ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

14 december 2016*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten voor diensten — Richtlijn 2004/18/EG — Artikel 45, lid 2 — Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver — Facultatieve uitsluitingsgronden — Ernstige beroepsfout — Nationale regeling die voorziet in een beoordeling per geval met toepassing van het evenredigheidsbeginsel — Besluiten van de aanbestedende diensten — Richtlijn 89/665/EEG — Rechterlijke toetsing”

In zaak C-171/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij arrest van 27 maart 2015, ingekomen bij het Hof op 15 april 2015, in de procedure

Connexxion Taxi Services BV

tegen

Staat der Nederlanden (ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport),

Transvision BV,

Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV,

Zorgvervoercentrale Nederland BV,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, E. Juhász (rapporteur), C. Vajda, K. Jürimäe en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 april 2016,

gelet op de opmerkingen van:

— Connexxion Taxi Services BV, vertegenwoordigd door J. van Nouhuys, advocaat,

* Procestaal: Nederlands.

— Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV en Zorgvervoercentrale Nederland BV, vertegenwoordigd door J. P. Heering en P. Heemskerk, advocaten,

— de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door H. M. Stergiou, M. K. Bulterman, M. A. M. de Ree en J. Langer als gemachtigden,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone en F. Di Matteo, avvocati dello Stato,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Tokár en S. Noë als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 30 juni 2016,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op de uitlegging van artikel 45, lid 2, 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 2004, L 134, blz. 114), en op de omvang van de rechterlijke toetsing van besluiten van aanbestedende diensten.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Connexxion Taxi Services BV (hierna: „Connexxion") enerzijds, en de Staat der Nederlanden (ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport; hierna: „Ministerie") en de Combinatie, bestaande uit Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV en Zorgvervoercentrale Nederland BV (hierna tezamen: „Combinatie") anderzijds, over de rechtmatigheid van het besluit van het Ministerie om een overheidsopdracht voor dienstverlening aan deze Combinatie te gunnen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Overweging 2 van 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 vestiging 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 Artikel 2 van die richtlijn, met het opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten", bepaalt:

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

5 Afdeling 2 van hoofdstuk VII van titel II van voornoemde richtlijn betreft de „Kwalitatieve selectiecriteria". Deze afdeling omvat artikel 45, met het opschrift „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver". In lid 1 van dit artikel worden de verplichte gronden opgesomd voor uitsluiting van de gegadigde voor, of inschrijver op, een opdracht. Lid 2 van voornoemd artikel somt de facultatieve gronden op voor uitsluiting van een opdracht en is als volgt geformuleerd:

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

[...]

d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;

[...]

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

6 Bijlage VII A bij diezelfde richtlijn, met het opschrift „Inlichtingen die in aankondigingen van overheidsopdrachten moeten worden opgenomen", verwijst in punt 17 naar „[s]electiecriteria betreffende de persoonlijke situatie van ondernemers die tot hun uitsluiting kunnen leiden en de nodige informatie waaruit blijkt dat zij niet tot de gevallen behoren die uitsluiting rechtvaardigen [...]".

7 Onder het opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures", wordt in richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB 2007, L 335, blz. 31), in artikel 1, lid 1, derde alinea, bepaald:

„De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18/EG vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn."

8 Richtlijn 2004/18 is vervangen door 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 2004, L 94, blz. 65). Overeenkomstig artikel 91 van richtlijn 2014/24 is de intrekking van richtlijn 2004/18 van kracht geworden op 18 april 2016.

Nederlands recht

9 Richtlijn 2004/18 is omgezet in Nederlands recht bij het Besluit houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten van 16 juli 2005 (Stb. 2005, 408; hierna: „Besluit").

10 Artikel 45, lid 2, onder d), van voornoemde richtlijn is omgezet in Nederlands recht bij artikel 45, lid 3, onder d), van het Besluit, dat luidt als volgt:

„Een aanbestedende dienst kan van deelneming aan een overheidsopdracht uitsluiten iedere ondernemer:

[...]

d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op een grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken;

[...]"

11 In de nota van toelichting bij het Besluit wordt ten aanzien van artikel 45, lid 3, daarvan gepreciseerd:

„De beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan en voor hoe lang die uitsluiting geldt, dient gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen steeds proportioneel en niet-discriminatoir te zijn. Proportioneel houdt in dat de uitsluiting en de duur van die uitsluiting in verhouding moeten staan tot de ernst van de onregelmatige gedraging. Ook moeten de uitsluiting en de duur daarvan in verhouding staan tot de omvang van de overheidsopdracht. Het vaststellen van een absolute termijn waarbinnen een bedrijf dat onregelmatig heeft gehandeld op voorhand moet worden uitgesloten van iedere aanbestedingsprocedure van de rijksoverheid, verhoudt zich aldus niet met het proportionaliteitsvereiste. Dit betekent ook dat er steeds sprake is van maatwerk, omdat elke aanbestedende dienst per opdracht moet nagaan of hij in het concrete geval (afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en wat voor maatregelen het bedrijf inmiddels genomen heeft) een bedrijf moet uitsluiten".

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

12 Op 10 juli 2012 heeft het Ministerie een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een opdracht voor „Dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking". Deze dienst is bedoeld om personen met een mobiliteitsbeperking in staat te stellen vrijelijk te reizen door hun voor elk jaar een reisbudget aan taxikilometers te verstrekken. Deze opdracht heeft een minimale looptijd van drie jaar en negen maanden en vertegenwoordigt een waarde van ongeveer 60 000 000 EUR per jaar.

13 De aanbestedingsprocedure voor die opdracht wordt nader omschreven in een „Beschrijvend document", waarvan de paragraaf met het opschrift „Uitsluitingsgronden en Geschiktheidseisen" in punt 3.1 met name aangeeft:

„Een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling".

14 Wat de uitsluitingsgronden betreft, verwijst dat beschrijvend document naar een „Eigen verklaring", die de inschrijvers moeten invullen en als verplichte bijlage aan hun inschrijving moeten toevoegen. In het beschrijvend document wordt aangegeven:

„Hiermee [...] verklaart inschrijver dat op hem geen uitsluitingsgronden (zie punt 2 en 3 van de [...] verklaring) van toepassing zijn door ondertekening van de Uniforme eigen verklaring aanbestedingen."

15 Met deze verklaring verklaart de inschrijver met name dat „zijn onderneming of een bestuurder ervan in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan".

16 Onder andere Connexxion en de Combinatie hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure voor die opdracht. Bij brief van 8 oktober 2012 heeft het Ministerie aan Connexxion meegedeeld dat haar inschrijving op de tweede plaats was geëindigd en dat het voornemens was de opdracht te gunnen aan de Combinatie.

17 Op 20 november 2012 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit aan twee ondernemingen van voornoemde Combinatie alsmede aan leidinggevenden van deze ondernemingen boetes opgelegd wegens schending van de Nederlandse Mededingingswet. De geconstateerde overtredingen betroffen overeenkomsten die waren gesloten met andere ondernemingen in de tijdvakken van 18 december 2007 tot 27 augustus 2010 en van 17 april 2009 tot 1 maart 2011. Het Ministerie was van mening dat het om een ernstige beroepsfout ging, maar heeft zijn besluit om de opdracht te gunnen aan de Combinatie gehandhaafd, op de grond dat uitsluiting van de Combinatie op basis van een dergelijke fout niet evenredig zou zijn.

18 In het kader van een procedure in kort geding heeft Connexxion gevorderd dat het het Ministerie zou worden verboden om de opdracht aan de Combinatie te gunnen. Bij beslissing van 17 april 2013 heeft de voorzieningenrechter te Den Haag deze vordering toegewezen, omdat hij van oordeel was dat het Ministerie, na te hebben vastgesteld dat sprake was van een ernstige beroepsfout, geen evenredigheidstoetsing meer kon verrichten.

19 Bij beslissing van 3 september 2013 heeft het gerechtshof Den Haag de beslissing van de voorzieningenrechter vernietigd en het Ministerie toestemming verleend om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht te gunnen aan de Combinatie, waarbij het oordeelde dat het Unierecht een aanbestedende dienst niet verbiedt om met toepassing van het evenredigheidsbeginsel na te gaan of een inschrijver waarop een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is moet worden uitgesloten, en dat het Ministerie, door een dergelijke evenredigheidstoetsing te verrichten, niet heeft gehandeld in strijd met de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

20 Connexxion heeft tegen die beslissing beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden.

21 De Hoge Raad merkt op dat het hoofdgeding wordt gekenmerkt door het feit dat, enerzijds, de aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft aangekondigd dat de inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, zou worden afgewezen zonder inhoudelijke beoordeling en, anderzijds, het besluit om de opdracht aan een bepaalde inschrijver te gunnen, niettemin is gehandhaafd nadat de aanbestedende dienst had vastgesteld dat deze inschrijver een ernstige beroepsfout in de zin van de aanbestedingsvoorwaarden had begaan.

22 De verwijzende rechter benadrukt dat in artikel 45, lid 3, van het Besluit de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 volledig zijn overgenomen. Wat de toepassing van deze uitsluitingsgronden betreft, volgt uit de nota van toelichting bij deze bepaling van het Besluit dat, gelet op de algemene uitgangspunten van deze richtlijn, de beoordeling of al dan niet daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan, steeds proportioneel en niet-discriminatoir dient te zijn. Derhalve behoren de aanbestedende diensten per geval na te gaan of, afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en de maatregelen die de onderneming inmiddels heeft genomen, een onderneming van de desbetreffende aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten.

23 Bijgevolg verplicht het nationale recht de aanbestedende dienst ertoe om, nadat deze heeft vastgesteld dat een ernstige beroepsfout is begaan, met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te bepalen of degene die deze fout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten.

24 Derhalve kan de verplichting om een evenredigheidstoetsing te verrichten worden beschouwd als een nationaalrechtelijke versoepeling van de criteria voor de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden, zoals bedoeld in de arresten van 9 februari 2006, La Cascina e.a. (C-226/04

en C-228/04, EU:C:2006:94, punt 21), en 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063, punten 35 en 36). Overeenkomstig artikel 45, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18, dient een dergelijke nationaalrechtelijke versoepeling het Unierecht en met name de beginselen van gelijke behandeling en transparantie te eerbiedigen. In het hoofdgeding heeft het Ministerie, als aanbestedende dienst, na de begane fout te hebben geconstateerd, met toepassing van het evenredigheidsbeginsel onderzocht of de professionele integriteit en betrouwbaarheid van de Combinatie bij de uitvoering van de desbetreffende opdracht konden worden gewaarborgd. Daartoe zijn aan de zijde van de Combinatie maatregelen getroffen.

25 De verwijzende rechter merkt op dat het Hof nog niet de vraag heeft beantwoord of het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, lid 2, van voornoemde richtlijn, zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst naar nationaal recht verplicht is met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten. Het Hof heeft zich evenmin uitgesproken over de vraag of het in dit opzicht van belang is dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling. Bovendien bevat diezelfde richtlijn geen enkele bepaling inzake de omvang van de rechterlijke toetsing van besluiten van aanbestedende diensten.

26 In deze omstandigheden heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) a) Verzet het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zich ertegen dat het nationale recht een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan?

b) Is hierbij van belang dat een aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling?

2) Indien het antwoord op vraag 1) a) ontkennend luidt: Verzet het Unierecht zich ertegen dat de nationale rechter de beoordeling aan de hand van het evenredigheidsbeginsel zoals die door een aanbestedende dienst in het concrete geval is verricht, niet ‚vol' toetst, maar volstaat met de (‚marginale') toets of de aanbestedende dienst in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om een inschrijver die een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 45, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 heeft begaan, desalniettemin niet uit te sluiten?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

27 Vooraf moet worden vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde feiten, zoals in herinnering gebracht in de punten 12 tot en met 17 van het onderhavige arrest, plaats hebben gevonden vóór het verstrijken – op 18 april 2016 – van de termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24 door de lidstaten. Hieruit volgt dat de prejudiciële vragen ratione temporis enkel moeten worden getoetst aan richtlijn 2004/18, zoals deze is uitgelegd door de rechtspraak van het Hof.

Eerste vraag, onder a)

28 Volgens de rechtspraak van het Hof laat artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 de toepassing van de zeven daarin genoemde gevallen van uitsluiting van overheidsopdrachten die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, die betrekking hebben op de professionele integriteit, kredietwaardigheid of

betrouwbaarheid van de gegadigden voor een opdracht, over 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 [zie, met betrekking tot 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 1992, L 209, blz. 1), arrest van 9 februari 2006, La Cascina e.a., C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94, punt 21]. Bovendien bepalen de lidstaten uit hoofde van dit 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 dit lid 2 (zie in die zin arrest van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 35).

29 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 heersende juridische, economische of sociale overwegingen. In dit kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen (arrest van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30 In casu moet worden opgemerkt dat, wat de mogelijkheid betreft om een ondernemer uit te sluiten wegens een ernstige beroepsfout, het Koninkrijk der Nederlanden in zijn wetgeving niet de voorwaarden heeft gepreciseerd voor de toepassing van artikel 45, lid 2, tweede alinea, van voornoemde richtlijn, maar met het Besluit de gebruikmaking van deze mogelijkheid heeft opgedragen aan de aanbestedende diensten. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde Nederlandse regeling verleent aanbestedende diensten immers de mogelijkheid om de in artikel 45, lid 2, van diezelfde richtlijn voorziene facultatieve uitsluitingsgronden op een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht van toepassing te verklaren.

31 Aangaande de grond voor uitsluiting van een inschrijver op een opdracht wegens een ernstige beroepsfout, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat deze regeling de betrokken aanbestedende dienst die een dergelijke fout van deze inschrijver heeft geconstateerd, verplicht om met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of ten aanzien van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk tot een dergelijke uitsluiting moet worden overgegaan.

32 Die evenredigheidstoetsing van de uitsluiting lijkt de toepassing van de in artikel 45, lid 2, onder d), van richtlijn 2004/18 voorziene uitsluitingsgrond in verband met een ernstige beroepsfout dus, in overeenstemming met de in punt 29 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, te versoepelen. Bovendien volgt uit overweging 2 van deze richtlijn dat het evenredigheidsbeginsel algemeen van toepassing is op procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten.

33 Derhalve moet op de eerste vraag, onder a), worden geantwoord dat het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18, zich er niet tegen verzet dat een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of een gegadigde voor een overheidsopdracht die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten.

Eerste vraag, onder b)

34 Met de eerste vraag, onder b), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van richtlijn 2004/18, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst besluit om aan een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan een overheidsopdracht te gunnen op de grond dat de uitsluiting van deze

inschrijver van de aanbestedingsprocedure in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel, terwijl een inschrijver die een dergelijke beroepsfout heeft begaan, volgens de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht zonder meer moest worden uitgesloten, zonder dat wordt nagegaan of deze sanctie al dan niet evenredig is.

35 Uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling volgt dat de aanbestedende diensten over een ruime beoordelingsvrijheid beschikken inzake de invoering van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 – dat ziet op het geval van facultatieve uitsluiting wegens een door een ondernemer begane ernstige beroepsfout – in de aanbestedingsstukken, alsmede bij de daadwerkelijke toepassing daarvan.

36 Het kan niet worden uitgesloten dat de betrokken aanbestedende dienst na de opstelling van de desbetreffende aanbestedingsdocumenten van mening is dat, afhankelijk van de aard van de opdracht en het gevoelige karakter van de prestaties waarop deze betrekking heeft alsmede van de daaruit voortvloeiende vereisten op het gebied van professionele integriteit en betrouwbaarheid van de ondernemers, het begaan van een ernstige beroepsfout moet leiden tot de automatische weigering van de inschrijving en uitsluiting van de inschrijver die de fout beging, mits bij de beoordeling van de ernst van die fout het evenredigheidsbeginsel wordt geëerbiedigd.

37 Een dergelijke clausule, die is opgenomen in de aanbestedingsstukken en ondubbelzinnig is geformuleerd – zoals dit in de aanbestedingsprocedure in het hoofdgeding het geval is –, kan alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers in staat stellen kennis te nemen van de vereisten van de aanbestedende dienst en de voorwaarden van de opdracht, opdat zij dienovereenkomstig kunnen handelen.

38 Wat de vraag betreft of de aanbestedende dienst verplicht is dan wel de mogelijkheid heeft om, krachtens de relevante nationale regeling, na de indiening van de inschrijvingen, of zelfs na de selectie van de inschrijvers, te onderzoeken of een krachtens een uitsluitingsgrond wegens een ernstige beroepsfout verrichte uitsluiting in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, terwijl een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan volgens de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht zonder meer moest worden uitgesloten, zonder dat wordt nagegaan of deze sanctie al dan niet evenredig is, zij eraan herinnerd dat de aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht dient te nemen (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak) met het oog op, met name, bijlage VII A, punt 17, bij richtlijn 2004/18.

39 Bovendien vereist het beginsel van gelijke behandeling dat alle inschrijvers bij het indienen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen, exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 36).

40 Evenzo impliceert de transparantieverplichting dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren (zie in die zin arrest van 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 Aangaande de toetsing van de evenredigheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde uitsluiting zij opgemerkt dat bepaalde belanghebbende ondernemers, terwijl zij op de hoogte zijn van de in de aanbestedingsstukken opgenomen uitsluitingsgrond en weten dat zij een beroepsfout hebben begaan die als ernstig zou kunnen worden gekwalificeerd, geneigd zouden kunnen zijn een inschrijving in te dienen in de hoop te worden vrijgesteld van de uitsluiting op basis van een later onderzoek van hun situatie met toepassing van het evenredigheidsbeginsel, overeenkomstig de in het hoofdgeding aan de

orde zijnde nationale regeling, terwijl andere ondernemers, die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, er daarentegen van zouden kunnen afzien een dergelijke inschrijving in te dienen, doordat zij af zijn gegaan op de termen van deze uitsluitingsgrond, die geen melding maken van een dergelijke evenredigheidstoetsing.

42 Deze laatste hypothese kan met name gevolgen hebben voor ondernemers van andere lidstaten, die minder bekend zijn met de termen en toepassingsvoorwaarden van de relevante nationale regeling. Dit geldt te meer in een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, waarin de verplichting voor de aanbestedende dienst om de evenredigheid te toetsen van een uitsluiting wegens een ernstige beroepsfout niet volgt uit de termen zelf van artikel 45, lid 3, van het Besluit, maar enkel uit de nota van toelichting bij deze bepaling. Volgens de gegevens die de Nederlandse regering in het kader van de procedure voor het Hof heeft verstrekt, is deze nota van toelichting op zichzelf niet bindend, maar dient zij enkel in aanmerking te worden genomen voor de uitlegging van voornoemde bepaling.

43 Derhalve kan de toetsing van de bewuste uitsluiting aan het evenredigheidsbeginsel, terwijl in de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht wordt bepaald dat inschrijvingen die onder een dergelijke uitsluitingsgrond vallen, zonder toetsing aan dit beginsel moeten worden uitgesloten, de belanghebbende ondernemers in onzekerheid brengen en het beginsel van gelijke behandeling en de eerbiediging van de verplichting tot transparantie ondermijnen.

44 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag, onder b), worden geantwoord dat de bepalingen van richtlijn 2004/18, met name die van artikel 2 van deze richtlijn en van bijlage VII A, punt 17, daarbij, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst besluit om een overheidsopdracht te gunnen aan een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, op de grond dat de uitsluiting van deze inschrijver van de aanbestedingsprocedure in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel, terwijl een inschrijver die een dergelijke beroepsfout heeft begaan volgens de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht zonder meer moest worden uitgesloten, zonder dat wordt nagegaan of deze sanctie al dan niet evenredig is.

Tweede vraag

45 Aangezien het antwoord op de eerste vraag, onder b), de nationale rechter de nodige gegevens verschaft om het aan hem voorgelegde geding te beslechten, hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

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

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) **Het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, lid 2, 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, verzet zich er niet tegen dat een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding een**

aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of een gegadigde voor een overheidsopdracht die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten.

2) **De bepalingen van richtlijn 2004/18, met name die van artikel 2 van deze richtlijn en van bijlage VII A, punt 17, daarbij, gelezen tegen de achtergrond van het beginsel van gelijke behandeling en van de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst besluit om een overheidsopdracht te gunnen aan een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, op de grond dat uitsluiting van deze inschrijver van de aanbestedingsprocedure in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel, terwijl een inschrijver die een dergelijke beroepsfout heeft begaan volgens de aanbestedingsvoorwaarden voor deze opdracht zonder meer moest worden uitgesloten, zonder dat wordt nagegaan of deze sanctie al dan niet evenredig is.**

von Danwitz Juhász Vajda

Jürimäe Lycourgos

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 december 2016.

De griffier
A. Calot Escobar

De president van de Vierde kamer
T. von Danwitz