CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 1 december 2016 [1]

Zaak C-298/15

UAB „Borta”

[verzoek van het Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten — Kwalitatieve selectiecriteria — Vereiste voor de uitgekozen inschrijver om het ‚hoofdgedeelte van het werk' zelf uit te voeren — Bewijs van beroepsbekwaamheid — Inschrijving ingediend door een groep ondernemers — Vereiste dat de bijdrage van elke deelnemer evenredig is aan zijn bijdrage aan het bewijs van de beroepsbekwaamheid — Aanbestedingsprocedure — Wijziging van het bestek tijdens de procedure — Beginselen van gelijke behandeling en transparantie”

1. Deze prejudiciële verwijzing van de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen) heeft betrekking op een bestek voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor bouwwerkzaamheden aan een kade in de haven van Klaipėda (Litouwen). Dit bestek bevat bepalingen voor inschrijvingen die zijn ingediend door een combinatie van deelnemers. Deze bepalingen vereisen dat iedere deelnemer een gedeelte van de opdracht *uitvoert* dat gelijk is aan zijn bijdrage aan de totstandbrenging van de beroepservaring van het partnerschap, op het niveau van de *gunning* van de overheidsopdracht. De verwijzende rechter twijfelt of een dergelijke eis verenigbaar is met de regels betreffende de bundeling van beroepsbekwaamheden krachtens de Europese wetgeving inzake overheidsopdrachten. Aangezien het litigieuze bestek slechts enkele weken na de aankondiging van de openbare aanbesteding werd bekendgemaakt, verzoekt de verwijzende rechter ook om verduidelijking of (en zo ja, onder welke omstandigheden) de aanbestedende dienst het bestek in de loop van de aanbestedingsprocedure kan wijzigen. Hij vraagt ook ambtshalve of de Europese wetgeving inzake overheidsopdrachten zich verzet tegen een bepaling in de Litouwse wet die onderaanneming van het „hoofdgedeelte van het werk” in het kader van overheidsopdrachten voor werken verbiedt.

2. Al meteen rijst de vraag of het Hof bevoegd is om deze vragen te beantwoorden. De verwijzende rechter wijst hierop in het kader van richtlijn 2004/17/EG. [2] Het staat echter vast dat de geraamde waarde van de betrokken overheidsopdracht de betreffende drempelwaarde niet bereikt en dat deze richtlijn daarom niet op het hoofdgeding van toepassing is. Is deze richtlijn op grond van het Litouws recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing verklaard op de opdracht? Zo ja, dan is het Hof volgens vaste rechtspraak bevoegd tot uitlegging van de betreffende bepalingen van deze richtlijn. Zo

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1). De toepasselijke versie van deze richtlijn is de versie die bij verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013 (PB 2013, L 335, blz. 17) is gewijzigd.

nee, dan is de gunning van de betrokken opdracht, als deze een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, onderworpen aan de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU (met name de beginselen van het vrije verkeer in de artikelen 49 en 56 VWEU) en dient het Hof op grond daarvan de verwijzende rechter bruikbare richtsnoeren te bieden.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. Overweging 9 van richtlijn 2004/17 luidt als volgt:

„Om de openstelling voor mededinging te garanderen van overheidsopdrachten die gegund zijn door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, is het raadzaam om voor opdrachten boven een bepaalde waarde bepalingen voor coördinatie door de Gemeenschap op te stellen. Deze coördinatie is gebaseerd op de consequenties van de artikelen 14, 28 en 49 EG-Verdrag en artikel 97 Euratom-Verdrag, dat wil zeggen de beginselen van gelijke behandeling, waarvan het beginsel van niet-discriminatie een bijzondere uiting is, van wederzijdse erkenning, van evenredigheid en van doorzichtigheid. Gezien de aard van de sectoren waarop deze coördinatie betrekking heeft, moet zij, zonder aan de genoemde beginselen afbreuk te doen, een kader voor loyale handelspraktijken scheppen en ruimte laten voor de grootst mogelijke soepelheid.

[…]”

4. Overweging 43 geeft aan dat om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten te bevorderen, bepalingen over onderaanneming moeten worden opgenomen.

5. Artikel 10 bepaalt dat „[a]anbestedende diensten […] ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze [behandelen] en […] op doorzichtige wijze [handelen].”

6. Artikel 11, lid 2, luidt:

„Combinaties van ondernemers mogen inschrijven of zich als gegadigde opgeven. Voor de indiening van een inschrijving of een verzoek tot deelneming mag de aanbestedende dienst van de combinaties van ondernemers niet verlangen dat zij een bepaalde rechtsvorm hebben, maar van de combinatie waaraan de opdracht wordt gegund kan wel worden geëist dat zij een bepaalde rechtsvorm aanneemt, mits dit voor de goede uitvoering van de opdracht nodig is.”

7. Artikel 37, met het opschrift „Onderaanneming”, bepaalt:

„In het bestek kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken (of kan zij daartoe door een lidstaat verplicht worden) in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Deze mededeling laat de aansprakelijkheid van de leidende ondernemer onverlet.”

8. Artikel 38, met het opschrift „Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd”, luidt:

„Aanbestedende diensten kunnen speciale voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits dergelijke voorwaarden met het [Unierecht] verenigbaar zijn en in de oproep tot mededinging of het bestek vermeld zijn. De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.”

9. Artikel 53, met het opschrift „Erkenningsregelingen”, bepaalt in het bijzonder:

„1. Desgewenst mogen de aanbestedende diensten een regeling voor de erkenning van ondernemers invoeren en beheren.

[…]

2. De in lid 1 bedoelde regeling kan verscheidene fasen van erkenning van geschiktheid omvatten.

De regeling moet worden beheerd op basis van door de aanbestedende dienst omschreven objectieve criteria en regels.

[…]

5. Wanneer de in lid 2 bedoelde criteria en regels inzake erkenning eisen omvatten betreffende de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemer, kan deze zich in voorkomend geval beroepen op de bekwaamheid van andere diensten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die diensten. In dat geval moet de ondernemer ten behoeve van de aanbestedende dienst aantonen dat hij gedurende de volledige geldigheidsduur van de erkenningsregeling werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen van die diensten, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis daartoe van deze diensten.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 11, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of aan andere diensten.

[…]”

Litouws recht

10. Artikel 2, lid 29, van de Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (wet van de Republiek Litouwen betreffende overheidsopdrachten; hierna: „wet betreffende overheidsopdrachten”) definieert een leverancier in algemene bewoordingen als een ondernemer die een natuurlijke persoon, een privaatrechtelijke rechtspersoon, een publiekrechtelijke rechtspersoon, andere entiteiten of onderdelen daarvan, dan wel een groep van dergelijke personen kan zijn die goederen, diensten of werken levert of kan leveren.

11. Volgens artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten verplichten de aanbestedingsstukken de gegadigde of inschrijver in zijn inschrijving specifiek aan te geven welke onderaannemers hij voorstelt en kunnen de gegadigde of inschrijver verplichten specifiek aan te geven welk deel van de opdracht hij voornemens is aan die onderaannemers in onderaanneming te geven. Indien echter onderaannemers worden uitgenodigd om een opdracht voor werken uit te voeren, moet het „hoofdgedeelte van het werk”, dat als zodanig is aangegeven door de aanbestedende dienst, worden uitgevoerd door de leverancier.

12. Volgens artikel 27, lid 4, van de wet betreffende overheidsopdrachten mag de aanbestedende dienst uit eigen beweging op enig moment vóór de uiterste termijn voor het indienen van inschrijvingen de aanbestedingsstukken verduidelijken.

13. Volgens artikel 32, lid 3, van de wet betreffende overheidsopdrachten kan een leverancier indien nodig onder bepaalde omstandigheden van inschrijving een beroep doen op de bekwaamheden van andere ondernemers, ongeacht de aard van de rechtsverhouding met die derden. In dat geval moet de leverancier aan de aanbestedende dienst aantonen dat hij bij de uitvoering van de opdracht over deze middelen kan beschikken. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de groep of op die van andere ondernemers.

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

14. Op 2 april 2014 heeft de VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Nationale Zeehavenautoriteit, Klaipėda; hierna: „Zeehavenautoriteit"), een Litouws overheidsbedrijf, een openbare aanbesteding aangekondigd voor het „Bouwwerk inzake het ‚Herstel van de kades nr. 67 en nr. 68. Fase 1'". Deze openbare aanbesteding werd op 5 april 2014 ook aangekondigd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*.[3]

15. In punt 3.2.1 van het bestek werd de volgende eis gesteld: „De gemiddelde jaaromzet van de leverancier door werk dat verband houdt met het hoofdgedeelte van de bouw- en installatiewerken (de bouw- of herstelwerkzaamheden van zeekades) over de afgelopen vijf jaar of over de periode sinds de inschrijving in het handelsregister van de leverancier (in het geval de leverancier minder dan vijf jaar actief is) bedraagt ten minste 5 000 000 LTL (448 100,09 EUR), exclusief btw."

16. In punt 4.2.3 van het bestek werd bepaald dat in de inschrijving „de verplichtingen in verband met de uitvoering van de opdracht die worden aangegaan door de deelnemers die hun activiteiten uitoefenen krachtens een combinatieovereenkomst, moeten worden gespecificeerd, en in een percentage van het geheel worden aangeduid. Daarbij moet worden verklaard dat deze verdeling van de hoeveelheid diensten enkel de deelnemers bindt en geen verplichtingen meebrengt voor de klant (de aanbestedende dienst)."

17. De oorspronkelijke versie van punt 4.3 van het bestek bepaalde als volgt:

„In het geval de inschrijving wordt ingediend door leveranciers die voor de uitoefening van hun werkzaamheden een combinatieovereenkomst hebben gesloten, dient aan de vereisten van […] [punt 3.2.1] […] te worden voldaan door ten minste een deelnemer aan de combinatie of door alle deelnemers die hun activiteiten uitoefenen in het kader van de aangegane combinatieovereenkomst gezamenlijk. […] De [Zeehavenautoriteit] verklaart krachtens artikel 24, lid 5, van de [wet betreffende overheidsopdrachten], dat het hoofdgedeelte van het werk bestaat uit voorwerp 1.2.8 in de afdeling Bouw van het quantabestek en dat dit werk derhalve moet worden uitgevoerd door de leverancier zelf."[4]

18. Op 24 april 2014 heeft de Zeehavenautoriteit uit eigen beweging een eerste maal punt 4.3 van het bestek gewijzigd. Deze nieuwe versie, die in het *Publicatieblad van de Europese Unie* werd bekendgemaakt, bepaalde met name dat, in het geval de inschrijving werd ingediend door leveranciers die voor de uitoefening van hun werkzaamheden een combinatieovereenkomst hadden gesloten, elke deelnemer aan de combinatie aan ten minste 50 % van de vereisten van punt 3.2.1 diende te voldoen. Vanwege deze wijziging verlengde de Zeehavenautoriteit de uiterste termijn voor het indienen van inschrijvingen.

3 — PB 2014/S 68-117458.

4 — De verwijzende rechter licht toe dat dit hoofdgedeelte van het werk onder meer bestaat uit de bouw van een stalen wand met damwandprofiel die wordt ondersteund door steunbalken.

19. Op 3 mei 2014 heeft UAB Borta, een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Litouws recht, bij de Zeehavenautoriteit bezwaar ingediend tegen deze herformulering. Naar aanleiding daarvan heeft de Zeehavenautoriteit, bij beslissing van 9 mei 2014, punt 4.3 van het bestek voor de tweede maal gewijzigd.[5] De nieuwe (en definitieve) versie van dit punt luidde als volgt:

„In het geval de inschrijving wordt ingediend door leveranciers die voor de uitoefening van hun werkzaamheden een combinatieovereenkomst hebben gesloten, dient aan de vereisten van […] [punt] 3.2.1 […] te worden voldaan door ten minste een deelnemer aan de combinatie of door alle deelnemers die hun activiteiten uitoefenen in het kader van de aangegane combinatieovereenkomst gezamenlijk. De bijdrage van een deelnemer (hoeveelheid voltooid werk) ingevolge de combinatieovereenkomst moet evenredig zijn aan zijn bijdrage aan de vervulling van het vereiste krachtens punt 3.2.1 […] en aan de hoeveelheid werk die hij daadwerkelijk zal uitvoeren in het geval de inschrijving wordt aanvaard (uitvoering van de opdracht).[6] […] De [Zeehavenautoriteit] verklaart krachtens artikel 24, lid 5, van de [wet betreffende overheidsopdrachten], dat het hoofdgedeelte van het werk bestaat uit voorwerp 1.2.8 in de afdeling Bouw van het quantabestek en dat dit werk derhalve moet worden uitgevoerd door de leverancier zelf."

20. Door deze laatste wijziging die in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is bekendgemaakt, werd de uiterste termijn voor het indienen van inschrijvingen voor de tweede maal uitgesteld en vastgesteld op 12 juni 2014.

21. Borta heeft op 12 juni 2014 een inschrijving ingediend waarin zij voorstelde om deze werken uit te voeren voor het equivalent van ongeveer 4 761 460 EUR in LTL. Dit was de duurste offerte.[7]

22. Borta heeft tegen de definitieve versie van punt 4.3 van het bestek echter bezwaar ingediend bij de Zeehavenautoriteit en, na afwijzing van dit bezwaar, beroep ingesteld bij de Klaipėdos apygardos teismas (regionale bestuursrechter Klaipėda, Litouwen). De Klaipėdos apygardos teismas, heeft dit beroep op 18 augustus 2014 verworpen. Borta heeft tegen deze beslissing hoger beroep ingesteld bij het Lietuvos apeliacinis teismas (appelrechter, Litouwen), die het beroep op 13 november 2014 heeft verworpen. Beide rechters oordeelden in wezen dat de litigieuze bepaling van het bestek was gerechtvaardigd door de aard van het onderwerp van de opdracht en de betekenis daarvan voor het algemeen belang, en dat de gezamenlijke en verschillende aansprakelijkheden van de deelnemers aan de combinatie ten aanzien van de Zeehavenautoriteit op zich geen garantie vormden voor het welslagen van de uitvoering van de overheidsopdracht. De stelling dat de achtereenvolgende wijzigingen in het bestek onrechtmatig waren werd ook door hen afgewezen, aangezien artikel 27, lid 4, van de wet betreffende overheidsopdrachten uitdrukkelijk bepaalt dat de Zeehavenautoriteit bevoegd is om deze bepalingen te verduidelijken.

5 — Op hetzelfde moment werd punt 4.2.3 van het bestek door de aanbestedende dienst uit eigen beweging enigszins aangepast. Deze wijziging van het bestek is echter niet aan de orde in het hoofdgeding.

6 — Dit laatste vereiste noem ik het „overeenstemmingsvereiste". De „hoeveelheid werk" wordt vermoedelijk in geld uitgedrukt.

7 — De offerte van de uitgekozen inschrijver had een waarde van het equivalent van ongeveer 3 168 400 EUR in LTL.

23. Borta ging tegen het arrest van het Lietuvos apeliacinis teismas in cassatie bij het Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, dat de behandeling van de zaak heeft geschorst en heeft verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten de artikelen 37, 38, 53 en 54 van richtlijn 2004/17 samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot de voornoemde bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:

a) zij in de weg staan aan een nationale regel krachtens welke, in het geval onderaannemers worden uitgenodigd voor de uitvoering van werken, het hoofdgedeelte van het werk dat als zodanig is aangewezen door de aanbestedende dienst, door de leverancier moet worden uitgevoerd?[8]

b) zij in de weg staan aan een regeling die in de aanbestedingsstukken is vastgesteld met betrekking tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers, zoals die welke door de aanbestedende dienst in de bestreden bepaling van het bestek is vastgesteld, die vereist dat het gedeelte dat de beroepsbekwaamheid van de betreffende entiteit (een deelnemer aan de combinatie) vertegenwoordigt, moet overeenkomen met het specifieke gedeelte van het werk dat hij daadwerkelijk op grond van de overheidsopdracht zal uitvoeren?

2) Moeten de artikelen 10, 46 en 47 van richtlijn 2004/17 samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot deze bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:

a) het beginsel van gelijke behandeling van leveranciers en het transparantiebeginsel niet worden geschonden in het geval de aanbestedende dienst:

— in eerste instantie in de aanbestedingsstukken voorziet in een algemene mogelijkheid tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers, maar niet formuleert hoe aan deze mogelijkheid uitvoering moet worden gegeven;

— vervolgens in de loop van de aanbestedingsprocedure de vereisten op grond waarvan de kwalificaties van leveranciers wordt beoordeeld nader formuleert door bepaalde beperkingen op te leggen met betrekking tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers;

— vanwege deze nadere bepaling van de inhoud van de aan de kwalificaties gestelde vereisten, de uiterste termijn voor het indienen van inschrijvingen verlengt en deze verlenging aankondigt in het *Publicatieblad [van de Europese Unie*]?

b) een beperking die wordt gesteld aan het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers niet duidelijk op voorhand behoeft te worden aangegeven indien een dergelijke beperking op grond van de bijzondere aard van de activiteiten van de aanbestedende dienst en de bijzondere kenmerken van de overheidsopdracht voorspelbaar en te rechtvaardigen is?”

24. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Zeehavenautoriteit, de Litouwse regering en de Europese Commissie. Dezelfde partijen en Borta hebben pleidooi gehouden ter terechtzitting van 1 juni 2016.

8 — De verwijzingsbeslissing meldt dat de rechter deze vraag „ambtshalve” heeft gesteld in verband met de bescherming van het algemeen belang.

Beoordeling

Voorafgaande opmerkingen

25. De Litouwse regering stelde ter terechtzitting dat in artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten de nieuwe regel betreffende onderaanneming van artikel 79, lid 3, van richtlijn 2014/25/EU[9] is omgezet voordat de gestelde omzettingstermijn van deze richtlijn is verstreken en dat het Hof bijgevolg de onderhavige verwijzing alleen in het kader van deze richtlijn moet beoordelen.[10] De Zeehavenautoriteit heeft een vergelijkbaar standpunt ingenomen. De Commissie betoogde daarentegen dat er geen rekening met richtlijn 2014/25 mag worden gehouden. Ten eerste werd artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten vastgesteld voordat deze richtlijn werd aangenomen. Ten tweede heeft Litouwen de Commissie niet in kennis gesteld van de maatregelen tot omzetting van richtlijn 2014/25 in Litouws recht.

26. Volgens vaste rechtspraak is de toepasselijke richtlijn in beginsel die welke van kracht is op het moment 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.[11]

27. Richtlijn 2014/25 heeft richtlijn 2004/17 per 18 april 2016 vervangen en is daarom niet van toepassing op het hoofdgeding, waarin de openbare aanbesteding op 2 april 2014 werd aangekondigd. Zoals het Hof onlangs heeft geoordeeld in verband met richtlijn 2014/24, zouden de lidstaten, maar ook de aanbestedende diensten en de ondernemers, onvoldoende tijd hebben om zich aan te passen aan de bij die richtlijn ingevoerde nieuwe bepalingen indien deze richtlijn zou worden toegepast vóór het verstrijken van de omzettingstermijn ervan.[12] Dit zou naar mijn mening ook in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel.[13] Hetzelfde geldt naar analogie voor richtlijn 2014/25.

28. Daarnaast staat vast dat de waarde van de betrokken opdracht (die vermoedelijk kan worden bepaald aan de hand van de duurste offerte die was ingediend, dat wil zeggen van een bedrag van het equivalent van 4 761 459,72 EUR in LTL) onder de drempelwaarde van 5 186 000 EUR ligt die voor opdrachten voor werken, in de relevante periode, in artikel 16, onder b), van richtlijn 2004/17 was vastgesteld. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, valt de betrokken overheidsopdracht bijgevolg buiten het toepassingsgebied van richtlijn 2004/17.

29. De verwijzende rechter betoogt echter dat het Hof bevoegd is om de prejudiciële vragen te beantwoorden. Ten eerste had de Zeehavenautoriteit met de openbare aanbesteding duidelijk een internationaal toepassingsgebied voor ogen door deze en de daaropvolgende wijzigingen van het bestek in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekend te maken. Dit wordt bevestigd door het feit

9 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243). Volgens deze bepaling „[kunnen] [i]n het geval van opdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor diensten […] aanbestedende instanties eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de inschrijving door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 37, lid 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie". Artikel 63, lid 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/EG (PB 2014, L 94, blz. 65) voorziet in een soortgelijke regel.

10 — Uit de schriftelijke opmerkingen van de Litouwse regering blijkt dat ten tijde van de feiten richtlijn 2014/25 nog niet volledig in Litouws recht was omgezet.

11 — Arresten van 10 juli 2014, Impresa Pizzarotti, C-213/13, EU:C:2014:2067, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 83.

12 — Arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 86.

13 — Zie naar analogie arrest van 15 oktober 2009, Hochtief en Linde-Kca-Dresden, C-138/08, EU:C:2009:627, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk, C-337/98, EU:C:2000:543, punt 40.

dat twee niet-Litouwse ondernemingen inschrijvingen hadden ingediend. De verwijzende rechter geeft in wezen ook aan dat de Litouwse wetgever bij de omzetting van richtlijn 2004/17 in de wet betreffende overheidsopdrachten heeft besloten om bepaalde regels van deze richtlijn toe te passen op aanbestedingsprocedures die buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen.

30. Ter terechtzitting voegde de Litouwse regering daaraan toe dat het Litouwse recht voorschrijft dat aanbestedende diensten een procedurele keuze moeten maken wanneer zij een aanbestedingsprocedure organiseren voor een opdracht waarvan de geraamde waarde onder de betreffende drempelwaarde ligt. Zij kunnen ervoor kiezen om voor dergelijke opdrachten ofwel de eenvoudige procedure op grond van het nationale recht toe te passen, ofwel de procedure die van toepassing is op overheidsopdrachten die boven de betreffende drempelwaarde liggen. In dit laatste geval en bij toepassing van het op dat moment geldende Unierecht, is de aanbestedende dienst gebonden aan het bepaalde in – afhankelijk van het onderwerp van de overheidsopdracht – richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18/EG.[14] De nationale rechters zouden deze dan ook moeten toepassen.

31. In bepaalde omstandigheden staat het zuiver interne karakter van een situatie er niet aan in de weg dat het Hof een krachtens artikel 267 VWEU gestelde vraag beantwoordt.[15] Dat kan met name het geval zijn wanneer het nationale recht de verwijzende rechter voorschrijft een burger van zijn lidstaat dezelfde rechten toe te kennen als een burger van een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het Unierecht zou ontlenen of wanneer het verzoek om een prejudiciële beslissing betrekking heeft op bepalingen van het Unierecht waarnaar het nationale recht van een lidstaat verwijst ter bepaling van de voorschriften die in een zuiver interne situatie van die staat van toepassing zijn.[16]

32. Met betrekking tot deze laatste situatie is het Hof bevoegd om te antwoorden op een vraag betreffende bepalingen van Unierecht indien de feiten van het hoofdgeding buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen, maar waarin deze bepalingen *rechtstreeks* en *onvoorwaardelijk* toepasselijk zijn krachtens nationaal recht, teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van interne situaties en situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen.[17] De Unie heeft er immers stellig belang bij dat, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst, de overgenomen bepalingen of begrippen van het Unierecht op uniforme wijze worden uitgelegd wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor situaties die niet binnen de werkingssfeer van de betrokken Uniehandeling vallen, conformeert aan de in deze handeling gekozen oplossingen, teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van interne en Unierechtelijke situaties, ongeacht de omstandigheden waaronder de uit het Unierecht overgenomen bepalingen of begrippen toepassing moeten vinden.[18]

33. In de onderhavige zaak zijn er echter onvoldoende nauwkeurige aanwijzingen dat de aangehaalde bepalingen van Unierecht „rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk zijn krachtens nationaal recht" teneinde te verzekeren dat interne situaties en situaties die binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, aan dezelfde regelgeving zijn onderworpen.[19] In het bijzonder heeft noch de verwijzende rechter, noch de Litouwse regering het Hof gewezen op specifieke bepalingen van

14 — Richtlijn 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).

15 — Zie onder meer beschikking van 3 juli 2014, Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, punt 38.

16 — Zie onder andere beschikkingen van 3 juli 2014, Tudoran, C-92/14, EU:C:2014:2051, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 12 mei 2016, Security Service e.a., C-692/15–C-694/15, EU:C:2016:344, punt 27.

17 — Arresten van 22 december 2008, Les Vergers du Vieux Tauves, C-48/07, EU:C:2008:758, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punt 23.

18 — Arrest van 7 november 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 — Zie onder andere arrest van 18 oktober 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punt 51. In zijn arrest van 14 januari 2016, Ostas celtnieks (C-234/14, EU:C:2016:6, punten 19-21), heeft het Hof ermee ingestemd om richtlijn 2004/18 uit te leggen met inachtneming van met name de opmerking van de Letse regering dat het Letse recht betreffende overheidsopdrachten voor werken van toepassing was op overheidsopdrachten voor werken waarmee een bedrag is gemoeid dat onder de in richtlijn 2004/18 gehanteerde drempelwaarde ligt. Het Hof oordeeldee echter dat het alleen bevoegd was om de prejudiciële vragen te beantwoorden „onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties".

Litouws recht volgens welke richtlijn 2004/17 rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing is op overheidsopdrachten waarvan de waarde niet de desbetreffende drempelwaarde van artikel 16 van deze richtlijn overschrijdt. [20] Om die reden concludeer ik dat het Hof niet bevoegd is om richtlijn 2004/17 uit te leggen in het kader van de onderhavige zaak.

34. In de prejudiciële vragen wordt alleen verzocht om uitlegging van richtlijn 2004/17. Om een nationale rechter die een prejudiciële vraag aan het Hof heeft voorgelegd een bruikbaar antwoord te geven, kan het Hof het echter noodzakelijk achten bepalingen van Unierecht in aanmerking te nemen waarvan de nationale rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing geen melding heeft gemaakt. [21]

35. Daarom is het noodzakelijk vast te stellen of het Hof bevoegd is om de prejudiciële vragen te beantwoorden op grond van de algemene beginselen van het VWEU, met name de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie op grond van nationaliteit en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting. Hiertoe is volgens vaste rechtspraak vereist dat de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, met name gelet op de omvang en de plaats van uitvoering ervan. [22] Het bestaan van een dergelijk grensoverschrijdend belang moet worden vastgesteld aan de hand van alle relevante criteria, zoals de economische waarde van de opdracht, de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd en de technische aspecten ervan, waarbij dient te worden gelet op de specifieke kenmerken van de betrokken opdracht. [23]

36. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat het bestaan van een grensoverschrijdend belang met name kan worden vastgesteld door het aanzienlijke bedrag van de betreffende opdracht, in combinatie met de plaats van uitvoering van de werken of de technische kenmerken van de opdracht. [24] Derhalve kan een opdracht voor werken een grensoverschrijdend belang vertonen wegens de geraamde waarde ervan, in combinatie met de technische aard ervan of de uitvoering van de werken op een plek die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant zou kunnen zijn. [25]

37. In sommige gevallen laat het Hof het aan de nationale rechter over om te bepalen of er een grensoverschrijdend belang bestaat. [26] In de onderhavige zaak beschikt het Hof echter over voldoende elementen om vast te stellen dat er bij de betrokken overheidsopdracht inderdaad daadwerkelijk sprake is van een dergelijk grensoverschrijdend belang. Ten eerste is de geraamde waarde van de opdracht aanzienlijk. [27] Daarnaast is de haven van Klaipėda een van de belangrijkste havens aan de Baltische Zee. Voor de bouw van zeekades zoals in de betrokken aanbestedingsprocedure is beoogd, is bovendien uitgebreide technische kennis vereist waarvan kan worden aangenomen dat slechts een beperkt aantal ondernemingen daarover beschikt. Ten slotte wordt de aantrekkingskracht van deze overheidsopdracht bevestigd door het feit dat twee niet-Litouwse ondernemingen inschrijvingen hadden ingediend [28], waarvan aan één uiteindelijk de opdracht werd gegund.

20 — Zie naar analogie arrest van 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punt 25.

21 — Zie onder meer arresten van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

22 — Zie onder meer arresten van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, EU:C:2012:817, punt 23; van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 24, en van 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punt 27.

23 — Zie recentelijk arrest van 14 juli 2016, Promoimpresa, C-458/14-C-67/15, EU:C:2016:558, punt 66 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie tevens mijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 26 april 2007, Commissie/Finland, C-195/04, EU:C:2007:28, punt 55.

24 — Arrest van 16 april 2015, SC Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 20.

25 — Zie arresten van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, EU:C:2008:277, punt 24, en van 17 november 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, punt 51.

26 — Zie onder andere arresten van 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punt 25, en van 14 november 2013, Belgacom, C-221/12, EU:C:2013:736, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

27 — Zie naar analogie arrest van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 20.

28 — Zie arresten van 15 mei 2008, SECAP en Santorso, C-147/06 en C-148/06, EU:C:2008:277, punt 24, en van 17 november 2015, RegioPost, C-115/14, EU:C:2015:760, punt 51.

38. De prejudiciële vragen dienen daarom te worden onderzocht in het licht van de uit de artikelen 49 en 56 VWEU voortvloeiende algemene beginselen van transparantie en gelijke behandeling die bij gunning van overheidsopdrachten moeten worden geëerbiedigd. [29] Daar de artikelen 49 en 56 VWEU van toepassing zijn op een opdracht als die in het hoofdgeding, moet de Zeehavenautoriteit voldoen aan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de transparantieverplichting die in deze artikelen zijn vastgesteld. [30]

Beperking op onderaanneming van artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten [punt a) van de eerste vraag]

39. Met punt a) van de eerste vraag, wenst de verwijzende rechter te vernemen of het Unierecht in de weg staat aan een bepaling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, krachtens welke, in geval van overheidsopdrachten voor werken, het „hoofdgedeelte van het werk" dat als zodanig door de aanbestedende dienst is aangewezen, door de inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.

40. De rechtmatigheid van deze beperking betreffende onderaanneming is niet door Borta betwist in haar cassatieberoep bij de verwijzende rechter. Deze rechter heeft de vraag „ambtshalve" in het algemeen belang gesteld. Het is namelijk niet direct duidelijk of de feiten van het hoofdgeding betrekking hebben op onderaanneming. Een inschrijving die wordt ingediend krachtens een combinatieovereenkomst, kan meebrengen dat wanneer de inschrijving wordt aanvaard, alle deelnemers afzonderlijk partij worden bij de overheidsopdracht van de aanbestedende dienst. In een dergelijke situatie gaat het niet om onderaanneming, waarvan alleen sprake is wanneer de opdracht (geheel of gedeeltelijk) door derden wordt uitgevoerd. [31] Daarentegen is er bij een combinatieovereenkomst sprake van onderaanneming als slechts een van de deelnemers formeel als inschrijver zou optreden, maar alle deelnemers de opdracht uitvoeren, of als zij een joint-ventureonderneming oprichten die, in plaats van de deelnemers, zelf partij wordt bij de opdracht. Over de inschrijving die Borta heeft ingediend is slechts beperkte informatie beschikbaar en het staat niet aan dit Hof om vast te stellen of er bij deze inschrijving daadwerkelijk of mogelijk sprake is van onderaanneming.

41. Volgens vaste rechtspraak kan het Hof geen uitspraak op een prejudiciële vraag van een nationale rechter doen wanneer duidelijk blijkt dat de door de nationale rechter gestelde vraag over de uitlegging of de geldigheid van een voorschrift van Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding. [32] Dat is hier echter niet het geval. Punt 4.3 van het bestek, dat de kern vormt van het hoofdgeding, verwijst uitdrukkelijk naar artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten. Tegen deze achtergrond blijkt niet dat punt a) van de eerste vraag duidelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding. Bijgevolg is deze vraag ontvankelijk. [33]

42. Ik kom nu tot de inhoud van de zaak.

29 — Zie onder andere arresten van 13 november 2007, Commissie/Ierland, C-507/03, EU:C:2007:676, punt 26, en van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 27. Het Hof heeft bij herhaling geoordeeld dat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op Unieniveau juist zijn gecoördineerd om belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en goederen op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden (zie bijvoorbeeld arresten van 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, punt 16; van 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punt 32, en van 24 januari 2008, Lianakis e.a., C-532/06, EU:C:2008:40, punt 39).

30 — Zie naar analogie arrest van 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

31 — Zie met betrekking tot dit onderscheid de conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 17 april 2016, Partner Apelski Dariusz? C-324/14, EU:C:2015:558, punt 22.

32 — Zie onder andere arrest van 12 mei 2011, Runevič-Vardyn en Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, punt 33.

33 — Zie naar analogie arrest van 12 mei 2011, Runevič-Vardyn en Wardyn, C-391/09, EU:C:2011:291, punt 34.

43. Volgens vaste rechtspraak staan de artikelen 49 en 56 VWEU in de weg aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de door die verdragsbepalingen gewaarborgde vrijheid van vestiging en van dienstverrichting door burgers van de Europese Unie onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken. [34]

44. Met betrekking tot overheidsopdrachten en de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting is het in het belang van de Europese Unie om de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers aan een openbare aanbesteding te waarborgen, zelfs indien richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten niet van toepassing zijn. [35] Dat is in het eigen belang van de aanbestedende dienst die aldus met betrekking tot de voordeligste en meest aan zijn behoeften aangepaste aanbieding over een ruimere keuze beschikt. [36] Een van hoofddoelen van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantieverplichting als uitvloeisel daarvan, is bijgevolg het garanderen van het vrije verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. [37]

45. Onderaanneming draagt bij aan deze doelen, aangezien kleine en middelgrote ondernemingen hierdoor zullen worden aangemoedigd om mee te dingen naar overheidsopdrachten waardoor het aantal potentiële gegadigden voor overheidsopdrachten wordt vergroot. [38]

46. In de onderhavige zaak beperkt een bepaling zoals artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten duidelijk de mogelijkheid voor ondernemingen die in andere lidstaten zijn gevestigd om hun rechten krachtens de artikelen 49 en 56 VWEU uit te oefenen, voor zover deze bepaling eraan in de weg staat dat zij, als zij zich voor de opdracht inschrijven, hetzij het „hoofdgedeelte van het werk" dat als zodanig is aangewezen door de aanbestedende dienst, volledig of gedeeltelijk uitbesteden, hetzij hun eigen diensten als onderaannemer aanbieden voor dat deel van de opdracht. Zoals de Commissie terecht opmerkt, beperkt artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten derhalve de vrijheid om diensten te verrichten en de vrijheid van vestiging.

47. Niettemin kan een dergelijke beperking gerechtvaardigd zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen dat zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. [39]

48. De Litouwse regering licht toe dat de betrokken beperking met betrekking tot onderaanneming was ingevoerd zodat aanbestedende diensten gemakkelijker hun belangen zouden kunnen beschermen en garanderen dat de uitbestede werkzaamheden naar behoren worden uitgevoerd. Deze beperking beoogde met name een oplossing te bieden voor de veelvoorkomende situatie waarbij ondernemers deelnemen aan inschrijvingsprocedures met het oogmerk bij aanvaarding het grootste deel van de opdracht uit te besteden. Vaak leidde dit tot lagere kwaliteit of moeilijkheden bij de uitvoering. De Litouwse regering betoogt daarnaast dat artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten in overeenstemming is met het gemeenschappelijke standpunt over soortgelijke vraagstukken binnen

34 — Arresten van 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punt 41, en van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

35 — Zie arresten van 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punt 37; van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 29, en van 11 december 2014, Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e.a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

36 — Arrest van 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

37 — Zie onder meer arrest van 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 28.

38 — Zie naar analogie arresten van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punt 34, en van 14 januari 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punt 24. Zie ook mijn conclusie in de zaak die heeft geleid tot het arrest van Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2015:761, punt 30.

39 — Zie onder andere arresten van 27 oktober 2005, Contse e.a., C-234/03, EU:C:2005:644, punt 25, en van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 31. Zie tevens over het evenredigheidsbeginsel dat als algemeen beginsel van Unierecht wordt toegepast in het kader van aanbestedingsprocedures die buiten het toepassingsgebied van richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18 vallen, arrest van 22 oktober 2015, Impresa Edilux en SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punt 29.

de Raad, dat in het bijzonder heeft geleid tot de regel die thans is neergelegd in artikel 79, lid 3, van richtlijn 2014/25.[40] Ter terechtzitting heeft de Zeehavenautoriteit in wezen opgemerkt dat zij er een gerechtvaardigd belang bij heeft dat overheidsopdrachten als in het hoofdgeding aan de orde, die van strategisch belang zijn voor de nationale veiligheid, naar behoren worden uitgevoerd.

49. Het is gerechtvaardigd dat een aanbestedende dienst wil verzekeren dat een overheidsopdracht efficiënt en naar behoren wordt uitgevoerd.[41] Dat geldt met name wanneer de betreffende werkzaamheden noodzakelijk worden geacht voor de bescherming van de nationale veiligheid die, volgens artikel 4, lid 2, VEU, tot de essentiële staatsfuncties behoort die de Europese Unie dient te eerbiedigen.[42] Bijgevolg mag van een inschrijver worden vereist dat hij aantoont dat hij werkelijk beschikt over de niet aan zichzelf toebehorende middelen van de entiteiten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.[43] Overeenkomstig heeft de aanbestedende dienst het recht voor de uitvoering van wezenlijke onderdelen van de opdracht te verbieden dat een beroep wordt gedaan op onderaannemers wier capaciteiten hij bij het onderzoek van de offertes en de selectie van de aannemer niet heeft kunnen nagaan.[44]

50. De beperking van de vrijheid om diensten te verrichten en de vrijheid van vestiging die artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten meebrengt, lijkt echter niet evenredig met die doelstelling.

51. Ten eerste is deze beperking zelfs van toepassing wanneer de aanbestedende dienst de technische en economische bekwaamheden van de onderaannemers tijdens de aanbestedingsprocedure feitelijk kan nagaan. Een alternatief voor deze beperking zou (bijvoorbeeld) kunnen zijn dat de hoofdaannemer bij indiening van zijn inschrijving de onderaannemers vermeldt en zowel aantoont dat hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van deze onderaannemers die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht, als aantoont dat deze onderaannemers geschikt zijn om de taken uit te voeren die hij voornemens is aan hen toe te vertrouwen.

52. Ten tweede is artikel 24, lid 5, *te rigide* en *te vaag* om de evenredigheidstoets te doorstaan. Hoewel aanbestedende diensten over flexibiliteit lijken te beschikken bij het vaststellen van het „hoofdgedeelte van het werk" voor elke opdracht, is de beperking betreffende onderaanneming die uit deze bepaling voortvloeit, bijzonder ruim gedefinieerd. Deze is van toepassing ongeacht het voorwerp van de overheidsopdracht voor werken en is bindend voor aanbestedende diensten bij het sluiten van alle soorten overheidsopdrachten voor werken, zelfs wanneer zij menen dat er geen enkele duidelijke reden is om überhaupt een dergelijke beperking op te leggen.

53. Zoals de Commissie opmerkt, verschilt de beperking inzake onderaanneming van artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten in dat opzicht van artikel 79, lid 3, van richtlijn 2014/25. Op grond van deze bepaling *kan* de aanbestedende dienst eisen dat met name bepaalde *kritieke* taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht. Aanbestedende diensten kunnen derhalve beoordelen of een dergelijke beperking geschikt is naargelang de omstandigheden. Hieruit volgt dat zelfs al zou artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, zoals de Litouwse regering stelt, moeten worden beschouwd als een omzetting van artikel 79, lid 3, van richtlijn 2014/25 in Litouws recht[45] , deze omzetting onjuist zou zijn.

40 — Richtlijn 2004/17 bevat geen regel die met deze bepaling vergelijkbaar is.

41 — Zie naar analogie arrest van 14 juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook mijn conclusie in deze zaak, EU:C:2015:761, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

42 — Of nationale veiligheidsoverwegingen een beperking van de voor de onderhavige procedure relevante verdragsbeginselen kunnen rechtvaardigen is een andere vraag die hier niet hoeft te worden behandeld.

43 — Zie naar analogie arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

44 — Zie naar analogie arresten van 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom, C-314/01, EU:C:2004:159, punt 45, en van 14 juli 2016, Wrocław – Miasto na prawach powiatu, C-406/14, EU:C:2016:562, punt 34.

45 — Zie punt 25 hierboven.

54. Om deze redenen ben ik van mening dat, in het kader van een overheidsopdracht waarop richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18 niet van toepassing is, maar die een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de transparantieverplichting, die beide voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, in de weg staan aan een nationale regel zoals die van artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, op grond waarvan het „hoofdgedeelte van het werk" dat als zodanig is aangewezen door de aanbestedende dienst, door de inschrijver zelf moet worden uitgevoerd, waarbij het niet mogelijk is dat deel van de opdracht in onderaanneming te geven.

Rechtmatigheid van punt 4.3 van het bestek [punt b) van de eerste vraag]

55. In punt b) van de eerste vraag wordt gevraagd of het Unierecht eraan in de weg staat dat het bestek vereist dat, indien deelnemers voorstellen hun beroepsbekwaamheid te combineren door gezamenlijk een inschrijving in te dienen, het gedeelte van de opdracht dat ieder combinantlid uitvoert, rekenkundig gezien overeenstemt met zijn bijdrage aan de nakoming van een vereiste betreffende beroepservaring.

56. In het hoofdgeding heeft punt 4.3 van het bestek betrekking op de gunning van de overheidsopdracht. Deze specificatie moet worden gelezen in samenhang met punt 4.2.3 van het bestek, dat vereist dat in de door de combinantleden ingediende inschrijvingen de verplichtingen (werkzaamheden of diensten) die door elk van hen worden uitgevoerd, moeten worden gespecificeerd en hun aandeel daarin in een percentage wordt aangeduid. De aanbestedende dienst is dan in staat om bij het onderzoek van de inschrijvingen en de selectie van de gekozen inschrijving na te gaan dat iedere deelnemer verantwoordelijk is voor een gedeelte van de werkzaamheden of diensten dat overeenstemt met zijn bijdrage aan het vereiste inzake beroepservaring in punt 3.2.1 van het bestek.

57. De hiervoor vermelde beginselen betreffende onderaanneming gelden ook voor combinantleden die hun draagkracht bundelen.[46]

58. Naar mijn mening kan een vereiste zoals dat in punt 4.3 van het bestek de flexibiliteit van combinantleden beperken. Dit betekent niet alleen dat de wijze waarop zij besluiten de verantwoordelijkheden onderling te verdelen wordt beïnvloed wanneer zij hun gezamenlijke inschrijving indienen, maar ook dat in een later stadium, als de opdracht aan hen wordt gegund, de bijdrage van iedere deelnemer aan de opdracht voor werken niet kan worden aangepast.

59. Derhalve kan het vereiste van punt 4.3 van het bestek een afschrikkende werking uitoefenen op ondernemers die in andere lidstaten zijn gevestigd. Het heeft gevolgen voor ondernemers die zich in de betrokken lidstaat willen vestigen door oprichting van een duurzaam consortium dat mogelijk bestaat uit nationale en buitenlandse ondernemingen. Het raakt ook ondernemers die hun diensten willen aanbieden door lid te worden van een reeds bestaand duurzaam consortium om gemakkelijker te kunnen deelnemen aan door de aanbestedende diensten van die lidstaat uitgeschreven openbare aanbestedingsprocedures.[47] Een dergelijke specificatie vormt bijgevolg een beperking in de zin van de artikelen 49 en 56 VWEU.

60. De Zeehavenautoriteit en de Litouwse regering betogen in wezen dat punt 4.3 van het bestek louter is bedoeld om te waarborgen dat ieder combinantlid beschikt over de nodige beroepsbekwaamheid om dat gedeelte van de overheidsopdrachten voor werken uit te voeren waarmee hij wordt belast.

46 — Zie punten 43-45, punt 47 en punt 49 van deze conclusie.

47 — Zie naar analogie arrest van 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punt 42.

61. Ik heb reeds aangegeven dat de doelstelling dat een overheidsopdracht naar behoren wordt uitgevoerd, een (niet-discriminerende) beperking op de vrijheid om diensten te verrichten en vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen. [48] Deelnemers die hun activiteiten uitoefenen in het kader van een combinatieovereenkomst, kunnen in staat zijn om *gezamenlijk* aan de voorwaarde(n) betreffende de door de aanbestedende dienst bepaalde beroepsbekwaamheid (waaronder beroepservaring) te voldoen bij de indiening van de inschrijving. Dat garandeert echter niet dat vervolgens iedere deelnemer daadwerkelijk wordt belast met de specifieke taken waarvoor zijn beroepsbekwaamheid is beoordeeld voorafgaand aan de gunning van deze opdracht. De artikelen 49 en 56 VWEU staan er om die reden in beginsel er niet aan in de weg dat een aanbestedende dienst eist dat in inschrijvingen die in het kader van een combinatieovereenkomst worden ingediend, nauwkeurig wordt aangegeven hoe de verschillende taken onder de deelnemers worden verdeeld, nagaat of iedere deelnemer de draagkracht heeft om de taken uit te voeren waarmee hij wordt belast en, na de gunning van de opdracht, controleert of iedere deelnemer naar behoren de taken uitvoert waarvoor zijn beroepsbekwaamheid is aangetoond. [49]

62. Punt 4.3 van het bestek dat hier aan de orde is, is echter niet geschikt om de verwezenlijking van deze doelstelling te waarborgen.

63. Dat punt vereist dat de bijdrage van iedere deelnemer aan het vereiste van beroepservaring van punt 3.2.1 rekenkundig gezien overeenkomt met de hoeveelheid werk (of waarde daarvan uitgedrukt in geld) die deze deelnemer daadwerkelijk vervult bij de uitvoering van de opdracht.

64. Zoals de Commissie terecht opmerkt, houdt deze bepaling *geen verband* met de *specifieke werkzaamheden of diensten* die zijn vereist om de betrokken overheidsopdracht naar behoren uit te voeren. Zo zou iedere deelnemer aan een combinatieovereenkomst kunnen aantonen dat hij in de afgelopen vijf jaar ervaring heeft opgedaan met bouw- of herstelwerkzaamheden van zeekades. Gezamenlijk voldoen de deelnemers dan aan het vereiste van beroepsbekwaamheid van punt 3.2.1 van het bestek. Ieder van hen kan echter zijn gespecialiseerd in een ander onderdeel van bouwwerkzaamheden van zeekades, zoals het baggeren van een havendok, de uitvoering van funderingswerken, het bouwen van stalen wanden of het leveren en installeren van materiaal voor zeekades. Het vereiste van punt 4.3 sluit niet uit dat een individuele deelnemer specifiek taken uitvoert waarmee hij in feite geen ervaring heeft (hoewel deze taken rekenkundig gezien zouden kunnen overeenkomen met zijn bijdrage aan de vervulling van het vereiste van punt 3.2.1 van het bestek, en dus kunnen worden voldaan aan punt 4.3 daarvan).

65. Om die reden ben ik van mening dat de doelstelling dat de overheidsopdracht naar behoren wordt uitgevoerd, in een situatie als in het hoofdgeding, de uit punt 4.3 van het bestek voortvloeiende beperking op de vrijheid om diensten te verrichten en de vrijheid van vestiging niet kan rechtvaardigen. Dat geldt des te meer omdat zelfs taken die een klein deel van de totale waarde van de opdracht vertegenwoordigen, essentieel kunnen zijn voor de behoorlijke uitvoering daarvan. [50]

66. De Zeehavenautoriteit betoogt dat naleving van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het transparantiebeginsel vereist dat alleen de beroepsbekwaamheid die daadwerkelijk voor de uitvoering van de overheidsopdracht zal worden gebruikt, in aanmerking kan worden genomen bij de beoordeling van de beroepsbekwaamheid van individuele combinantleden.

48 — Zie punt 49 van deze conclusie.

49 — Dezelfde achterliggende gedachte geldt voor onderaanneming. Zie punt 49 van deze conclusie en aldaar aangehaalde rechtspraak naar analogie in voetnoten 43 en 44.

50 — Bijvoorbeeld afdichting van de infrastructuur tegen water.

67. Hoewel deze doelstellingen rechtmatig zijn [51], houdt dit argument geen stand. In antwoord op een vraag van het Hof ter terechtzitting verklaarde de Zeehavenautoriteit dat het bestek deelnemers die inschrijven in het kader van een combinatieovereenkomst niet verhinderde om, net als andere inschrijvers, de uitvoering van de overheidsopdrachten voor werken in onderaanneming te geven (uitgezonderd het „hoofdgedeelte van het werk") en dat onder deze omstandigheden de beroepservaring van de onderaannemers *niet* bij de indiening van de gezamenlijke inschrijving hoefde te worden vermeld. In tegenstelling tot hetgeen de Zeehavenautoriteit beweerde, waarborgde het bestek in het hoofdgeding daarom feitelijk niet dat de beroepsbekwaamheden waarover de deelnemers verklaarden te beschikken bij de indiening van een gezamenlijke inschrijving en die door de aanbestedende dienst waren gecontroleerd, daadwerkelijk zouden worden gebruikt voor de uitvoering van de betrokken overheidsopdrachten voor werken.

68. Om die reden ben ik van oordeel dat, in het kader van een overheidsopdracht met een waarde die onder de drempelwaarde van richtlijn 2004/17 of richtlijn 2004/18 ligt, maar die een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de transparantieverplichting, die beide voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, in de weg staan aan een bepaling van een bestek zoals die in punt 4.3 van het aan de orde zijnde bestek, die vereist dat, indien deelnemers voorstellen hun beroepsbekwaamheden te combineren door gezamenlijk een inschrijving in te dienen, het gedeelte van de opdracht dat ieder combinantlid uitvoert, rekenkundig gezien overeenstemt met zijn bijdrage aan de nakoming van een vereiste betreffende beroepservaring.

Rechtmatigheid van de wijzigingen van punt 4.3 van het bestek tijdens de aanbestedingsprocedure (tweede vraag)

69. Verzetten het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit die voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, en de daaruit volgende transparantieverplichting zich ertegen dat de Zeehavenautoriteit punt 4.3 van het bestek aanpaste zoals zij heeft gedaan?

70. De rechtspraak van het Hof waarin artikel 2 van richtlijn 2004/18 wordt uitgelegd, biedt nuttige handvatten voor de beantwoording van deze vraag. Volgens deze bepaling „[behandelen] [a]anbestedende diensten […] ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten [zij] transparantie in hun handelen". Deze bepaling is derhalve gebaseerd op het beginsel van gelijke behandeling, het discriminatieverbod en de transparantieverplichting die uit het VWEU voortvloeien. [52]

71. Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat zowel het beginsel van gelijke behandeling als het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel vereisen dat het voorwerp van elke opdracht en de gunningscriteria ervan duidelijk worden omschreven. [53] Gelijke behandeling vereist dat inschrijvers bij het opstellen van hun offerte dezelfde kansen krijgen. Dit betekent dat voor de offertes van alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. [54] De transparantieverplichting heeft voorts ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Dit impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en

51 — Zie in dit verband arresten van 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punten 31 en 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en van 22 oktober 2015, Impresa Edilux en SICEF, C-425/14, EU:C:2015:721, punt 36.

52 — Arrest van 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punt 34.

53 — Arresten van 10 december 2009, Commissie/Frankrijk, C-299/08, EU:C:2009:769, punt 41, en van 10 mei 2012, Commissie/Nederland, C-368/10, EU:C:2012:284, punt 56.

54 — Arrest van 6 november 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44.

ondubbelzinnige wijze, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier 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. [55]

72. Bijgevolg kan een aanbestedende dienst niet, zelfs niet door correcties, de betekenis wijzigen van de wezenlijke contractuele voorwaarden zoals die in het bestek zijn geformuleerd en waarop de betrokken ondernemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing om een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien. [56]

73. Dezelfde beginselen zijn van toepassing wanneer een opdracht die niet onder richtlijn 2004/18 valt, een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. In het arrest Enterprise Focused Solutions [57] heeft het Hof geoordeeld dat een aanbestedende dienst na bekendmaking van de aankondiging van de opdracht de technische specificatie inzake een onderdeel van de opdracht niet mag wijzigen, hetgeen in strijd zou zijn met het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie alsook met de transparantieverplichting. [58] Dat is in lijn met andere arresten waarin het Hof duidelijk heeft gesteld dat op grond van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, als algemene regel, een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver, tenzij met de aanpassing een kennelijke materiële fout wordt recht gezet of gegevens worden gepreciseerd. [59]

74. In de onderhavige zaak heeft de Zeehavenautoriteit deze beginselen geschonden door twee wijzigingen van punt 4.3 van het bestek aan te brengen.

75. Ten eerste kunnen, zoals de Commissie opmerkt, deze wijzigingen niet worden beschouwd als een kleine verduidelijking van dat punt of een correctie van een kennelijke schrijffout. De oorspronkelijke versie van punt 4.3 stond duidelijk toe dat het vereiste van de beroepsbekwaamheid van punt 3.2.1 van het bestek werd vervuld door ten minste een deelnemer aan de combinatie of door alle deelnemers gezamenlijk. Met beide wijzigingen (op 24 april en 9 mei 2014) werden beperkingen ingevoerd betreffende het bewijs van de beroepsbekwaamheid in het geval van een combinatieovereenkomst. Deze beperkingen waren zonder meer niet in de oorspronkelijke versie van dit punt opgenomen. Integendeel, zij veranderden de essentie van punt 4.3 van het bestek waarop de betrokken ondernemers zich reeds rechtmatig hadden gebaseerd voor hun beslissing een offerte voor te bereiden of van deelneming aan de aanbestedingsprocedure af te zien. Om deze reden ben ik het oneens met de opmerking van de Zeehavenautoriteit dat voldoende geïnformeerde inschrijvers de betreffende wijzigingen hadden kunnen voorzien.

76. Bovendien heeft de Zeehavenautoriteit geen objectieve rechtvaardigingsgrond aangevoerd voor de reden van de twee materiële wijzigingen van punt 4.3 van het bestek na de aankondiging van de eerste aanbesteding. Hoewel het uiteindelijk aan de verwijzende rechter, als enige feitenrechter, staat om dit vast te stellen, kan niet op basis van de informatie waarover het Hof beschikt worden geconcludeerd dat deze wijzigingen noodzakelijk waren geworden vanwege een fundamentele wijziging in de omstandigheden waarin de betrokken overheidsopdracht gegund of uitgevoerd zou worden sinds de aanbesteding was aangekondigd.

55 — Zie onder andere arrest van 6 november 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak; zie ook arrest van 10 mei 2012, Commissie/Nederland, C-368/10, EU:C:2012:284, punt 88.

56 — Arrest van 10 mei 2012, Commissie/Nederland, C-368/10, EU:C:2012:284, punt 55.

57 — Arrest van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228.

58 — Arrest van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 29.

59 — Zie onder andere arrest van 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punten 31 en 32.

77. Er zijn omstandigheden denkbaar waarin een dergelijke fundamentele wijziging zich kan voordoen en waarin de aanbestedende dienst voor de keuze komt te staan om ofwel de aanbestedingsprocedure ab initio opnieuw te starten, ofwel het bestek te wijzigen. Beide oplossingen kunnen nadelige gevolgen hebben wat betreft onnodige kosten voor diegenen die reeds bij de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure zijn betrokken. Ook zullen zich voor de hand liggende problemen voordoen, met name met betrekking tot mogelijk misbruik of manipulatie, de behoefte aan transparantie en gelijke behandeling tussen (potentiële) inschrijvers en (eventuele) vergoeding van (een deel van) de onnodig gemaakte kosten. Gelukkig hoeft het Hof zich hier niet over deze netelige kwesties uit te spreken en ik zal niet voorstellen deze verder te onderzoeken.

78. In de omstandigheden van het onderhavige geval concludeer ik derhalve dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de transparantieverplichting, die beide voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, zich verzetten tegen wijzigingen van het bestek als in het hoofdgeding, waarbij beperkingen worden ingevoerd betreffende het bewijs van de beroepsbekwaamheid door combinantleden die zonder meer niet in de oorspronkelijke versie van het bestek waren opgenomen.

79. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan doordat de wijzigingen werden ingevoerd voordat er inschrijvingen waren ingediend of door de omstandigheid dat de Zeehavenautoriteit zowel de wijzigingen in het *Publicatieblad van de Europese Unie* had bekendgemaakt, als de uiterste termijn voor indiening van de inschrijvingen had verlengd. Zoals ik heb uitgelegd, werden door de achtereenvolgende wijzigingen van punt 4.3 van het bestek door de Zeehavenautoriteit de voorwaarden waaronder combinantleden een inschrijving konden indienen, zonder objectieve rechtvaardigingsgrond wezenlijk gewijzigd.[60]

80. Ten slotte wil ik benadrukken dat de hier geboden analyse voortvloeit uit de specifieke situatie van het hoofdgeding. Deze analyse loopt daarom geenszins vooruit op de wijze waarop het beginsel van gelijke behandeling, het discriminatieverbod en de transparantieverplichting die voortvloeien uit het VWEU, in andere omstandigheden van toepassing zouden zijn.

Conclusie

81. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van het Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in bestuurlijke en strafzaken, Litouwen) te beantwoorden als volgt:

„1) In het kader van een overheidsopdracht die niet valt onder richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, of onder 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, maar die een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, moeten het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de transparantieverplichting, die beide voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regel, zoals die van artikel 24, lid 5, van de Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (wet betreffende overheidsopdrachten), op grond waarvan het ‚hoofdgedeelte van het werk' dat als zodanig is aangewezen door de aanbestedende dienst, door de inschrijver zelf moet worden uitgevoerd, waarbij het niet mogelijk is dat deel van de opdracht in onderaanneming te geven.

2) In datzelfde kader staan het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de transparantieverplichting, die beide voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU in de weg aan een bepaling van een bestek zoals die in punt 4.3 van het betrokken bestek, die vereist dat, indien

60 — Zie punten 75 en 76 hierboven.

deelnemers voorstellen hun beroepsbekwaamheden te combineren door gezamenlijk een inschrijving in te dienen, het gedeelte van de opdracht dat ieder combinantlid uitvoert, rekenkundig gezien overeenstemt met zijn bijdrage aan de nakoming van het vereiste betreffende beroepservaring.

3) Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit en de transparantieverplichting, die beide voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU verzetten zich tegen wijzigingen van het bestek als in het hoofdgeding, waarbij zonder objectieve rechtvaardigingsgronden beperkingen worden ingevoerd betreffende het bewijs van de beroepsbekwaamheid door combinantleden die zonder meer niet in de oorspronkelijke versie van de bepalingen van het bestek waren opgenomen."