldoen aan een eis die de aanbestedende dienst heeft gesteld op het gebied van technische en beroepsbekwaamheid, dan kan hij zich beroepen op de bekwaamheden van natuurlijke of rechtspersonen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die derden. Dit recht van ondernemers is door het HvJ voor het eerst in het arrest Ballast Nedam erkend en is inmiddels gecodificeerd in de aanbestedingsrichtlijnen. [\[noot:1\]](#) Als voorwaarde geldt dat de ondernemer aantoont, dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen. In deze voorwaarde zijn twee aspecten te onderscheiden.

Ten eerste een bewijstechnisch aspect. De ondernemer moet aantonen dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van de derde op wiens bekwaamheden hij een beroep doet. Volgens A-G Jääskinen kan art. 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG het beste als een regel ter verdeling van de bewijslast worden opgevat. [\[noot:2\]](#)

Ten tweede is er een feitelijk aspect, dat samenhangt met wat A-G Jääskinen noemt het realiteitsgehalte van het beroep op de bekwaamheden van derden. Dit aspect staat centraal in het hierboven opgenomen arrest van het HvJ. A-G Jääskinen wees in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest op de strekking van de regels voor het toetsen van de geschiktheid van ondernemers. Deze regels hebben tot doel situaties te vermijden waarin een ondernemer voor gunning in aanmerking komt die niet de beschikking heeft over de middelen om de opdracht uit te voeren. Die strekking staat in de weg aan een formele benadering van art. 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG, aldus de AG. Het beroep op de bekwaamheden van derden moet daarom meer behelzen dan uitsluitend het formeel voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde minimumeisen. [\[noot:3\]](#) De technische of beroepsbekwaamheid moet overdraagbaar zijn, hetgeen volgens de A-G sterk afhangt van de feiten en de aard en strekking van de opdracht. Als dit niet mogelijk is, is deelneming van de derde aan de uitvoering van de opdracht noodzakelijk. [\[noot:4\]](#)

Het HvJ is het in grote lijnen eens met A-G Jääskinen. Het oordeelt, dat indien de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke bekwaamheden niet overdraagbaar zijn, een ondernemer zich alleen kan beroepen op de bekwaamheden van een derde, indien deze derde persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de opdracht (r.o. 41). Of de noodzakelijke

bekwaamheden overdraagbaar zijn, is volgens het HvJ afhankelijk van de aard en de doelstellingen van de opdracht.

Gelet op het gebruik van de woorden 'in bijzondere omstandigheden' door het HvJ zou niet-overdraagbaarheid eerder uitzondering dan regel moeten zijn (r.o. 41). Het arrest van het HvJ betreft echter een aanbesteding die onder de vigeur van de inmiddels ingetrokken Richtlijn 2004/18/EG plaatsvond. Art. 63 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU bepaalt expliciet, dat voor criteria inzake onderwijs- en beroepskwalificaties in bijlage XII, deel II, onder f, of inzake de relevante beroepservaring, ondernemers zich alleen op de draagkracht van een andere entiteit mogen beroepen, wanneer laatstgenoemde de werken of diensten zal verrichten waarvoor die bekwaamheden vereist zijn. Voor de in de praktijk belangrijke ervaringseisen kan de toets naar de overdraagbaarheid van de bekwaamheden in de toekomst dus achterwege blijven en zal de derde op wiens bekwaamheden een beroep wordt gedaan, zonder meer persoonlijk bij de uitvoering van de opdracht moeten worden betrokken.

Het arrest van het HvJ behoudt niettemin praktisch belang voor de aanbestedingspraktijk, in het bijzonder voor geschiktheidseisen ter zake waarvan Richtlijn 2014/24/EU geen nadere voorwaarden bevat voor de wijze waarop een beroep op de bekwaamheden van derden is toegestaan. Volgens het Hof Amsterdam kan een ondernemer zich tevens voor certificeringseisen als bedoeld in (thans) art. 62 Richtlijn 2014/24/EU beroepen op de bekwaamheden van derden. [\[noot:5\]](#) Bij deze rechtsopvatting zijn vraagtekens te plaatsen, [\[noot:6\]](#) maar aangenomen dat zij juist is, dringt zich de vraag op of een certificaat 'overdraagbaar' is in de door het HvJ bedoelde zin. Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Dit heeft niet zozeer te maken met de aard en de doelstelling van een opdracht, maar met het bedrijfsgebonden karakter van een certificeringseis. Een certificaat zegt iets over het kwaliteitsniveau van de bedrijfsprocessen van een specifieke ondernemer. Die bedrijfsprocessen zijn geen 'middelen' die feitelijk ter beschikking zijn te stellen. Voor zover voor de in art. 62 Richtlijn 2014/24/EU bedoelde kwaliteitsnormen een beroep op de bekwaamheden van een derde al is toegestaan, kan dit naar mijn mening op geen andere manier dan door die derde persoonlijk bij de uitvoering van de opdracht te betrekken.

Gelet op de overwegingen van het HvJ mag de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken regels opnemen voor de wijze waarop een beroep op de bekwaamheden van derden is toegestaan, mits deze regels proportioneel zijn (r.o. 55-56). Dit bevordert de transparantie, doordat ondernemers vooraf kunnen nagaan hoe zij zich in ieder geval kunnen beroepen op de bekwaamheden van derden en is om die reden aan te raden (vgl. r.o. 57). Dergelijke regels mogen ondernemers echter niet verhinderen zich op een andere wijze te beroepen op de bekwaamheden van derden. Dit volgt volgens het HvJ uit de vrijheid van ondernemers om de banden met die derden naar eigen goeddunken juridisch vorm te geven en aan te tonen (r.o. 52-53).

#### Ad (ii) Gevolgen onterechte uitsluiting voor gunning van opdracht

Aanbestedende diensten mogen bij het gunnen van een opdracht gebruik maken van een elektronische veiling. Aan de elektronische veiling gaat een eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen aan de hand van het gunningscriterium vooraf. Art. 54 lid 4 Richtlijn 2004/18/EG bepaalt, [\[noot:7\]](#) dat alle inschrijvers die een aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben gedaan, tegelijkertijd worden uitgenodigd om aan de elektronische veiling deel te nemen. Een fout van de aanbestedende dienst bij de beoordeling van inschrijvingen is niet uit te sluiten. Als een inschrijver als gevolg daarvan ten onrechte niet wordt uitgenodigd voor deelneming aan de elektronische veiling en de veiling zonder de betrokken inschrijver plaatsvindt, zijn de gevolgen van de beoordelingsfout enkel ongedaan te maken door de oorspronkelijke elektronische veiling te annuleren en een nieuwe elektronische veiling te organiseren. De Poolse rechter wilde weten of een elektronische veiling tevens overnieuw moet, indien niet kan worden vastgesteld, dat deelneming van de uitgesloten inschrijver invloed zou hebben gehad op de uitkomst van de veiling.

Het HvJ beantwoordt deze vraag naar mijn mening terecht bevestigend. Over de uitkomst van een elektronische veiling in het hypothetische geval dat alle in aanmerking komende inschrijvers zijn uitgenodigd, valt alleen te speculeren. Zoals het HvJ overweegt, valt niet uit te sluiten dat de ten onrechte uitgesloten inschrijver de beste aanbieding zou hebben gedaan (r.o. 80).



Het oordeel van het HvJ is niet alleen van belang voor elektronische veilingen, maar ook voor procedures met voorafgaande selectie, zoals de niet-openbare procedure. Fouten van de aanbestedende dienst bij het selecteren van gegadigden voor de gunningsfase zijn ook alleen ongedaan te maken door de gunningsfase te annuleren en opnieuw te doorlopen. Aanbestedende diensten doen er daarom naar mijn mening in het algemeen verstandig aan bij een geschil over de selectiebeslissing de uitspraak van de rechter af te wachten, alvorens met de gunningsfase aan te vangen. Door een vervaltermijn in de aanbestedingsstukken op te nemen kan een aanbestedende dienst bevorderen, dat bezwaren tegen de selectiebeslissing voortvarend worden afgehandeld. Maar met name wanneer tot in hoger beroep, of zelfs tot in cassatie, wordt doorgeprocedeerd over een selectiebeslissing, is een uitspraak bezwaarlijk af te wachten. Geen rechtsregel verplicht de aanbestedende dienst de gunningsfase in voorkomend geval op te schorten, maar de aanbestedende dienst loopt in dat geval wel het risico de gunningsfase overnieuw te moeten doen, als hij in het geschil over de selectiebeslissing uiteindelijk aan het kortste eind trekt. De aanbestedende dienst riskeert tevens een veroordeling tot schadevergoeding in een bodemprocedure.

## Conclusies en vuistregels voor de praktijk

Ondernemers hebben zonder meer het recht om zich op de bekwaamheden van derden te beroepen om te kunnen voldoen aan door de aanbestedende dienst gestelde eisen op het gebied van technische en beroepsbekwaamheid, maar dit beroep moet wel realiteitsgehalte hebben. Als de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen niet overdraagbaar zijn, is een beroep op de bekwaamheden van een derde alleen toegestaan, indien deze derde persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de betrokken opdracht. Voor de in de praktijk belangrijke ervaringseisen is gelet op art. 63 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU bij aanbestedingen onder de vigeur van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn persoonlijke deelneming aan de uitvoering van de opdracht van de derde zonder meer vereist.

Fouten bij de initiële beoordeling van inschrijvingen voorafgaand aan een elektronische veiling kan verstrekkende gevolgen hebben voor de gunning van de opdracht. Als een ondernemer niet voor deelneming aan de elektronische veiling wordt uitgenodigd, de veiling zonder hem plaatsvindt en de beslissing van de aanbestedende dienst achteraf onjuist blijkt te zijn, is de fout enkel nog ongedaan te maken door de elektronische veiling overnieuw te doen. De overwegingen van het HvJ zijn analoog toe te passen op fouten bij de beoordeling van aanmeldingen in een procedure met voorafgaande selectie. Aanbestedende diensten doen er verstandig aan in hun aanbestedingsstukken een vervalbeding op te nemen voor het maken van bezwaar tegen de selectiebeslissing. Op die manier is een voortvarende behandeling van geschillen over de selectiebeslissing te bevorderen en kan zoveel mogelijk worden voorkomen, dat na (de aanvang van) de gunningfase nog over de selectie van gegadigden wordt geprocedeerd.

mr. dr. A.J. van Heeswijck, Zelfstandig advocaat te Groningen en tevens verbonden als docent aan de Rijksuniversiteit Groningen

### Voetnoten

[1]

HvJ EG 14 april 1994, C-389/92, ECLI:EU:C:1994:133 (*Ballast Nedam*). Art. 48 lid 3 2004/18/EG; art. 63 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

[2]

Zie conclusie van A-G Jääskinen van 8 september 2015, C-324/14, ECLI:EU:C:2015:558, punt 27.

[3]

Conclusie A-G Jääskinen 8 september 2015, C-324/14, ECLI:EU:C:2015:558, punt 28.

[4]

Conclusie A-G Jääskinen 8 september 2015, C-324/14, ECLI:EU:C:2015:558, punt 30-33.

[5]

Hof Amsterdam 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585, «JAAN» 2011/139, r.o. 4.4-4.5; zie ook Vزر. Rb. Amsterdam 24 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ0455, «JAAN» 2013/72, r.o. 4.3.

[6]

Zo verwijst art. 63 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU voor de bevoegdheid van ondernemers om zich op de draagkracht van derden te beroepen alleen naar de in art. 58 lid 3 bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in art. 58 lid 4 bedoelde criteria inzake technische en beroepsbekwaamheid en niet tevens naar de in art. 62 bedoelde kwaliteitsnormen.



Art. 35 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU.

---