Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 8 september 2015 [1]

Zaak C-324/14

Partner Apelski Dariusz
tegen
Zarząd Oczyszczania Miasta

[verzoek van de Krajowa Izba Odwoławcza (Polen) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdracht — Richtlijn 2004/18/EG — Artikel 48, lid 3 — Technische en beroepsbekwaamheid van een ondernemer — Beroep ‚in voorkomend geval' door inschrijvers op de draagkracht van andere entiteiten — Aard van de banden tussen de inschrijver en deze andere entiteiten — Vorm en omvang van het gebruik van de draagkracht van andere entiteiten — Vereiste details van de aankondiging van een opdracht — Belang van richtlijn 2014/24/EU voor de uitlegging van richtlijn 2004/18"

I – **Inleiding**

1. Het onderhavige prejudiciële verzoek van de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen) betreft twee juridische vraagstukken die relevant zijn voor het recht van openbare aanbestedingen, en een derde, breder vraagstuk inzake de mate waarin een richtlijn die tijdens het voor de zaak relevante tijdvak nog niet in werking is getreden, waarvoor de omzettingstermijn evenmin is verstreken, kan worden gebruikt als hulpmiddel bij de uitlegging van de daardoor uiteindelijk te vervangen richtlijn.

2. Kort gezegd heeft de Zarząd Oczyszczania Miasta (de stedelijke reinigingsdienst; hierna: „de aanbestedende dienst"), een orgaan van de stad Warschau, PARTNER Dariusz Apelski (hierna: „PARTNER") van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht voor de mechanische reiniging van het wegdek van de stad Warschau uitgesloten. De reden daarvoor was dat de opdrachtgever er niet van overtuigd was dat PARTNER de opdracht naar behoren zou uitvoeren, aangezien volgens zijn inschrijving bepaalde diensten zouden worden verricht door een derde partij, gevestigd in een betrekkelijk verafgelegen Pools stadje.

3. De eerste groep vragen van de Krajowa Izba Odwoławcza heeft in wezen, zo niet uitsluitend, betrekking op het bewijs dat een ondernemer dient over te leggen wanneer deze voor een bepaalde opdracht een beroep doet op „de draagkracht van andere entiteiten" als bedoeld in artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

diensten.[2] Deze vragen stellen onder meer de inhoud van de aankondiging van de opdracht en het verstrekken van toelichting op de inschrijving aan de orde. De tweede groep vragen heeft betrekking op de omstandigheden waaronder een reeds door de aanbestedende dienst gehouden elektronische veiling ongeldig moet worden verklaard wegens onregelmatigheden tijdens de plaatsingsprocedure.

4. Met de laatste vraag wordt het Hof verzocht om opheldering of 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[3] als leidraad bij de uitlegging van richtlijn 2004/18 gebruikt kan worden om een oplossing te vinden voor de onderhavige problemen, hoewel richtlijn 2014/24 nog niet in werking was getreden op het tijdstip waarop de onderhavige aanbestedingsprocedure werd aangekondigd.

II – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Richtlijn 2004/18*

5. Artikel 2 van richtlijn 2004/18, „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten", verplicht de aanbestedende diensten om ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en transparantie in hun handelen te betrachten.

6. Artikel 44 van deze richtlijn, „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten", bepaalt:

„1. Opdrachten worden gegund op basis van de in artikel 53 en 55 bepaalde criteria, rekening houdend met artikel 24, nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de niet ingevolge de artikelen 45 en 46 uitgesloten ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52, en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende criteria als bedoeld in lid 3.

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

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

Deze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.

[...]"

7. Artikel 48 van richtlijn 2004/18, „Technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid", bepaalt:

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

2 — PB L 134, blz. 114, met rectificatie in PB L 134, blz. 44.

3 — PB L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31.

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

a) (i) [...]

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

[...]

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

[...]”

8. Artikel 51 van richtlijn 2004/18, „Aanvullende documentatie en inlichtingen”, bepaalt dat de „aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten”.

9. Artikel 54 van richtlijn 2004/18, „Persoonlijke bescherming”, bepaalt:

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

[...]

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

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

[...]

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

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

B – *Richtlijn 2014/24*

10. Artikel 63 van richtlijn 2014/24 draagt het opschrift „Beroep op de draagkracht van andere entiteiten", en bepaalt het volgende:

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

[...]

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

11. Artikel 90, lid 1, van richtlijn 2014/24, „Omzetting en overgangsbepalingen", luidt: „De lidstaten doen de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking treden om uiterlijk op 18 april 2016 aan deze richtlijn te voldoen. Zij delen de Commissie de tekst van die bepalingen onverwijld mee." Overeenkomstig artikel 93 is richtlijn 2014/24 in werking getreden op de twintigste dag na die van de bekendmaking ervan in het Publicatieblad, die plaatsvond op 28 maart 2014.

III – **Feiten, procesverloop en prejudiciële vragen**

12. De aanbestedende dienst hield een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor „omvattende mechanische reiniging van het wegdek van de stad Warschau in winter en zomer van de jaren 2014-2017 – Etappe I". Aangezien de waarde de Uniedrempel overschreed, werd de procedure aangekondigd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 24 december 2013. De aanbestedende dienst verdeelde de opdracht in acht percelen, die de verschillende wijken van Warschau omvatten en liet deelinschrijvingen toe zonder beperking van het aantal percelen waarvoor een ondernemer kon inschrijven. De procedure was open (open aanbesteding) en voorzag in het houden van een elektronische veiling.

13. De winterreiniging bestaat in het voorkomen en bestrijden van wintergladheid door strooien en ruimen van het wegdek van nationale wegen, regionale wegen, districtswegen en gemeentelijke wegen die door het stedelijk openbaar vervoer worden gebruikt. De zomerreiniging bestaat in het vegen en nat reinigen van het wegdek. Volgens het bestek moesten ondernemers aantonen dat zij in de periode van drie jaar voorafgaande aan de termijn voor de indiening van inschrijving, of zoveel korter als de ondernemer actief was, in de winter straatreinigingsdiensten hadden verleend of verleenden voor een opdrachtwaarde van in totaal ten minste 1 000 000 PLN.

14. De aanbestedende dienst wees erop dat hij bij de beoordeling of aan deze voorwaarde was voldaan, uitsluitend diensten in aanmerking zou nemen waarbij voor het voorkomen of bestrijden van wintergladheid natzouttechnologie werd toegepast. [4] De aanbestedende dienst wees er tevens op dat een ondernemer die voor meer dan één perceel inschreef, moest aantonen dat hij opdrachten met een overeenkomstig hogere waarde had uitgevoerd, dat wil zeggen 1 000 000 PLN vermenigvuldigd met het aantal percelen waarvoor hij inschreef. Een ondernemer die inschreef voor acht percelen moest derhalve diensten voor een bedrag van ten minste 8 000 000 PLN hebben verleend. [5]

15. PARTNER heeft in de aan de inschrijving gehechte lijst veertien opdrachten opgenomen, waarvan hij er twaalf zelf had uitgevoerd en zich voor twee heeft beroepen op de ervaring van PUM Sp. z o.o. (hierna: „PUM"), een onderneming gevestigd in Grudziądz (gelegen op ongeveer 227 kilometer afstand van Warschau) als een andere entiteit op de middelen waarvan PARTNER zich beriep. PARTNER hechtte aan de inschrijving een verklaring van PUM dat deze zich ertoe verbond „de nodige middelen ter beschikking te stellen". Volgens deze verklaring zouden de ter beschikking gestelde middelen bestaan in adviesdiensten met betrekking tot onder meer training van de werknemers van de ondernemer en consultancy, waaronder hulp bij het oplossen van problemen die zich bij de uitvoering van de opdracht konden voordoen.

16. Nadat de aanbestedende dienst PARTNER op 11 maart 2014 had meegedeeld dat het volgens haar niet over de vereiste middelen beschikte voor uitvoering van de opdracht, antwoordde PARTNER op 18 maart 2014 dat, indien de aanbestedende dienst de aangetoonde ervaring ontoereikend achtte, de overige ervaring volgens PARTNER in de volgende volgorde moest worden toegerekend: perceel V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. PARTNER voerde hierbij aan dat wanneer een ondernemer voor meerdere percelen inschrijft, de inschrijving voor elk perceel afzonderlijk kan worden behandeld. Derhalve zou een eventuele uitsluiting van de ondernemer en afwijzing van zijn inschrijving niet de hele opdracht moeten raken, maar enkel de afzonderlijke percelen waarvoor de ondernemer niet aan de voorwaarden heeft voldaan.

17. De aanbestedende dienst telde de ervaring van PARTNER ook niet gedeeltelijk mee en sloot haar in overeenstemming met artikel 24, lid 2, punt 4, van de Ustawa pzp (Poolse aanbestedingswet) [6] met betrekking tot alle percelen van de procedure uit, omdat zij niet had aangetoond dat zij voldeed aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure. De aanbestedende dienst overwoog dat een behoorlijke nakoming van de verplichtingen uit de procedure in het licht van de bijzondere kenmerken van de werkzaamheden, de noodzakelijke kennis van de topografie van de stad, de vereiste termijnen voor de omschreven standaarden voor het onderhoud van de straten in de winter enzovoort niet mogelijk was zonder persoonlijke betrokkenheid van PUM. De aanbestedende dienst organiseerde vervolgens een elektronische veiling waarvoor PARTNER niet werd uitgenodigd.

18. In het bij de Krajowa Izba Odwoławcza ingestelde beroep voerde PARTNER aan dat het onderzoek en de beoordeling van de inschrijvingen door de aanbestedende dienst gebrekkig waren. Zij betoogde dat de aanbestedende dienst in het bestek niet had aangegeven dat de voorwaarde van passende vakkennis en ervaring enkel werd vervuld indien de entiteit die haar vakkennis en ervaring aan PARTNER ter beschikking stelde, persoonlijk deelnam aan de uitvoering van de opdracht, noch dat de ervaring ook concrete topografische kennis moest betreffen.

4 — Namelijk een strooitechniek met behulp van natriumchloride of een mengsel van natriumchloride en calciumchloride dat tijdens het strooien wordt bevochtigd en dan in pekel verandert.

5 — Volgens de verwijzingsbeschikking heeft de aanbestedende dienst ter terechtzitting verklaard dat hij de inschrijving aan deze voorwaarde toetste door de waarde van alle voorgelegde en aanvaarde opdrachten op te tellen en dat bedrag te delen door 1 000 000, met als uitkomst het aantal percelen waarvoor de ondernemer aan de voorwaarde voldeed.

6 — Ustawa Prawo zamówień publicznych (Poolse aanbestedingswet) (geconsolideerde tekst, Dz. U. van 2013, poz. 907). Artikel 24, lid 2, punt 4, bepaalt: „Van de aanbestedingsprocedure worden tevens uitgesloten de ondernemers die: [...] niet hebben aangetoond dat zij voldoen aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure [...]".

19. De Krajowa Izba Odwoławcza verwees krachtens artikel 267 VWEU de volgende vragen naar het Hof.

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

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

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

4) Kan artikel 48, lid 3, juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus worden uitgelegd dat een opdrachtgever in de aankondiging van opdracht of in het bestek de regels kan (of zelfs moet) neerleggen krachtens welke de ondernemer zich kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, bijvoorbeeld hoe de andere entiteit bij de uitvoering van de opdracht betrokken moet zijn, in hoeverre de kwalificaties van de ondernemer en de andere entiteit opgeteld kunnen worden en of de andere entiteit hoofdelijk aansprakelijk is voor de behoorlijke uitvoering van de opdracht in de omvang waarin de ondernemer zich op haar draagkracht heeft beroepen?

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

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

7) Laat het in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer, ingeval het mogelijk is een deelinschrijving in te dienen, na de indiening van de inschrijvingen aangeeft, bijvoorbeeld door

een aanvulling of toelichting op de documenten, op welk perceel de middelen betrekking hebben die hij heeft opgegeven als bewijs dat hij aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure voldoet?

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

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

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

20. Schriftelijke opmerkingen werden ingediend door PARTNER, Remondis sp. z o.o. en MR Road Service sp. z o.o., interveniënten in het hoofdgeding, de Spaanse, de Letse en de Poolse regering, en de Commissie. Behalve de Letse regering hebben al deze partijen deelgenomen aan de terechtzitting van 7 mei 2015, evenals de aanbestedende dienst, hoewel deze geen schriftelijke opmerkingen had ingediend.

IV – **Analyse**

A – *Vragen aangaande het beroep op de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van een andere ondernemer (eerste, tweede, derde, vijfde en zesde vraag)*

21. Met deze vragen, die ik samen zal bespreken, verzoekt de nationale rechter in wezen om advies met betrekking tot de omstandigheden waarin een inschrijver voor een bepaalde opdracht zich op het punt van de technische en/of beroepsbekwaamheid voor die opdracht kan beroepen op de capaciteiten van andere entiteiten, zoals toegestaan door artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18. Mijns inziens bestrijken deze vragen in hoofdzaak drie problemen, te weten 1) het recht van een inschrijver om zich te beroepen op externe capaciteiten teneinde te voldoen aan de voor een opdracht verlangde technische en/of beroepsbekwaamheid; 2) het realiteitsgehalte van een beroep op de capaciteiten van derden, en 3) of die capaciteiten kunnen worden overgedragen in de zin dat daarop in het licht van de aard en de strekking van de opdracht in kwestie een beroep kan worden gedaan. Het behoeft geen betoog dat artikel 2, waarin het algemene beginsel van non-discriminatie en transparantie is verankerd, van belang is voor de beantwoording van al deze vragen.

22. Nu reeds moet gewezen worden op het verschil tussen een beroep op de draagkracht van andere entiteiten als bedoeld in artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, en onderaanneming als voorzien in artikel 25 daarvan. Zoals de Spaanse regering aangaf in haar schriftelijke opmerkingen, verschillen deze juridische figuren in twee opzichten. Wanneer een beroep wordt gedaan op de capaciteiten van derden, dan worden deze vóór de gunning van de opdracht toegevoegd aan die van de inschrijver, terwijl onderaanneming plaatsvindt tijdens de uitvoering van de opdracht. Ten tweede gelden voor onderaanneming beperkingen die niet van toepassing zijn bij een beroep op de capaciteiten van

derden.[7]

1. Recht van een ondernemer om zich op externe capaciteiten te beroepen

23. Wat de formulering „in voorkomend geval" in artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 betreft, deze houdt geen materiële beperking in van de omstandigheden waarin een ondernemer bij zijn inschrijving voor een overheidsopdracht een beroep kan doen op de mogelijkheden van een derde.

24. In mijn conclusie in de zaak Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130) wees ik erop dat de formulering van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 ondernemers een recht van keuze lijkt te gunnen om op deze wijze te voldoen aan de selectiecriteria, mits zij kunnen bewijzen dat zij werkelijk kunnen beschikken over de middelen van de andere entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn.[8] Deze uitlegging is het meest in overeenstemming met de doelstelling om overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, en om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten te bevorderen.

25. Voorts oordeelde het Hof in het arrest Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593), vervolgens bevestigd in artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, dat de aard van de juridische banden tussen de ondernemer en de derde entiteit of entiteiten waarop hij een beroep wil doen, niet relevant is.[9]

26. In het licht van de rechtspraak van het Hof kan er in beginsel dus geen bezwaar tegen bestaan dat een inschrijver zich beroept op de capaciteiten van andere entiteiten om zijn positie in de aanbestedingsprocedure te verbeteren. Hiervoor gelden echter enige beperkingen die ik hieronder zal bespreken. In haar schriftelijke opmerkingen wees de Commissie erop dat de inschrijver de middelen van andere entiteiten *feitelijk tot zijn beschikking moet hebben* om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren. Deze „beschikking" hoeft geen specifieke juridische vorm te hebben.

2. Realiteitsgehalte van het beroep op de capaciteiten van derden door de inschrijver

27. Niettegenstaande de voorgaande punten is het aan de inschrijvers die een beroep doen op de capaciteiten van andere entiteiten om de aanbestedende dienst te bewijzen dat zij hierover daadwerkelijk kunnen beschikken.[10] Vanuit dit oogpunt kan artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 het best worden opgevat als een regel ter verdeling van de bewijslast, die de beoordeling van het bewijs aan de aanbestedende dienst overlaat. Ingevolge artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 is het aan de aanbestedende diensten om de geschiktheid van de gegadigden of inschrijvers te beoordelen aan de hand van de in de artikelen 47 tot en met 52 van deze richtlijn bedoelde criteria.[11] Met andere woorden, zoals ook de aanbestedende dienst en de Poolse regering ter terechtzitting hebben benadrukt, op de aanbestedende dienst rust de verplichting om te verzekeren dat de succesvolle inschrijver inderdaad in staat is om de opdracht naar behoren uit te voeren.

7 — Artikel 25 van richtlijn 2004/18 bepaalt dat de aanbestedende dienst in het bestek de inschrijver kan verzoeken, of door een lidstaat kan worden verplicht de inschrijver te verzoeken, om in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Het bepaalt voorts dat deze mededeling de aansprakelijkheid van de leidende ondernemer onverlet laat.

8 — Ibid., punt 24. Zie met name ook de arresten Siemens en ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159, punt 46), Ballast Nedam Groep I (C-389/92, EU:C:1994:133) en Ballast Nedam Groep II (C-5/97, EU:C:1997:636).

9 — Conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in de zaak Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punt 22). Dit standpunt is gebaseerd op het oordeel van het Hof in de arresten Ballast Nedam Groep II (C-5/97, EU:C:1997:636) en Ballast Nedam Groep I (C-389/92, EU:C:1994:133), waar de juridische banden in kwestie ondernemingen binnen dezelfde groep betroffen (zie punten 20 tot en met 22 van die conclusie).

10 — Zie mijn conclusie in zaak Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:130, punt 23).

11 — Arrest Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punt 26). Zie in dezelfde zin arrest Holst Italia (C-176/98, EU:C:1999:593, punt 28).

28. De bepalingen van richtlijn 2004/18 met betrekking tot de deelneming van derde partijen aan de uitvoering van overheidsopdrachten hebben als doel een situatie te vermijden waarin een onderneming in aanmerking komt voor gunning van een opdracht terwijl ze niet de middelen heeft om de opdracht uit te voeren. Artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 verbiedt de aanbestedende dienst dan ook, gezien de op hem rustende verplichtingen, om het door een inschrijver overgelegde bewijs zuiver formeel te benaderen. Met andere woorden, het kan niet aanvaard worden dat inschrijvers naar de mogelijkheden van derden verwijzen wanneer daarmee uitsluitend formeel wordt voldaan aan de minimumvereisten die de aankondiging van de opdracht aan die capaciteiten stelt.

3. Overdraagbaarheid van technische en/of beroepsbekwaamheid

29. In het arrest Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646) oordeelde het Hof dat de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 juncto artikel 44, lid 2, van deze richtlijn zich verzetten tegen een algemene regel waarbij het ondernemers die deelnemen aan een inschrijving voor een overheidsopdracht verboden is om voor eenzelfde kwalificatiecategorie de draagkracht van meerdere ondernemingen in te roepen. Het Hof merkte echter eveneens op dat „niet [is] uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen” en dat „[i]n een dergelijke situatie [...] de aanbestedende dienst [zou] mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft”. [12]

30. Hier is echter de vraag aan de orde of draagkracht in de zin van de in het bestek omschreven technische en beroepsbekwaamheid overdraagbaar is. Indien dit niet het geval is, kwalificeert PARTNER zich niet als inschrijver.

31. De overdraagbaarheid van technische bekwaamheid houdt verband met de vraag of technologische kennis of knowhow op betekenisvolle wijze van de ene ondernemer aan de andere kan worden overgedragen, bijvoorbeeld door raadpleging en het verschaffen van adviezen. In de schriftelijke opmerkingen werd ook ingegaan op zaken die meer verband houden met de vraag of in het algemeen de capaciteiten van verschillende entiteiten kunnen worden opgeteld, wat mijns inziens de benadering is van de Uniewetgever in artikel 48 van richtlijn 2004/14. In het hoofdgeding gaat het werkelijke geschil echter over de kwestie of de technische bekwaamheid van PUM kon worden overgedragen aan PARTNER zonder dat de eerstgenoemde ondernemer zelf rechtstreeks deelnam aan de uitvoering van de opdracht. Het geschil gaat niet over de eenvoudige optelling van capaciteiten aan gelijksoortige capaciteiten waarover PARTNER reeds beschikt.

32. Veel hangt af van de feiten en aard en strekking van de opdracht. Sommige capaciteiten zijn overdraagbaar. Neem de aanbesteding door een openbare dienst van een opdracht op het gebied van de gezondheidszorg voor onderzoek naar een vorm van kanker onder een welomschreven groep personen waarvoor een gangbare techniek wordt gebruikt. Stel verder dat volgens het bestek de uitslag in twijfelgevallen bevestigd moet worden door een specialist die over bepaalde, zeer hoge medische kwalificaties beschikt. In deze situatie is er geen reden waarom een inschrijver geen beroep zou kunnen doen op een derde, die zo nodig geconsulteerd kan worden. Wanneer het onderzoek waarop de opdracht betrekking had echter zou moeten uitgevoerd met gebruik van nieuwe en niet-gangbare methoden, zou de aanbestedende dienst in redelijkheid kunnen verlangen dat de inschrijver zelf over de relevante middelen beschikt. Het gaat hier dus om de feitelijke context van de te plaatsen opdracht.

33. Zoals ik reeds heb opgemerkt, moet de aard van elke opdracht en de behoefte waarin deze moet voorzien in aanmerking worden genomen. Deze vraag staat ter beoordeling aan de nationale rechter.

12 — Arrest Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punt 35).

34. Of een aanbestedende dienst kan verlangen dat een derde entiteit deelneemt aan de uitvoering van de opdracht, als enige manier om te bewijzen dat de betrokken inschrijver over de relevante capaciteit beschikt, is eveneens een vraag die van geval tot geval moet worden beoordeeld. Alles hangt af van de aard en strekking van de opdracht. Naar mijn mening zijn er eenvoudig scenario's voor te stellen waarin de uitvoering van een opdracht een betrokkenheid van zo hoog technisch niveau vereist dat deze moet worden uitgevoerd door de derde die in voorkomend geval over de ingeroepen relevante deskundigheid beschikt in plaats van door de inschrijver zelf op basis van advisering en raadpleging van de zijde van de derde.

4. Deelconclusie

35. Op grond van het bovenstaande kunnen de eerste, de tweede, de derde, de vijfde en de zesde vraag als volgt worden beantwoord: de artikelen 44 en 48, lid 3, juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18 moeten aldus worden uitgelegd dat de term „in voorkomend geval" geen materiële beperking inhoudt van de omstandigheden waarin een ondernemer bij zijn inschrijving voor een overheidsopdracht een beroep kan doen op de draagkracht van andere entiteiten om de aanbestedende dienst te bewijzen dat hij over de voor de uitvoering van een bepaalde overheidsopdracht vereiste technische en/of beroepsbekwaamheid zal beschikken. De aard van de juridische banden tussen de ondernemer en de derde entiteit is niet relevant, maar de ondernemer moet de aanbestedende dienst kunnen bewijzen dat hij daadwerkelijk over alle voor de uitvoering van de opdracht benodigde middelen kan beschikken. Een inschrijver kan ten bewijze van zijn technische en/of beroepsbekwaamheid een beroep doen op de draagkracht van andere entiteiten, met inachtneming van de beperkingen die voortvloeien uit de aard en strekking van de uit te voeren opdracht.

B – *Aankondiging van de opdracht, bestek en hoofdelijke aansprakelijkheid (vierde vraag)*

36. Met de vierde vraag wordt beoogd te vernemen of de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of in het bestek de regels kan (of zelfs moet) vastleggen volgens welke een inschrijver al of niet een beroep mag doen op de draagkracht van andere entiteiten. Meer in het bijzonder: kan de aanbestedende dienst bedingen op welke wijze de inschrijver zelf moet deelnemen aan de uitvoering van de opdracht, op welke wijze de capaciteiten van de betrokken inschrijver en andere entiteiten gecombineerd kunnen worden, en of de andere entiteit, voor zover de inschrijver een beroep op zijn capaciteiten heeft gedaan, met de inschrijver hoofdelijk aansprakelijk zal zijn voor de juiste uitvoering van de opdracht?

37. De Spaanse regering betoogt in haar schriftelijke opmerkingen dat de aankondiging van de opdracht of het bestek de regels moet inhouden volgens welke een inschrijver een beroep kan doen op de capaciteiten van andere entiteiten, mits die regels proportioneel zijn en rechtstreeks verband houden met de eigenschappen van de opdracht in kwestie. Het betoog in de schriftelijke opmerkingen van de Poolse regering heeft dezelfde strekking.

38. Mijns inziens is de opvatting die de Commissie verdedigt echter de juiste. In haar schriftelijke opmerkingen wijst zij erop dat, aangezien inschrijvers zich mogen beroepen op de capaciteiten van derde entiteiten, opdrachtgevers geen uitdrukkelijke voorwaarden mogen stellen waarmee dat recht wordt belemmerd. De inschrijver heeft het recht om te bepalen op welke wijze hij van die capaciteiten gebruik wenst te maken. De Commissie voegt hier terecht aan toe dat het op praktische gronden welhaast onmogelijk kan zijn voor de aanbestedende dienst om van tevoren te specificeren op welke wijze de draagkracht van anderen kan worden ingeroepen; niet alle mogelijke scenario's hiervoor vallen te voorspellen. Dit geldt natuurlijk alleen wanneer niet is voldaan aan de in het arrest Swm Costruzioni 2 geformuleerde criteria voor de omstandigheden waaronder een dergelijk beroep is uitgesloten.

39. Voor deze vraag zijn de algemene beginselen relevant die het Hof met betrekking tot de aankondiging van de opdracht en het bestek ontwikkeld heeft, alsmede het *transparantiebeginsel*. De transparantieverplichting heeft namelijk tot doel te waarborgen dat elk risico van willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen [13] en het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting verbieden de aanbestedende dienst om een inschrijving die voldoet aan de in de uitnodiging tot inschrijving omschreven vereisten te weigeren op gronden die niet uiteen worden gezet in het bestek [14]. Artikel 23, lid 2, van richtlijn 2004/18 bepaalt bovendien dat de technische specificaties „de inschrijvers gelijke toegang [moeten] bieden en [...] niet tot gevolg [mogen] hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen", terwijl volgens artikel 23, lid 3, aanhef en onder c), technische eisen ook prestatie-eisen kunnen omvatten.

40. Wanneer de in het arrest Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646, punt 35) omschreven bijzondere omstandigheden zich voordoen, en de aanbestedende dienst *als voorwaarde voor de gunning van de opdracht* verlangt dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft, moet dit mijns inziens tevoren worden opgegeven in de aankondiging van de opdracht en/of in het bestek. In dat geval is de mogelijkheid om een beroep te doen op de draagkracht van een derde in de zin van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 uitgesloten. Dit lijkt de enige manier waarop kan worden voldaan aan de verplichting tot transparantie bij de beoordeling van de geschiktheid van de gegadigden, omdat potentiële inschrijvers anders niet op de hoogte zouden zijn van alle dwingende en onvoorwaardelijke eisen op het punt van de minimumdraagkracht. [15]

41. Dit is evenwel een andere vraag dan de beoordeling of een inschrijver die een beroep doet op de capaciteiten van een derde *daadwerkelijk* voldoet aan de vereisten inzake technische en/of beroepsbekwaamheid die zijn neergelegd in de aankondiging van de opdracht. Dat kan enkel onderzocht worden door de inschrijvingen te vergelijken met de in de aankondiging van de opdracht en het bestek neergelegde geschiktheidsvereisten in het licht van de criteria die hierboven in de context van de eerste, de tweede, de derde, de vijfde en de zesde vraag zijn beschreven.

42. Wat de hoofdelijke aansprakelijkheid ten slotte betreft: in een poging tot onderbouwing daarvan beriep de Commissie zich in haar schriftelijke opmerkingen op artikel 63, lid 1, derde zin, van richtlijn 2014/24. PARTNER en de Spaanse regering betogen daarentegen dat oplegging van hoofdelijke aansprakelijkheid niet mogelijk is, aangezien slechts de inschrijver die heeft deelgenomen aan de inschrijvingsprocedure verantwoordelijk is voor de uitvoering van de opdracht, en niet een derde entiteit op de capaciteiten waarvan hij een beroep heeft gedaan.

43. Om redenen die ik hieronder in mijn antwoord op de tiende vraag uiteen zal zetten, kunnen aan richtlijn 2014/24 geen onvoorwaardelijke regels worden ontleend voor de toepassing van richtlijn 2004/18, wanneer die regels in richtlijn 2004/18 niet voorkomen dan wel meer gedetailleerde normen of vereisten voorschrijven dan de daarmee corresponderende bepalingen. Hoofdelijke aansprakelijkheid vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24 moet derhalve worden uitgesloten.

13 — Arrest SC Enterprise Focused Solutions (C-278/14, EU:C:2015:228, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 — Ibid., punt 28.

15 — Zie naar analogie de rechtspraak inzake de gunningscriteria, bijvoorbeeld het arrest Commissie/Frankrijk (C-299/08, EU:C:2009:769, punt 41), waar het Hof oordeelde dat „zowel het beginsel van gelijke behandeling als het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel [vereist] dat het *voorwerp van elke opdracht en de gunningscriteria* ervan duidelijk worden omschreven" (mijn cursivering). Zie ook het arrest ATI EAC e Viaggi di Maio e.a. (C-331/04, EU:C:2005:718, punt 32), waarin grenzen werden gesteld aan het toekennen van een relatief gewicht aan subelementen van een vooraf vastgesteld gunningscriterium, en het arrest Universale-Bau e.a., C-470/99, EU:C:2002:746, punt 100), waarin het Hof van de aanbestedende dienst verlangde dat deze in de aankondiging van de opdracht of in de stukken betreffende de aanbesteding eventuele afwegingsregels vermeldt voor de criteria voor de selectie van de gegadigden die tot inschrijving zullen worden uitgenodigd.

44. Derhalve moet het Hof de vierde vraag beantwoorden in de zin dat artikel 48, lid 3, juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst een eventuele voorwaarde met de strekking dat een inschrijver zich ten bewijze dat hij aan de eisen inzake de minimumdraagkracht voldoet, niet mag beroepen op artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, moet vermelden in de aankondiging van de opdracht of het bestek. Verder mag de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of het bestek geen uitdrukkelijke voorwaarden of regels opnemen met betrekking tot de mogelijkheid om gebruik te maken van de draagkracht van andere entiteiten en de wijze waarop dit kan gebeuren.

C – *Toelichting op de inschrijving (zevende vraag)*

45. De zevende vraag heeft in wezen betrekking op de ruimte die er na indiening van de inschrijvingen bestaat voor een dialoog tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver, bijvoorbeeld in het kader van aanvullende of toelichtende documenten, wanneer op percelen kan worden ingeschreven. Ik wijs er in dit verband op dat de aanbestedende dienst volgens artikel 51 van richtlijn 2004/18 ondernemers kan uitnodigen de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aan te vullen of nader toe te lichten.

46. Mijns inziens kan het Hof in zijn antwoord op deze vraag kort zijn. Het Hof heeft reeds elke vorm van onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een of meer inschrijvers uitgesloten. Een aanbestedende dienst mag, alvorens inschrijvingen die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht, af te wijzen, niet verzoeken om precisering van een dergelijke inschrijving. [16]

47. Na de indiening van de inschrijving kan deze noch op initiatief van de inschrijver noch op initiatief van de aanbestedende dienst worden aangepast. [17] De laatste kan bij wijze van uitzondering verzoeken om aanvulling van de gegevens van de inschrijvingen, zoals een eenvoudige precisering of het rechtzetten van kennelijke materiële fouten, zonder om enige wijziging van de inschrijving te verzoeken of deze te aanvaarden. [18]

48. Mijns inziens is het verschaffen van informatie, na indiening van de inschrijvingen, over de volgorde van de prioriteit van percelen waarop een inschrijving betrekking heeft, niet een eenvoudige precisering maar een inhoudelijke wijziging van de inschrijving. Aanvaarding hiervan zou neerkomen op een schending van de beginselen van eerlijke mededinging. Dit valt niet binnen de uitzonderlijke omstandigheden waarin toelichting op een inschrijving toelaatbaar is.

49. Naar mijn mening moet de zevende vraag derhalve worden beantwoord in de zin dat, waar inschrijving voor percelen is toegestaan, het in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers niet toelaat dat een ondernemer na indiening van de inschrijvingen aangeeft op welk perceel de middelen betrekking hebben die hij heeft opgegeven als bewijs dat hij aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure voldoet.

16 — Arrest SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191, punten 36 en 37). Richtlijn 2004/18 voorziet in de mogelijkheid van een concurrentiegerichte dialoog voor bijzondere complexe opdrachten (artikel 29) en van gunning door onderhandeling (artikel 30). Deze bepalingen zijn voor de onderhavige zaak echter niet relevant.

17 — Zie arrest Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punt 31) waar het Hof oordeelde: „Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting verzetten zich tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Bijgevolg mag de aanbestedende dienst een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht."

18 — Arrest SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191, punten 40 en 41). Zie ook arrest Manova (C-336/12, EU:C:2013:647, punt 32).

D – *Onregelmatigheden bij de elektronische veiling (achtste en negende vraag)*

50. De achtste en de negende vaag betreffen de consequenties voor de gunning van de opdracht wanneer niet alle geschikte inschrijvers zijn toegelaten tot deelname aan een elektronische veiling.

51. Ik wijs er nu reeds op dat volgens artikel 54, lid 4, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 „[a]lle inschrijvers die een aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben gedaan, [...] tegelijkertijd langs elektronische weg [worden] uitgenodigd om nieuwe prijzen en/of nieuwe waarden in te dienen". Artikel 54, lid 8, van richtlijn 2004/18 verbiedt dat elektronische veilingen worden gebruikt om, onder meer, concurrentie te beletten of te vervalsen. Verder vraagt de nationale rechter niet naar de beroepswegen die ondernemers ter beschikking staan in geval van een onregelmatige elektronische veiling[19], maar naar de verplichtingen van de aanbestedende dienst op grond van richtlijn 2004/18 wanneer een dergelijk geval zich voordoet.

52. Wanneer een geschikte inschrijver die voldoet aan de criteria van de aankondiging van de opdracht en de technische specificaties, ten onrechte niet volgens artikel 54, lid 4, van richtlijn 2004/18 is uitgenodigd om deel te nemen aan de elektronische veiling, dan volgt naar mijn mening uit het vereiste van gelijke en niet-discriminerende behandeling in artikel 2 van richtlijn 2004/18 dat de veiling moet worden herhaald. Hierbij is niet van belang of deelname van die inschrijver de uitkomst van de veiling al of niet zou hebben beïnvloed.[20] Dit betekent dat de opdracht niet gegund kan worden op basis van dergelijke illegale of onregelmatige elektronische veilingen.

53. Ik stel derhalve voor de achtste en de negende vraag te beantwoorden in de zin dat artikel 2 van richtlijn 2004/18 vereist dat een elektronische veiling ongeldig wordt verklaard en herhaald wanneer een gegadigde die voldoet aan de criteria voor deelname aan de gunningsprocedure van de opdracht, niet voor de elektronische veiling is uitgenodigd.

E – *Kan richtlijn 2014/24 in aanmerking worden genomen bij de uitlegging van richtlijn 2004/18? (tiende vraag)*

54. De verwijzende rechter wenst met de tiende vraag te vernemen of het bij de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/18 is toegestaan om hiervoor als richtsnoer de inhoud van de bepalingen en van de considerans van richtlijn 2014/24 te gebruiken, hoewel de termijn voor de omzetting ervan nog niet is verstreken, voor zover daarin bepaalde aannames en bedoelingen van de Uniewetgever worden verduidelijkt en zij niet in strijd is met de bepalingen van richtlijn 2004/18.

55. Deze vraag houdt verband met het feit dat artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 het opschrift „Beroep op de draagkracht van andere entiteiten" draagt en voor deze situatie regels neerlegt die gedetailleerder zijn dan die van richtlijn 2004/18. Evenals artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 bepaalt artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 dat de „juridische aard" van de banden tussen de entiteiten niet van belang is. Artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 voegt daaraan echter toe dat een ondernemer die afhankelijk is van „onderwijs- en beroepskwalificaties" of van „beroepservaring" zich slechts op de draagkracht van andere entiteiten mag beroepen wanneer laatstgenoemde de werken of diensten zal verrichten waarvoor die draagkracht vereist is. Artikel 63, lid 2, van richtlijn 2014/24 bepaalt bovendien dat de aanbestedende diensten kunnen eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht.

19 — Deze zijn neergelegd 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 L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 335, blz. 31).

20 — PARTNER verklaarde ter terechtzitting niet te zijn uitgenodigd om deel te nemen aan de elektronische veiling voor de gunning van de litigieuze opdracht.

56. Ik teken nu reeds aan dat het probleem waarvoor de nationale rechter zich ziet gesteld, de interactie *tussen twee wetgevingshandelingen van de Unie* betreft. De rechtspraak inzake de verplichtingen van de lidstaten tijdens de termijn voor omzetting van een richtlijn [21] en de uitlegging van het nationale recht tijdens die periode [22] doet derhalve niet ter zake.

57. Voorts heeft het Hof onlangs geoordeeld dat in een geval waarin richtlijn 2014/24 na de feiten van het hoofdgeding in werking was getreden, niet van toepassing was. [23] Dit sluit aan bij eerdere rechtspraak in de context van de overgangsperiode tussen richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [24] en richtlijn 2004/18. In een zaak waarin een bod vóór de datum waarop de termijn voor de omzetting van richtlijn 2004/18 was verstreken, was uitgesloten van de procedure voor de gunning van een opdracht, zou het volgens het Hof „in strijd zijn met het beginsel van rechtszekerheid om ter bepaling van het recht dat op de zaak in het hoofdgeding toepassing vindt, te verwijzen naar de datum van gunning van de opdracht". [25] Het oordeelde derhalve dat „richtlijn 2004/18 niet van toepassing [was] op een beslissing die een aanbestedende dienst bij de plaatsing van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken heeft genomen vóór het verstrijken van de termijn voor omzetting van deze richtlijn". [26] De nationale rechter vraagt in casu echter niet naar de details van de verhouding tussen de bijzondere bepalingen van de oudere en de nieuwere richtlijn, maar om algemene richtsnoeren.

58. Overigens heeft het Hof bij de uitlegging van richtlijn 2004/18 bij ten minste één gelegenheid een beroep gedaan op zowel de considerans als een bepaling van richtlijn 2014/24. Het lichtte de gronden hiervoor echter niet toe. [27]

59. Ik ben van mening dat in uitleggingskwesties de verhouding tussen twee opeenvolgende wetgevingshandelingen van de Unie moet worden benaderd met inachtneming van de bedoeling van de wetgever. De formulering van de tiende vraag is in dit opzicht echter niet behulpzaam, omdat niet duidelijk is of de verwijzing naar „bepaalde aannames en bedoelingen van de Uniewetgever" betrekking heeft op richtlijn 2014/24 of op richtlijn 2004/18.

60. Mijns inziens is duidelijk dat richtlijn 2014/24 geen verklaring kan bieden voor de bedoelingen van richtlijn 2004/18. Uit de considerans en bepalingen van richtlijn 2014/24 kan echter blijken dat de wetgever met sommige bepalingen ervan beoogde de bestaande rechtspraak inzake de toepassing van richtlijn 2004/18 te codificeren. In zulke gevallen is er geen beletsel om bij de uitlegging van de eerdere richtlijn de latere richtlijn in aanmerking te nemen. Anderzijds kan de nieuwe richtlijn niet als leidraad dienen voor de uitlegging van de oudere indien juist werd beoogd om van de bepalingen van richtlijn 2004/18 of van de bestaande rechtspraak af te wijken.

21 — Zie bijvoorbeeld onlangs de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak bpost (C-340/13, EU:C:2014:2302, punt 29), met aanhaling van de arresten Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, EU:C:1997:628, punt 45), ATRAL (C-14/02, EU:C:2003:265, punt 58) en Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias e.a. (C-43/10, EU:C:2012:560, punt 57).

22 — Ibid., met aanhaling van het arrest Adeneler e.a. (C-212/04, EU:C:2006:443, punten 122 en 123).

23 — Arrest Ambisig (C-601/13, EU:C:2015:204, punt 24).

24 — PB L 199, blz. 54.

25 — Arrest Hochtief en Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, punt 29).

26 — Ibid., punt 30. Deze benadering sluit overigens aan bij die van het Hof in de arresten Monsees (C-350/97, EU:C:1999:242, punt 27) en Commissie/Frankrijk (C-337/98, EU:C:2000:543, punten 38–39).

27 — Arrest Generali-Providencia Biztosító (C-470/13, EU:C:2014:2469, punt 37). Ik merk ook op dat advocaat-generaal Kokott in haar conclusie in de zaak Auroux e.a. (C-220/05, EU:C:2006:410, punt 50) naar een bepaling van richtlijn 2004/18 verwees ter bevestiging van een uitlegging van richtlijn 93/37, hoewel richtlijn 2004/18 op dat moment ratione temporis nog niet van toepassing was. Het Hof verklaarde in punt 61 van zijn arrest in die zaak (C-220/05, EU:C:2007:31) dat de bewuste bepaling van richtlijn 2004/18/EG „ratione temporis evenwel niet van toepassing op de feiten in het hoofdgeding" was. Zie ook een opmerking in de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" e.a. (C-113/13, EU:C:2014:291, punt 40), en de uitsluiting door het Hof van de relevantie van richtlijn 2014/24 in punt 8 van het arrest Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino" e.a. (C-113/13, EU:C:2014:2440).

61. Anderzijds formuleert de verwijzende rechter een voorbehoud. De tiende vraag impliceert dat geen rekening kan worden gehouden met richtlijn 2014/24/EU wanneer deze „in strijd is met de bepalingen van richtlijn 2004/18". Dit vloeit uiteraard voort uit het rechtszekerheidsbeginsel, dat de toepassing met terugwerkende kracht van een instrument dat ratione temporis niet toepasselijk is, uitsluit. [28]

62. De vraag wordt echter ingegeven door de bepalingen van richtlijn 2014/24 die richtlijn 2004/18, of de rechtspraak inzake de toepassing ervan, nader uitwerken en waar geen logische tegenspraak tussen beide handelingen bestaat omdat richtlijn 2004/18 op het bewuste punt zwijgt dan wel onduidelijk is.

63. Naar mijn mening volgt uit het rechtszekerheidsbeginsel dat aan richtlijn 2014/24 ontleende onvoorwaardelijke voorschriften of vereisten niet ten nadele van ondernemers die deelnemen aan aanbestedingsprocedures kunnen worden toegepast als „uitlegging" van richtlijn 2004/18. Indien de bedoeling van de wetgever achter de bewuste bepalingen van richtlijn 2014/24 echter was om de bestaande wetgeving en rechtspraak niet te onderbreken maar juist verder te harmoniseren, staat niets eraan in de weg om deze als richtsnoer te gebruiken voor de uitlegging van richtlijn 2004/18.

64. Derhalve stel ik voor de tiende vraag te beantwoorden in de zin dat bij de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/18 gebruik kan worden gemaakt van de inhoud van de bepalingen en de considerans van richtlijn 2014/24, hoewel de termijn voor de omzetting ervan nog niet is verstreken, voor zover deze de rechtspraak inzake de toepassing van richtlijn 2004/18 nader uitwerken of details daaraan toevoegen, en niet met die richtlijn in strijd zijn of onvoorwaardelijke voorschriften of vereisten ten nadele van ondernemers behelzen.

V – **Conclusie**

65. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging de door de Krajowa Izba Odwoławcza gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

Eerste, tweede, derde, vijfde en zesde vraag

„De artikelen 44 en 48, lid 3 juncto artikel 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, moeten aldus worden uitgelegd dat de zinsnede ‚in voorkomend geval' geen materiële beperking inhoudt van de omstandigheden waarin een ondernemer bij zijn inschrijving voor een overheidsopdracht een beroep kan doen op de draagkracht van andere entiteiten om de aanbestedende dienst te bewijzen dat hij over de voor de uitvoering van een bepaalde overheidsopdracht vereiste technische en/of beroepsbekwaamheid zal beschikken. De aard van de juridische banden tussen de ondernemer en de derde entiteit is niet relevant, maar de ondernemer moet de aanbestedende dienst kunnen bewijzen dat hij daadwerkelijk over alle voor de uitvoering van de opdracht benodigde middelen kan beschikken. Een inschrijver kan ten bewijze van zijn technische en/of beroepsbekwaamheid een beroep doen op de draagkracht van andere entiteiten, met inachtneming van de beperkingen die voortvloeien uit de aard en strekking van de uit te voeren opdracht."

Vierde vraag

28 — Ik herinner hier aan de klassieke formulering van het Hof in zijn arrest Fédesa e.a. (C-331/88, EU:C:1990:391, punt 45), waar het oordeelde dat „ofschoon het beginsel van rechtszekerheid zich in het algemeen ertegen verzet dat een gemeenschapsbesluit reeds vóór zijn afkondiging van kracht is, hiervan bij wijze van uitzondering kan worden afgeweken, indien dit voor het te bereiken doel noodzakelijk is en het gewettigd vertrouwen van de betrokkenen naar behoren in acht is genomen". Aan deze noodzakelijke voorwaarden voor terugwerkende kracht is in dit geval niet voldaan.

„Artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 juncto artikel 2 daarvan, moet aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst een eventuele voorwaarde met de strekking dat een inschrijver zich ten bewijze dat hij aan de eisen inzake de minimumdraagkracht voldoet niet mag beroepen op artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, moet vermelden in de aankondiging van de opdracht of het bestek. Verder mag de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht of het bestek geen uitdrukkelijke voorwaarden of regels opnemen met betrekking tot de mogelijkheid om gebruik te maken van de draagkracht van andere entiteiten en de wijze waarop dit kan gebeuren."

Zevende vraag

„Waar inschrijving voor percelen is toegestaan, laat het in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers niet toe dat een ondernemer na indiening van de inschrijvingen aangeeft op welk perceel de middelen betrekking hebben die hij heeft opgegeven als bewijs dat hij aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure voldoet."

Achtste en negende vraag

„Artikel 2 van richtlijn 2004/18 vereist dat een elektronische veiling ongeldig wordt verklaard en herhaald wanneer een gegadigde die voldoet aan de criteria voor deelname aan de gunningsprocedure van de opdracht, niet voor de elektronische veiling is uitgenodigd."

Tiende vraag

„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, kan worden gebruikt bij de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/18, hoewel de termijn voor de omzetting van richtlijn 2014/24 nog niet is verstreken, maar enkel voor zover deze de rechtspraak inzake de toepassing van richtlijn 2004/18 codificeert of details daaraan toevoegt, en de relevante bepalingen van richtlijn 2014/24 noch met richtlijn 2004/18 in strijd zijn noch dwingende voorschriften of vereisten ten nadele van ondernemers behelzen."