ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

26 september 2024*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 47, lid 3 – Artikel 48, lid 4 – Uitsluiting van een inschrijver van de aanbestedingsprocedure – Geen mogelijkheid om het oorspronkelijke aantal deelnemers te verlagen van de tijdelijke combinatie van ondernemingen die een inschrijving heeft ingediend – Onverenigbaarheid – Geldigheidsduur van een inschrijving – Geen verval van de verlopen inschrijving – Door de rechtspraak opgelegde verplichting om deze inschrijving uitdrukkelijk in te trekken – Verlies van de voorlopige waarborg bij die inschrijving – Automatische toepassing van die maatregel – Artikel 2 – Beginselen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten – Evenredigheidsbeginsel – Beginsel van gelijke behandeling – Transparantieplicht – Schending”

In de gevoegde zaken C-403/23 en C-404/23,

betreffende twee verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissingen van 16 juni 2023, ingekomen bij het Hof op 30 juni en 3 juli 2023, in de procedures

Luxone Srl, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van gevolmachtigde van de samen met Iren Smart Solutions SpA op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen (C-403/23),

Sofein SpA, voorheen Gi One SpA (C-404/23)

tegen

Consip SpA,

in tegenwoordigheid van:

Elba Compagnia di Assicurazioni e Riassicurazioni SpA,

Sofein SpA, voorheen Gi One SpA (C-403/23),

Iren Smart Solutions SpA,

Consorzio Stabile Energie Locali Scarl,

City Green Light Srl,

Enel Sole Srl,

* Procestaal: Italiaans.

Luxone Srl (C-404/23),

wijst

HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: N. Piçarra, kamerpresident, N. Jääskinen en M. Gavalec (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: P. Pikamäe,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– Luxone Srl, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van gevolmachtigde van de samen met Iren Smart Solutions SpA op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen, alsook voor Sofein, vertegenwoordigd door P. Leozappa, avvocato,

– de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door A. De Curtis, L. Fiandaca en D. G. Pintus, avvocati dello Stato,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara en G. Wils als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114, met rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44), artikel 6 VEU, de artikelen 49, 50, 54 en 56 VWEU, de artikelen 16, 49, 50 en 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), alsook artikel 4 van het op 22 november 1984 te Straatsburg ondertekende Protocol nr. 7 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van twee gedingen tussen Luxone Srl, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van gevolmachtigde van de samen met Iren Smart Solutions SpA op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen, in zaak C-403/23, respectievelijk Sofein SpA, voorheen Gi One SpA, in zaak C-404/23, en dezelfde aanbestedende dienst, Consip SpA, betreffende de besluiten waarbij deze dienst, ten eerste, de tijdelijke combinatie van ondernemingen waarvan Luxone en Sofein deel uitmaakten heeft uitgesloten van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht en, ten tweede, de voorlopige waarborg heeft verbeurdverklaard die de leden van deze combinatie met het oog op hun deelneming aan deze procedure hadden gesteld.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2004/18

3 De overwegingen 2 en 32 van richtlijn 2004/18 luidden als volgt:

„(2) Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.

[…]

(32) Om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen [(kmo's)] tot overheidsopdrachten te bevorderen, moeten bepalingen over onderaanneming worden opgenomen."

4 Artikel 2 van deze richtlijn had als opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten" en luidde:

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

5 Artikel 4 van die richtlijn („Ondernemers") bepaalde in lid 2:

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

6 Artikel 45 van deze richtlijn („Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver") bepaalde in lid 2:

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

[…]

c) jegens wie een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde volgens de wetgeving van het land is gedaan, waarbij een delict is vastgesteld dat in strijd is met zijn beroepsgedragsregels;

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

[…]

g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

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

7 Artikel 47 van richtlijn 2004/18 („Economische en financiële draagkracht") bepaalde in de leden 2 en 3:

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

3. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 4, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere lichamen."

8 Artikel 48 van deze richtlijn („Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid") luidde als volgt:

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

[…]

3. Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere lichamen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die lichamen. In dat geval moet hij 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.

4. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 4, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten."

9 Bijlage VII A bij deze richtlijn, met als opschrift „Inlichtingen die in aankondigingen van overheidsopdrachten moeten worden opgenomen", bepaalde in de punten 14 en 21 van het onderdeel „Aankondiging van overheidsopdrachten" dat in een aankondiging van opdracht respectievelijk „[i]ndien van toepassing, verlangde borgsommen en waarborgen" moesten worden vermeld alsmede de „[t]ermijn gedurende welke de inschrijver zijn inschrijving gestand moet doen (openbare procedure)".

Richtlijn 2004/17

10 Uit de artikelen 3 tot en met 9 van 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 (PB 2004, L 134, blz. 1) volgt dat deze richtlijn van toepassing was op overheidsopdrachten die betrekking hadden op een of meer activiteiten op de volgende gebieden: gas, warmte en elektriciteit; water; vervoerdiensten; postdiensten; exploratie en winning van aardolie, gas, steenkool en andere vaste brandstoffen.

11 Artikel 11, lid 2, van richtlijn 2004/17 was in vrijwel dezelfde bewoordingen gesteld als artikel 4, lid 2, van richtlijn 2004/18.

Italiaans recht

12 Decreto legislativo nr. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsbesluit nr. 163 houdende het wetboek inzake overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter omzetting van richtlijn 2004/17/EG en richtlijn 2004/18/EG) van 12 april 2006 (GURI nr. 100 van 2 mei 2006, gewoon supplement nr. 107; hierna: „oud wetboek overheidsopdrachten") bevatte een artikel 11, met als opschrift „Fasen van de procedures voor het plaatsen van opdrachten", waarvan lid 6 bepaalde:

„Een deelnemer mag slechts één inschrijving indienen. De inschrijving bindt de deelnemer gedurende de in de aankondiging of de uitnodiging vermelde termijn, en indien geen termijn is vastgesteld, gedurende 180 dagen na de uiterste datum voor indiening van de inschrijving. De aanbestedende dienst kan de inschrijvers verzoeken om deze termijn te verlengen."

13 Artikel 37 van het oude wetboek overheidsopdrachten, met als opschrift „Tijdelijke combinaties en gewone consortia van concurrenten", bepaalde in de leden 8 tot en met 10, 18 en 19:

„8. De in artikel 34, lid 1, onder d) en e), genoemde personen mogen een inschrijving indienen, ook indien zij nog niet zijn opgericht. In dat geval moet de inschrijving worden ondertekend door alle ondernemers die de tijdelijke combinaties of gewone consortia van ondernemingen zullen vormen, en daarin de toezegging worden opgenomen dat die ondernemers indien de opdracht aan hen wordt gegund, een bijzondere collectieve volmacht met vertegenwoordigingsbevoegdheid zullen verlenen aan één van hen, die in de inschrijving wordt aangeduid en gekwalificeerd is als gevolmachtigde en die de overeenkomst zal ondertekenen in naam en voor rekening van hemzelf en de volmachtgevers.

9. […] Onverminderd de leden 18 en 19 is het verboden om de samenstelling van tijdelijke combinaties of gewone consortia van ondernemingen te wijzigen ten opzichte van de samenstelling die is vermeld in de bij de inschrijving verstrekte toezegging.

10. Indien de in het vorige lid bedoelde verboden niet in acht worden genomen, wordt de gunning of de overeenkomst nietig verklaard, en worden de inschrijvers uitgesloten die tijdens of na deze aanbestedingsprocedure deel uitmaakten van de combinatie of het gewone consortium van verenigde concurrenten.

[…]

18. In geval van faillissement van de gevolmachtigde of, indien de gevolmachtigde een individuele ondernemer is, in geval van overlijden, (gedeeltelijke) ondercuratelestelling of faillissement van die ondernemer, of in de gevallen bedoeld in de antimaffiawetgeving, kan de aanbestedende dienst de aanbestedingsovereenkomst voortzetten met een andere ondernemer die overeenkomstig de voorschriften van dit wetboek daartoe is gemachtigd, mits die ondernemer beschikt over de vereiste kwalificaties voor de nog uit te voeren werken of diensten. Indien niet aan deze voorwaarden is voldaan, kan de aanbestedende dienst de aanbestedingsovereenkomst opzeggen.

19. In geval van faillissement van een volmachtgever of, indien de volmachtgever een individuele ondernemer is, in geval van overlijden, (gedeeltelijke) ondercuratelestelling of faillissement van die ondernemer, of in de gevallen bedoeld in de antimaffiawetgeving, dient de gevolmachtigde, indien hij geen vervangende ondernemer aanwijst die in het bezit is van de vereiste kwalificaties, de opdracht zelf dan wel middels de andere volmachtgevers uit te voeren, mits die volmachtgevers in het bezit zijn van de vereiste kwalificaties voor de nog uit te voeren werken of diensten."

14 Artikel 38 van dit wetboek, met als opschrift „Algemene voorwaarden", bevatte een lid 1, onder f), dat luidde als volgt:

„De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor de gunning van concessies en het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, komen niet in aanmerking voor opdrachten in onderaanbesteding en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten:

[…]

f) personen die zich naar het met redenen omklede oordeel van de aanbestedende dienst schuldig hebben gemaakt aan ernstige nalatigheid of te kwader trouw hebben gehandeld bij de uitvoering van de opdrachten die hun zijn gegund door de aanbestedende dienst die de aankondiging van de opdracht heeft bekendgemaakt; of personen die bij de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken […]".

15 Artikel 48 van dat wetboek, met als opschrift „Controle op de naleving van de voorwaarden", bepaalde in lid 1:

„Alvorens de ingediende inschrijvingen te openen verzoeken de aanbestedende diensten aan een aantal door openbare loting geselecteerde inschrijvers, welk aantal niet minder dan tien procent van de ingediende inschrijvingen bedraagt en naar boven wordt afgerond, om binnen tien dagen na het betreffende verzoek aan te tonen dat zij beschikken over de vereiste financieel-economische draagkracht en technisch-organisatorische bekwaamheid waarom eventueel in de aankondiging van de opdracht is verzocht, door de in die aankondiging of in de uitnodiging genoemde documentatie over te leggen. Bij de controle toetsen de aanbestedende diensten of de inschrijvers aan de hand van het in artikel 7, lid 10, bedoelde geautomatiseerde register of door middel van de website van het ministerie van Infrastructuur en Vervoer of de inschrijvers aan de voorwaarden voor de uitvoering van de werken voldoen. Voor opdrachten die aan algemene aannemers worden gegund, voor leveranciers en voor dienstverleners wordt de naleving van de in artikel 42, lid 1, onder a), van dit wetboek bedoelde eis gecontroleerd aan de hand van de in artikel 6 bis van dit wetboek bedoelde nationale databank voor overheidsopdrachten. Indien dat bewijs niet wordt geleverd of de in het verzoek tot deelneming of in de inschrijving opgenomen verklaringen niet worden bevestigd, wordt de deelnemer door de aanbestedende diensten van de procedure uitgesloten, de betreffende

voorlopige waarborg verbeurdverklaard en de autoriteit daarvan in kennis gesteld met het oog op de in artikel 6, lid 11, bedoelde maatregelen. De autoriteit schorst tevens [het recht op] deelname aan aanbestedingsprocedures voor een periode van één tot twaalf maanden."

16 Artikel 75 („Bij de inschrijving te voegen zekerheden") van dat wetboek luidt als volgt:

„1. De inschrijving gaat vergezeld van een zekerheid van twee procent van de in de aankondiging of in de uitnodiging genoemde basisprijs, in de vorm van een waarborgsom of borgstelling, zulks ter keuze van de inschrijver. […]

[…]

6. De zekerheid dient ter dekking van het risico dat de overeenkomst niet wordt ondertekend door degene aan wie de opdracht wordt gegund, en wordt automatisch vrijgegeven op het moment dat de overeenkomst wordt ondertekend.

[…]

9. De aanbestedende dienst stelt de afgewezen inschrijvers ervan in kennis dat de opdracht is gegund en zorgt er tegelijkertijd voor dat de door hen verstrekte zekerheid bedoeld in lid 1 onverwijld en in elk geval binnen een termijn van ten hoogste 30 dagen na de gunning van de opdracht wordt vrijgegeven, zelfs indien de zekerheid nog steeds geldig is."

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

17 Bij een op 21 december 2015 bekendgemaakte aankondiging heeft Consip een in twaalf percelen onderverdeelde aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van een opdracht voor de levering van een dienst inzake verlichting en daarmee verbonden en facultatieve diensten.

18 Een op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen waarvan Luxone de leidende partner was (hierna: „GTE Luxone"), heeft een inschrijving ingediend voor vier van deze twaalf percelen. Tot deze combinatie behoorden ook Consorzio Stabile Energie Locali Scarl (hierna: „CSEL"), Iren Servizi e Innovazione SpA (thans Iren Smart Solutions), Gestione Integrata Srl en Exitone SpA.

19 Bij brief van 28 september 2018 heeft Gi One, thans Sofein, Consip verzocht kennis te nemen van het feit dat zij Exitone en Gestione Integrata zou opvolgen „in al hun rechten en verplichtingen".

20 Hoewel Consip zich bij de inleiding van de procedure voor de controle van de inschrijvingen op onregelmatigheden het recht had voorbehouden om te beoordelen of Exitone steeds aan de algemene voorwaarden van artikel 38 van het oude wetboek inzake overheidsopdrachten had voldaan, heeft zij geen verdere procedure ingeleid.

21 De in de hoofdgedingen aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure moest uiterlijk op 18 april 2017 zijn beëindigd, maar is achtmaal verlengd, met als doel „Consip de tijd te geven die nodig is om de procedure af te ronden". Elk van deze verlengingen had tot gevolg dat de intussen verstreken inschrijvingen moesten worden bevestigd en voorts dat de voorlopige waarborgen bij die inschrijvingen moesten worden verlengd.

22 Nadat op 2 maart 2020 het zevende verzoek om bevestiging van deze offertes was geformuleerd, hebben de leden van de tijdelijke combinatie Luxone aan Consip bij brief van 30 maart 2020 meegedeeld dat Luxone en Iren Smart Solutions hun oorspronkelijke inschrijvingen wensten te bevestigden, maar Sofein en CSEL niet. In essentie stelden Sofein en CSEL dat de in de loop van 2016 ingediende inschrijvingen „vanuit commercieel oogpunt of qua goede en prudente bedrijfsvoering, gelet op de duur van de voorbereidende werkzaamheden voor de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde gunning van de opdracht, niet langer [konden] worden gehandhaafd".

23 Bij brief van 9 juni 2020 heeft Consip alle leden van de tijdelijke combinatie Luxone voor de achtste maal verzocht om de vervallen inschrijving te bevestigen en om de geldigheid van de daaraan verbonden voorlopige waarborg te verlengen tot 30 november 2020.

24 Bij brief van 18 juni 2020, waar Consip niet op heeft geantwoord, hebben Luxone en Iren Smart Solutions hun inschrijvingen herhaald en eraan herinnerd dat Sofein en CSEL hun inschrijvingen niet wensten te bevestigen.

25 Bij brief van 30 september 2020 heeft Consip een procedure ingeleid om na te gaan of aan de voorwaarde van artikel 38, lid 1, onder f), van het oude wetboek overheidsopdrachten was voldaan en om de rechtmatigheid van de terugtrekking van Sofein en CSEL te beoordelen. Volgens Consip hebben deze twee ondernemingen zich namelijk onrechtmatig uit de tijdelijke combinatie Luxone „teruggetrokken" door hun inschrijvingen niet te bevestigen.

26 Bij besluit van 11 november 2020 (hierna: „uitsluitingsbesluit van 11 november 2020") heeft Consip de tijdelijke combinatie Luxone uitgesloten van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure.

27 In de eerste plaats wees Consip erop dat artikel 11, lid 6, van het oude wetboek overheidsopdrachten alleen aan de inschrijver, in dit geval aan de tijdelijke combinatie Luxone als geheel, het recht verleende om zich na een bepaalde termijn uit de aanbesteding terug te trekken. Dit recht kan dus niet door slechts een deel van de leden van deze combinatie worden uitgeoefend.

28 In de tweede plaats klaagde Consip meer bepaald dat Sofein zich uit die combinatie had teruggetrokken om artikel 38, lid 1, van dat wetboek te omzeilen. Op grond van deze bepaling had Sofein namelijk moeten worden uitgesloten van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure, omdat de gedragingen van de twee vennootschappen waarvan zij de rechtsopvolgster was, afbreuk konden doen aan haar betrouwbaarheid en zij daarvoor moest instaan. Consip verweet Sofein eveneens strafbare gedragingen.

29 In de derde plaats voerde Consip een „gebrek aan beroepsmoraal" van Luxone aan, zoals blijkt uit een vervolgingsbeslissing wegens belemmering van openbare aanbestedingsprocedures en het vonnis van 14 juli 2020 van de Tribunale di Messina (rechter in eerste aanleg Messina, Italië) dat is gewezen tegen de persoon die tot 22 juli 2019 voorzitter was van de vennootschap waarvan Luxone de rechtsopvolgster is.

30 In de vierde plaats verweet Consip CSEL dat zij zich uit de tijdelijke combinatie Luxone had teruggetrokken in essentie om te verhullen dat deze vennootschap niet voldeed aan de gestelde voorwaarden en niet over de nodige middelen beschikte om de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde opdracht uit te voeren.

31 Bij besluit van 12 november 2020 heeft Consip de verbeurte gelast van de voorlopige waarborgen voor een totaalbedrag van 2 950 000 EUR, die waren gesteld voor de vier percelen waarop de tijdelijke combinatie Luxone had ingeschreven.

32 In antwoord op de brieven van Consip van 11 en 12 november 2020 heeft CSEL bij brief van 20 november 2020 gesteld dat zij steeds aan alle voorwaarden voor deelname aan de procedure in de hoofdgedingen heeft voldaan. Bovendien maakte het feit dat CSEL de inschrijving niet bevestigde, wat niet als terugtrekking uit de tijdelijke combinatie Luxone kon worden aangemerkt, deel uit van een algemene reorganisatie van de onderneming.

33 Bij brief van 10 december 2020 heeft Consip het uitsluitingsbesluit van 11 november 2020 bevestigd.

34 Luxone, handelend in eigen naam en in hoedanigheid van gevolmachtigde van de tijdelijke combinatie Luxone, en Sofein zijn bij de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) tevergeefs opgekomen tegen het uitsluitingsbesluit van 11 november 2020 en het besluit van 12 november 2020. Zij heeft derhalve tegen de vonnissen van deze rechtbank hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter), de verwijzende rechter.

35 Deze rechter geeft aan dat hij de opschorting van de verbeurte van de voorlopige waarborgen heeft gelast, met name wegens de omvang van het totaalbedrag.

36 Deze rechter acht het opportuun om alvorens de beroepen te onderzoeken voor zover ze tegen het besluit tot uitsluiting van 11 november 2020 zijn gericht, na te gaan of artikel 11, lid 6, van het oude wetboek overheidsopdrachten, dat door de Italiaanse bestuursrechters aldus wordt uitgelegd dat het feit dat een inschrijving niet of slechts gedeeltelijk wordt bevestigd op het moment dat deze verstrijkt en voor de betrokken inschrijver niet langer bindend is moet worden gelijkgesteld met de terugtrekking uit de tijdelijke combinatie van ondernemingen die deze inschrijving had ingediend, verenigbaar is met het Unierecht.

37 De verwijzende rechter overweegt dat de aanbestedende dienst in geval van terugtrekking van bepaalde leden van een dergelijke combinatie op grond van artikel 11, lid 6, artikel 37, leden 8 tot en met 10, 18 en 19, en artikel 38, lid 1, onder f), van dat wetboek verplicht was om de ondernemers van deze combinatie van de aanbesteding uit te sluiten, gelet op het verbod om de samenstelling ervan te wijzigen. De enige uitzonderingen op het beginsel van onveranderbaarheid van een tijdelijke combinatie van ondernemingen zijn vermeld in artikel 37, leden 18 en 19, van dat wetboek.

38 De bestaansreden van de regel van artikel 11, lid 6, van het oude wetboek overheidsopdrachten was de handhaving van de ingediende inschrijving gedurende de gehele voorzienbare duur van de aanbestedingsprocedure te verzekeren en niet de werking ervan in de tijd te beperken. Volgens de Consiglio di Stato betekende deze bepaling niet dat die inschrijving van rechtswege verviel zodra de termijn was verstreken, maar alleen dat de betrokken inschrijver zijn inschrijving kon intrekken, mits hij uitdrukkelijk van die mogelijkheid gebruikmaakte. Bovendien was het beginsel van subjectieve onveranderbaarheid van een tijdelijke combinatie van ondernemingen ook van toepassing in de gevallen waarin deze combinatie nog niet formeel was opgericht.

39 Bovendien wordt de uitsluiting van de tijdelijke combinatie Luxone van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure in casu ook gerechtvaardigd door de houding van Sofein, die – door zich uit deze tijdelijke combinatie terug te trekken – heeft getracht de aangekondigde controle van haar „morele betrouwbaarheid" te vermijden. Uit de rechtspraak van de Consiglio di Stato volgt dat de terugtrekking van een van de leden van een combinatie moet zijn ingegeven door organisatorische vereisten die eigen zijn aan het tijdelijke samenwerkingsverband of het consortium.

40 De verwijzende rechter is van oordeel dat de betwiste bepalingen van het oude wetboek overheidsopdrachten verenigbaar zijn met artikel 4, lid 2, van richtlijn 2004/18 en met artikel 11, lid 2, van richtlijn 2004/17, dat vrijwel gelijk daaraan is.

41 Luxone en Sofein bekritiseren evenwel de rechtspraak van de Consiglio di Stato voor zover de leden van een tijdelijke combinatie van ondernemingen daardoor in de praktijk voor onbepaalde tijd aan hun inschrijving gebonden blijven, ook wanneer deze bindende inschrijving meerdere malen is verstreken. Een dergelijke uitlegging druist in tegen het in artikel 16 van het Handvest neergelegde beginsel van vrijheid van ondernemerschap en tegen de beginselen van evenredigheid en mededinging alsmede die van de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting, die zijn neergelegd in de artikelen 49, 50, 54 en 56 VWEU.

42 De verwijzende rechter erkent dat een verbod voor een lid van een dergelijke combinatie om een inschrijving in te trekken die is ingediend en opnieuw is verstreken op straffe van uitsluiting van deze combinatie als geheel, met name in het kader van procedures die zich over een aanzienlijke periode uitstrekken, onevenredig lijkt om te garanderen dat de inschrijving serieus is, tenminste wanneer de marktdeelnemers die deze inschrijving hebben bevestigd zelf in staat blijven om aan alle voorwaarden voor deelname aan de aanbestedingsprocedure te voldoen. Overeenkomstig artikel 2 van richtlijn 2004/18, gelezen in samenhang met overweging 2 ervan, mogen de door de lidstaten vastgestelde maatregelen echter niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken.

43 Voorts betogen Luxone en Sofein dat de onrechtmatigheid van het besluit van 12 november 2020 tot verbeurte van de voorlopige waarborgen voortvloeit uit de onrechtmatigheid van het uitsluitingsbesluit van 11 november 2020, alsook uit de gebreken ervan. De verbeurte van deze waarborgen kan namelijk slechts worden afgedwongen in de twee gevallen in artikel 48, lid 1, en artikel 75, lid 6, van het oude wetboek overheidsopdrachten, te weten wanneer de aan controle onderworpen inschrijver niet aantoonde dat hij „over de vereiste financieel-economische draagkracht en technisch-organisatorische bekwaamheid" beschikte en wanneer een overeenkomst niet was ondertekend „door degene aan wie de opdracht wordt gegund". De hoofdgedingen vallen echter onder geen van deze twee gevallen.

44 Ofschoon de Corte costituzionale (grondwettelijk hof, Italië) in zijn arrest nr. 198 van 26 juli 2022 heeft geoordeeld dat de verbeurte van een waarborg geen strafrechtelijke sanctie is, overweegt de verwijzende rechter, net als Luxone en Sofein, dat de verbeurte van rechtswege van de voorlopige waarborgen ten aanzien van die vennootschappen de kenmerken van een dergelijke sanctie vertoont, gelet op de omvang van het „vermogensrechtelijke offer" dat die vennootschappen wordt opgelegd.

45 In dit verband preciseert artikel 49, lid 3, van het Handvest dat „[d]e zwaarte van de straf […] niet onevenredig [mag] zijn aan het strafbare feit". Evenzo zijn artikel 1 van het op 20 maart 1952 te Parijs ondertekende Eerste aanvullend protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 17 van het Handvest aldus uitgelegd dat zij

ertoe strekken de evenredigheid tussen de gedraging en de opgelegde straf te waarborgen door te verbieden het eigendomsrecht zonder reden te beperken en dus een „buitensporig en onevenredig offer" ten opzichte van het nagestreefde doel te voorkomen. Het evenredigheidsbeginsel wordt ook in algemene termen uitgedrukt in overweging 2 van richtlijn 2004/18.

46 In deze context heeft de Consiglio di Stato de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„1) Staan richtlijn [2004/18], de artikelen 16 en 52 van het [Handvest] en de beginselen van evenredigheid, mededinging, vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting bedoeld in de artikelen 49, 50, 54 en 56 VWEU in de weg aan nationale bepalingen [artikel 11, lid 6, artikel 37, leden 8, 9, 10, 18 en 19, en artikel 38, lid 1, onder f), van het oude wetboek overheidsopdrachten] volgens welke het in geval van verstrijken van de geldigheidsduur van de oorspronkelijke inschrijving van een op te richten tijdelijke combinatie van ondernemingen niet mogelijk is om bij de verlenging van die inschrijving het oorspronkelijke aantal deelnemers van de combinatie te verlagen? Meer bepaald, zijn die nationale bepalingen verenigbaar met de algemene Unierechtelijke beginselen van vrijheid van economisch initiatief en nuttig effect, en met artikel 16 van het [Handvest]?

2) Staan richtlijn [2004/18], de artikelen 16, 49, 50 en 52 van het [Handvest], artikel 4 van Protocol nr. 7 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, artikel 6 VEU en de beginselen van evenredigheid, mededinging, vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverrichting bedoeld in de artikelen 49, 50, 54 en 56 VWEU in de weg aan nationale bepalingen [artikel 38, lid 1, onder f), de artikelen 48 en 75 van het oude wetboek overheidsopdrachten] op grond waarvan automatisch als gevolg van de uitsluiting van een ondernemer van een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor dienstverlening, een sanctie wordt opgelegd in de vorm van verbeurte van de voorlopige waarborg, waarbij niet van belang is of de opdracht in kwestie aan die ondernemer is gegund?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

47 Vooraf moet eraan worden herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak van het Hof, in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, de taak van het Hof is om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan hij het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe kan het Hof rekening houden met bepalingen van het Unierecht waarvan de nationale rechter bij de formulering van zijn vraag geen melding heeft gemaakt. Dat een nationale rechter bij de formulering van een prejudiciële vraag formeel gesproken heeft gerefereerd aan bepaalde voorschriften van het Unierecht, staat er namelijk niet aan in de weg dat het Hof die rechter alle uitleggingsgegevens verschaft die nuttig kunnen zijn voor de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, ongeacht of hij naar die voorschriften heeft verwezen in zijn vragen. In dit verband staat het aan het Hof om uit alle door de nationale rechter verschafte gegevens en met name uit de motivering van de verwijzingsbeslissing de elementen van het Unierecht te putten die uitlegging behoeven, gelet op het voorwerp van het geding (zie in die zin arresten van 12 december 1990, SARPP, C-241/89, EU:C:1990:459, punt 8, en 5 december 2023, Nordic Info, C-128/22, EU:C:2023:951, punt 99 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

48 In casu heeft de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde opdracht geen betrekking op een of meer van de in de artikelen 3 tot en met 9 van richtlijn 2004/17 genoemde activiteiten waarop deze richtlijn van toepassing is. Derhalve moet worden aangenomen dat deze opdracht binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 valt.

49 In die omstandigheden moet ervan worden uitgegaan dat de verwijzende rechter met zijn eerste vraag in wezen wenst te vernemen of artikel 47, lid 3, en artikel 48, lid 4, van richtlijn 2004/18, gelezen in samenhang met het algemene evenredigheidsbeginsel, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan het voor leden van een tijdelijke combinatie van ondernemingen die een inschrijving heeft ingediend, niet mogelijk is om zich uit deze combinatie terug te trekken wanneer de geldigheidsduur van de door die combinatie ingediende inschrijving verstrijkt en de aanbestedende dienst verzoekt om verlenging van de geldigheid van de bij hem ingediende inschrijvingen.

50 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 een ondernemer het recht verlenen om zich te beroepen op de economische en financiële draagkracht en voorts de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de leden van de combinatie of van andere lichamen, mits hij de aanbestedende dienst bewijst dat de combinatie zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen. Deze richtlijn staat dus toe dat de draagkracht van meerdere ondernemers wordt gecumuleerd om aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumcapaciteitseisen te voldoen, mits de gegadigde of inschrijver die de draagkracht van één of meer andere entiteiten inroept, de aanbestedende dienst bewijst dat hij daadwerkelijk zal beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn. Deze uitlegging strookt met het doel om overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, dat de betrokken richtlijnen niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten. Die uitlegging vergemakkelijkt de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten, wat ook beoogd wordt met richtlijn 2004/18, zoals blijkt uit overweging 32 ervan (zie in die zin arresten van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punten 29, 33 en 34, en 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punten 25-27).

51 Uit artikel 47, lid 3, en artikel 48, lid 4, van deze richtlijn blijkt ook dat een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 4 van deze richtlijn zich onder dezelfde voorwaarden kan beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere lichamen.

52 Noch artikel 47, lid 3, noch artikel 48, lid 4, van richtlijn 2004/18 bevat echter regels voor wijzigingen in de samenstelling van een combinatie van ondernemingen die een inschrijving heeft ingediend, zodat het aan de lidstaten staat om deze situatie te regelen (zie naar analogie arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punt 35).

53 In casu volgt uit artikel 37, leden 9, 10, 18 en 19, van het oude wetboek overheidsopdrachten dat elke wijziging in de oorspronkelijke samenstelling van een tijdelijke combinatie verboden was, behalve in geval van faillissement van de leidende partner of van een lid van die combinatie van ondernemingen, op straffe van uitsluiting van alle deelnemers van die combinatie van de aanbestedingsprocedure.

54 Dit verbod om de samenstelling van een tijdelijke combinatie van ondernemingen te wijzigen moet echter worden beoordeeld in het licht van de algemene beginselen van het Unierecht, met name het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, alsook het evenredigheidsbeginsel (zie in die zin arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punt 36).

55 Dat evenredigheidsbeginsel, dat in overweging 2 van richtlijn 2004/18 in herinnering is gebracht, vereist dat de regels die door de lidstaten of aanbestedende diensten worden opgesteld om uitvoering te geven aan die richtlijn niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn (zie in die zin arresten van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 48, en 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 155).

56 Het beginsel van gelijke behandeling geeft alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen. Dat betekent dat voor alle inschrijvers dezelfde inschrijvingsvoorwaarden moeten gelden. Het transparantiebeginsel vormt daar het logische uitvloeisel van en heeft in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze worden geformuleerd, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie in die zin arresten van 6 november 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44, en 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 36).

57 De beginselen van transparantie en gelijke behandeling die gelden voor alle procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, vereisen dat de materiële en formele voorwaarden inzake de deelneming aan een opdracht tevoren duidelijk moeten zijn bepaald en bekendgemaakt, in het bijzonder de verplichtingen van de inschrijvers, zodat de betrokkenen exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden (zie in die zin arresten van 9 februari 2006, La Cascina e.a., C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94, punt 32, en 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 37).

58 In dit verband bepaalt punt 21 van bijlage VII A bij richtlijn 2004/18 dat de „[t]ermijn gedurende welke de inschrijver zijn inschrijving gestand moet doen (openbare procedure)" een integrerend deel uitmaakt van de inlichtingen die in de aankondigingen van opdrachten moet worden opgenomen.

59 In de eerste plaats volgt uit het arrest van 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin (C-396/14, EU:C:2016:347, punten 44 en 48), dat artikel 47, lid 3, en artikel 48, lid 4, van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat leden van een tijdelijke combinatie van ondernemingen zich uit deze combinatie kunnen terugtrekken zonder het beginsel van gelijke behandeling te schenden, mits wordt aangetoond dat, ten eerste, de overige leden van die combinatie voldoen aan de door de aanbestedende dienst omschreven voorwaarden voor deelname aan de aanbestedingsprocedure en, ten tweede, de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze leden aan de procedure blijven deelnemen.

60 Doordat artikel 37, leden 9, 10, 18 en 19, van het oude wetboek overheidsopdrachten strikt voorschrijft dat de juridische en feitelijke identiteit van een tijdelijke combinatie van ondernemingen behouden moet blijven, is het dus kennelijk in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

61 Dit geldt temeer daar in geen enkele uitzondering is voorzien voor het geval dat de aanbestedende dienst herhaaldelijk verzoekt om verlenging van de geldigheidsduur van de inschrijvingen. Een dergelijk uitstel vereist van alle leden van een tijdelijke combinatie van ondernemingen, ten eerste, dat zij bepaalde middelen vastleggen, zowel wat personeel als materieel betreft, met het oog op de eventuele gunning van de betrokken opdracht, en, ten tweede, dat zij de gestelde voorlopige waarborg verlengen, wat met name voor een kmo een aanzienlijke last kan betekenen.

62 In de tweede plaats volgt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing dat de verwijzende rechter artikel 11, lid 6, van het oude wetboek overheidsopdrachten aldus uitlegde dat het niet tot gevolg had dat de inschrijving van rechtswege verviel wanneer de in de aanbesteding gestelde termijn was verstreken. Daarom moest de inschrijver zich uitdrukkelijk beroepen op de mogelijkheid om zijn inschrijving in te trekken. Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing blijkt ook dat het nadere vereiste dat de terugtrekking van een lid van een tijdelijke combinatie van ondernemingen moest zijn ingegeven door organisatorische vereisten die eigen zijn aan die combinatie, uitsluitend voortvloeit uit de rechtspraak van de verwijzende rechter.

63 Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld dat een situatie waarin de voorwaarden voor deelname aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voortvloeien uit de uitlegging van het nationale recht in de rechtspraak, bijzonder nadelig uitvalt voor inschrijvers die in andere lidstaten zijn gevestigd, aangezien hun kennis van het nationale recht en de uitlegging ervan niet van hetzelfde niveau kan zijn als die van inschrijvers uit de betrokken lidstaat (arrest 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 46, en beschikking van 13 juli 2017, Saferoad Grawil et Saferoad Kabex, C-35/17, EU:C:2017:557, punt 22).

64 Ten slotte, voor zover de twee vennootschappen die hebben geweigerd hun inschrijving te vernieuwen ook wordt verweten dat zij hebben getracht de controle op de naleving van de selectiecriteria te omzeilen, en bijgevolg te voorkomen dat zij van de aanbestedingsprocedure voor de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde opdracht zouden worden uitgesloten, moet daaraan worden toegevoegd dat de aanbestedende dienst weliswaar te allen tijde de betrouwbaarheid van de leden van een tijdelijke combinatie van ondernemingen kan verifiëren en zich er in dit verband van kan vergewissen dat zij niet onder een van de in artikel 45 van richtlijn 2004/18 genoemde uitsluitingsgronden voor een aanbestedingsprocedure vallen, maar dat de aanbestedende dienst er in het kader van deze beoordeling voor moet zorgen dat het evenredigheidsbeginsel, zoals omschreven in punt 55 van het onderhavige arrest, in acht wordt genomen.

65 Bijgevolg moet een aanbestedende dienst bij het hanteren van de facultatieve uitsluitingsgronden voor een aanbestedingsprocedure des te meer bijzondere aandacht schenken aan dit beginsel wanneer de uitsluiting waarin de nationale regeling voorziet aan een gehele combinatie van ondernemers wordt opgelegd voor een schending die niet aan alle leden daarvan kan worden verweten, maar slechts door een of meer van hen is begaan, en waarbij de leidende partner van deze combinatie geen controle heeft over de ondernemer(s) met wie hij voornemens was een dergelijke combinatie op te richten (zie naar analogie arresten van 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 48, en 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 156).

66 Het evenredigheidsbeginsel vereist namelijk dat de aanbestedende dienst het gedrag van de betrokken entiteit in concreto en individueel beoordeelt (zie in die zin arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punt 31). De aanbestedende dienst moet daarbij rekening houden met de middelen die de inschrijver te zijner beschikking had om na te gaan of er sprake was van een schending door de entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wilde doen (arresten van 3 juni 2021, Rad Service e.a., C-210/20, EU:C:2021:445, punt 40, en 7 september 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, C-927/19, EU:C:2021:700, punt 157).

67 In die omstandigheden moeten artikel 47, lid 3, en artikel 48, lid 4, van richtlijn 2004/18, gelezen in samenhang met het algemene evenredigheidsbeginsel, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan het voor leden van een tijdelijke combinatie van ondernemingen die een inschrijving heeft ingediend, niet mogelijk is om zich uit deze combinatie terug te trekken wanneer de geldigheidsduur van de door die combinatie ingediende inschrijving verstrijkt en de aanbestedende dienst verzoekt om verlenging van de geldigheid van de bij hem ingediende inschrijvingen, op voorwaarde dat wordt vastgesteld dat, ten eerste, de overige leden van die combinatie voldoen aan de door de aanbestedende dienst omschreven voorwaarden en, ten tweede, de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze leden aan de procedure blijven deelnemen.

Tweede vraag

68 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, zoals neergelegd in artikel 2 en in overweging 2 van richtlijn 2004/18, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling die voorziet in de automatische verbeurte van de voorlopige waarborg die een inschrijver heeft gesteld voor het geval dat hij van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht wordt uitgesloten, zelfs al is de betrokken opdracht niet aan hem gegund.

69 Zoals blijkt uit de punten 61 en 62 van het arrest van 28 februari 2018, MA.T.I. SUD en Duemme SGR (C-523/16 en C-536/16, EU:C:2018:122), voldoet het feit dat de aanbestedende dienst het bedrag van de voorlopige waarborg op voorhand in de aankondiging van de opdracht neerlegt stellig aan de vereisten van de beginselen van gelijke behandeling van de inschrijvers, transparantie en rechtszekerheid, aangezien hierdoor elke discriminatoire of willekeurige behandeling van die inschrijvers vanwege de aanbestedende dienst op objectieve wijze kan worden vermeden. Niettemin is de automatische verbeurte van de op voorhand vastgelegde waarborg, zonder rekening te houden met de aard van de eventueel door de nalatige inschrijver verrichte correcties en bijgevolg zonder enige geïndividualiseerde motivering, niet verenigbaar met de vereisten op het gebied van de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel.

70 Ook al vormt de verbeurte van die waarborg een passend middel om de door de lidstaat nagestreefde legitieme doelstellingen te verwezenlijken, te weten het aanzetten van de inschrijvers tot verantwoord gedrag bij de indiening van hun inschrijvingen en het compenseren van de financiële last die de controle van de regelmatigheid van de inschrijvingen voor de aanbestedende dienst meebrengt, het bedrag van deze waarborg is in een situatie als die in de hoofdgedingen kennelijk buitensporig in het licht van het verloop van de betrokken aanbestedingsprocedure (zie in die zin arrest van 28 februari 2018, MA.T.I. SUD en Duemme SGR, C-523/16 en C-536/16, EU:C:2018:122, punten 63 en 64).

71 Bijgevolg moeten het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, zoals neergelegd in artikel 2 en in overweging 2 van richtlijn 2004/18, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling die voorziet in de automatische verbeurte van de voorlopige waarborg die een inschrijver heeft gesteld voor het geval dat hij van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor diensten wordt uitgesloten, zelfs al is de betrokken opdracht niet aan hem gegund.

Kosten

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

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

1) **Artikel 47, lid 3, en artikel 48, lid 4, 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, gelezen in samenhang met het algemene evenredigheidsbeginsel,**

   moeten aldus worden uitgelegd dat

   zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan het voor leden van een tijdelijke combinatie van ondernemingen die een inschrijving heeft ingediend, niet mogelijk is om zich uit deze combinatie terug te trekken wanneer de geldigheidsduur van de door die combinatie ingediende inschrijving verstrijkt en de aanbestedende dienst verzoekt om verlenging van de geldigheid van de bij hem ingediende inschrijvingen, op voorwaarde dat wordt vastgesteld dat, ten eerste, de overige leden van die combinatie voldoen aan de door de aanbestedende dienst omschreven voorwaarden en, ten tweede, de concurrentiepositie van de andere inschrijvers er niet onder lijdt als deze leden aan de procedure blijven deelnemen.

2) **Het evenredigheidsbeginsel, het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, zoals neergelegd in artikel 2 en in overweging 2 van richtlijn 2004/18,**

   moeten aldus worden uitgelegd dat

   zij zich verzetten tegen een nationale regeling die voorziet in de automatische verbeurte van de voorlopige waarborg die een inschrijver heeft gesteld voor het geval dat hij van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor diensten wordt uitgesloten, zelfs al is de betrokken opdracht niet aan hem gegund.

ondertekeningen