CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 23 september 1999 *

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing heeft betrekking op het recht van een vennootschap die aan een aanbestedingsprocedure in de zin van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [1], deelneemt om een beroep te doen op de technische en financiële kwalificaties van een andere vennootschap waarmee zij via haar moedermaatschappij is gelieerd.

I — Het gemeenschapsrecht

2. Volgens artikel 3, lid 1, van richtlijn 92/50 passen de aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening aan de bepalingen van die richtlijn aangepaste procedures toe.

3. Artikel 26 van richtlijn 92/50 bepaalt het volgende:

„1. Combinaties of consortiums van dienstverleners mogen inschrijven. Van deze consortiums of combinaties mag niet worden verlangd dat zij met het oog op de inschrijving een bepaalde rechtsvorm aannemen, doch dit kan wel van een combinatie of een consortium worden geëist wanneer de opdracht daaraan is gegund.

2. Gegadigden of inschrijvers die krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin zij zijn gevestigd, gerechtigd zijn de betrokken diensten te verlenen, mogen niet worden afgewezen louter op grond van het feit dat zij krachtens de wetgeving van de lidstaat waarin de opdracht wordt gegund, een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon zouden moeten zijn.

3. Van rechtspersonen kan echter worden verlangd dat zij in de inschrijving of in het verzoek tot deelneming de namen en de beroepskwalificaties vermelden van de personen die met het verlenen van de dienst worden belast."

4. Artikel 31 van richtlijn 92/50 luidt:

„1. In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de dienstver-

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — PB L 209, blz. 1.

lener worden aangetoond door een of meer van de volgende referenties:

a) passende bankverklaringen of het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's;

b) overlegging van balansen of van uittreksels uit de balansen van de dienstverlener, indien de vennootschapswetgeving van het land waar de dienstverlener is gevestigd publicatie van de balans voorschrijft;

c) een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet betreffende de diensten waarover de opdracht gaat, over de laatste drie boekjaren.

2. De aanbestedende dienst geeft in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot inschrijving de in lid 1 bedoelde referentie(s) aan die hij verlangt, evenals de andere referenties die moeten worden overgelegd.

3. Indien de dienstverlener om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen door andere documenten die de aanbestedende dienst geschikt acht."

5. Artikel 32 van richtlijn 92/50 bepaalt:

„1. De geschiktheid van dienstverleners om diensten te verrichten kan worden beoordeeld aan de hand van met name hun vakkundigheid, efficiency, ervaring en betrouwbaarheid.

2. De technische bekwaamheid van de dienstverlener kan op een of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid en het gebruik van de te verlenen diensten:

a) door studie- en beroepsdiploma's van de dienstverlener en/of van het staf-personeel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de dienstverlening zijn belast;

b) door overlegging van een lijst van de voornaamste diensten die de dienstverlener gedurende de afgelopen drie jaar

heeft verricht, met vermelding van bedrag en datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren:

— indien het diensten aan aanbestedende diensten betreft, worden de diensten aangetoond door certificaten die door de bevoegde autoriteit zijn opgesteld of goedgekeurd;

— indien het gaat om diensten aan particulieren, worden de certificaten opgesteld door degene te wiens behoeve de diensten zijn verricht; bij ontstentenis daarvan is een verklaring van de dienstverlener toegelaten;

c) door opgave van de al dan niet tot de onderneming van de dienstverlener behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole;

d) door een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming van de dienstverlener en de omvang van haar staf gedurende de laatste drie jaar;

e) door een verklaring welke de outillage, het materieel en de technische uitrusting vermeldt, waarover de dienstverlener voor het verrichten van de diensten beschikt;

f) door een beschrijving van de maatregelen die de dienstverlener treft om kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek;

g) wanneer de te verlenen diensten van complexe aard zijn of in uitzonderlijke gevallen voor een bijzonder doel vereist zijn, door middel van controle door de aanbestedende dienst of, namens de aanbestedende dienst, door een bevoegd officieel orgaan van het land waar de dienstverlener is gevestigd, onder voorbehoud van de instemming van dat orgaan; deze controle heeft betrekking op de technische bekwaamheid van de dienstverlener en, indien nodig, de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek, alsmede de door hem getroffen maatregelen inzake kwaliteitscontrole;

h) door opgave van het gedeelte van de opdracht dat de dienstverlener desgevallend voornemens is in onderaanneming te geven.

3. De aanbestedende dienst geeft in de aankondiging of in de uitnodiging tot inschrijving aan, welke referenties hij verlangt.

4. Bij het inwinnen van de in artikel 31 en in de leden 1, 2 en 3 van dit artikel bedoelde inlichtingen mag niet verder worden gegaan dan gezien de inhoud van de opdracht verantwoord is, en de aanbestedende dienst moet met de gerechtvaardigde belangen van de dienstverleners met betrekking tot de bescherming van hun fabrieks- of bedrijfsgeheimen rekening houden."

II — De feiten en het hoofdgeding

6. Met het oog op de gunning van een opdracht voor het beheer van de afvalwaterzuiveringsinstallatie van „Is Arenas" en van de waterlozingsinstallaties in de plaatsen „Is Arenas", „San Bartolomeo" en „Borgo Sant'Elia", gedurende drie jaar, organiseerde de gemeente Cagliari een onderhandse aanbesteding die in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 3 januari 1997 werd bekendgemaakt. Om daaraan te kunnen deelnemen, moesten de geïnteresseerde ondernemingen met name aantonen, dat zij een gemiddelde jaaromzet van ten minste 5 miljard LIT op het gebied van het beheer van afvalwaterzuiverings- en lozingsinstallaties hadden behaald en dat zij tijdens de laatste drie jaar gedurende twee achtereenvolgende jaren ten minste een zuiveringsinstallatie van huishoudelijk afvalwater daadwerkelijk hadden beheerd.

7. Holst Italia SpA (hierna: „Holst Italia") en Ruhrwasser AG International Water Management SpA (hierna: „Ruhrwasser") zijn ieder tot de aanbestedingsprocedure toegelaten. Bij besluit van de aanbestedingscommissie van 13 juni 1997, waaraan de gemeenteraad op 17 augustus 1997 zijn goedkeuring hechtte, werd de opdracht gegund aan Ruhrwasser, die de voor de aanbestedende instantie gunstigste offerte had ingediend.

8. Ruhrwasser is een vennootschap op aandelen naar Duits recht, waarvan het kapitaal in handen is van een consortium van zes Duitse vennootschappen, die elk eenzesde van de aandelen bezitten. Zij heeft tot doel om voor het consortium opdrachten op het gebied van de waterbehandeling en de zuivering van afvalwater te acquireren, met name in het buitenland. Een van de leden van het consortium, RWG Ruhr-Wasserwirtschafts-Gesellschaft mbH (hierna: „RWG"), heeft als enig aandeelhouder Ruhrverband, een publiekrechtelijk lichaam dat op het Duitse grondgebied is belast met taken van openbare dienstverlening op het gebied van het afvalwaterbeheer. Het staat vast, dat dit lichaam zodanige referenties heeft, dat het gekwalificeerd was om aan de aanbesteding van de gemeente Cagliari deel te nemen.

9. Het staat daarentegen eveneens vast, dat Ruhrwasser zelf niet direct over de kwalificaties beschikte om met succes te kunnen inschrijven, aangezien zij een nieuw opgerichte vennootschap was die pas sinds 9 juli 1996 in het handelsregister was ingeschreven. Om die reden heeft zij zich beroepen op de technische en financiële kwalificaties van Ruhrverband, die via zijn dochteronderneming RWG deelnam aan de „joint venture" waaruit Ruhrwasser was ont-

staan. De aanbestedende dienst heeft die indirecte referenties aanvaard.

10. Holst Italia heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (Italië) verzocht om de gunning van de opdracht aan haar concurrente te vernietigen, zich daarbij voornamelijk beroepend op het feit dat de gunning in strijd was met het voorschrift in de bekendmaking van de aanbesteding, dat voor de beoordeling van de geschiktheid tot inschrijving alleen de kwalificaties van de in de opdracht geïnteresseerde ondernemingen in aanmerking kwamen. Harerzijds stelde Ruhrwasser incidenteel beroep in, waarin zij bezwaar maakte tegen de inhoud van de bekendmaking van de aanbesteding, omdat een dienstverrichter daarin niet werd toegestaan om zich door middel van desbetreffende bewijsstukken te beroepen op kwalificaties die hij niet zelf bezit, maar waarover hij wel kan beschikken.

III — De prejudiciële vraag

11. Van oordeel dat voor een beslissing van dit punt moest worden onderzocht, of volgens richtlijn 92/50 een gegadigde bij een aanbestedingsprocedure een beroep mag doen op de technische en financiële bekwaamheden van een ander rechtssubject waarmede hij is verbonden, heeft de verwijzende rechter de behandeling van het hoofdgeding geschorst en het Hof de volgende vraag voorgelegd:

„Kan ingevolge richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, een vennootschap zich ten bewijze van het feit dat zij voldoet aan de technische en financiële vereisten voor toelating tot een aanbestedingsprocedure voor de verlening van een overheidsopdracht voor een dienst, beroepen op de referenties van een andere vennootschap die de enige aandeelhouder is van één van de vennootschappen die in eerstgenoemde vennootschap deelnemen?"

IV — Beantwoording van de prejudiciële vraag

12. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen, of een onderneming die inschrijft op een overheidsopdracht voor dienstverlening, zelf moet beantwoorden aan de door de aanbestedende dienst bepaalde technische en financiële voorwaarden, of dat zij zich erop kan beroepen dat die voorwaarden worden vervuld door een andere onderneming die indirect een deel van haar aandelen bezit.

13. Ter beantwoording van de gestelde vraag dient het gemeenschapsrecht te worden onderzocht, zoals dit is neergelegd in

richtlijn 92/50 en nader is gepreciseerd in de rechtspraak van het Hof.

Doelstellingen en relevante bepalingen van richtlijn 92/50

14. Richtlijn 92/50 heeft als twee voornaamste doelstellingen het vrije verkeer van diensten [2] en de verwezenlijking van een daadwerkelijke mededinging in deze sector. [3] Ondernemers moeten zich zonder beperkingen op grond van nationaliteit of woonplaats kunnen bewegen en diensten verlenen. Door de toename van het dienstenaanbod en de vergelijking ervan dragen zij aldus bij tot een verbetering van de kwaliteit van de aangeboden diensten en van de economische voorwaarden voor de uitvoering ervan op het grondgebied van de Gemeenschap.

15. Ten behoeve van de totstandkoming van een interne markt, die een ruimte zonder binnengrenzen omvat waarin het vrije verkeer van diensten is gewaarborgd [4], geeft richtlijn 92/50 voorschriften die bestemd zijn om belemmeringen van het vrije verkeer van diensten op te heffen. [5]

16. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50 luidt: „De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd". Nagegaan moet worden, of afwijzing van een inschrijver op grond dat hij niet persoonlijk voldoet aan de door de aanbesteder gestelde technische en financiële voorwaarden, een dergelijke discriminatie oplevert.

17. Richtlijn 92/50 noemt enige criteria voor discriminerend gedrag. Zij preciseert bijvoorbeeld, dat „(...) dienstverleners natuurlijke of rechtspersonen kunnen zijn" [6], waaruit blijkt dat de rechtsvorm van de ondernemingen niet in de weg staat aan hun recht op inschrijving. Dit element keert terug in artikel 26, lid 2, dat verbiedt om een offerte af te wijzen louter omdat zij afkomstig is van een natuurlijke persoon dan wel een rechtspersoon.

18. Hieruit volgt, dat het vóór de gunning van een opdracht verplicht stellen van een bepaalde juridische structuur als een ongerechtvaardigde beperking van het recht van ondernemers kan worden beschouwd om op voor ieder gelijke voorwaarden deel te nemen.

19. Artikel 26, lid 1, van richtlijn 92/50 bevestigt dit voor het geval dat meerdere

2 — Zesde overweging van de considerans.
3 — Twintigste overweging van de considerans.
4 — Tweede overweging van de considerans.
5 — Zesde overweging van de considerans.
6 — Idem.

ondernemingen gezamenlijk op de aanbesteding wensen te reageren. Krachtens dit artikel is het combinaties of consortiums van dienstverleners uitdrukkelijk toegestaan in te schrijven en mag de aanbestedende dienst niet verlangen, dat zij „met het oog op de inschrijving (...) een bepaalde rechtsvorm aannemen".

20. Uit deze verschillende bepalingen volgt duidelijk, dat het de communautaire wetgever minder te doen is om de rechtsvorm van de dienstverleners als wel om hun geschiktheid voor de vervulling van de aan hen over te dragen taken, respectievelijk of zij zich daarvoor los van hun eigen organisatie de nodige middelen kunnen verschaffen. De opheffing van de beperkingen met betrekking tot de rechtsvorm van ondernemers is een middel om het aantal aanbiedingen, inzonderheid van ondernemingen uit andere lidstaten van de Gemeenschap dan die waarin de aanbestedingsprocedure plaatsvindt, te vergroten zonder afbreuk te doen aan de materiële vereisten voor de goede uitvoering van de diensten.

21. Richtlijn 92/50 moet derhalve meer functioneel dan formeel worden geïnterpreteerd. Hoewel sommige verplichtingen van richtlijn 92/50 enigszins formalistisch lijken, dienen zij er juist toe, de goede uitvoering van de opdrachten te bevorderen en de risico's van de aanbestedende diensten te beperken.

22. Een sprekend voorbeeld van dit genre vereisten is artikel 26, lid 3, op grond waarvan de aanbestedende dienst rechtspersonen kan verplichten „(...) de namen en de beroepskwalificaties (...) te vermelden van de personen die met het verlenen van de dienst worden belast". Ook al kan verlening van een opdracht aan een rechtspersoon niet worden verboden enkel op grond van haar rechtsvorm, moet anderzijds de aanbestedende dienst toch de mogelijkheid hebben na te gaan, of de dienstverrichter in staat is om zijn aanbieding overeenkomstig de gestelde voorwaarden uit te voeren.

23. De communautaire wetgever heeft er dus voor gezorgd, dat de onbeperkte uitoefening van het vrije verkeer geen afbreuk doet aan de goede uitvoering van de diensten. Anders zou de communautaire regeling ook geen zin hebben. Bij een correcte uitlegging schept richtlijn 92/50 een evenwicht tussen de twee wezenlijke vereisten, te weten het streven naar voldoende liberalisering van de markten en de vaststelling van normen die de aanbestedende dienst van een kwalitatief goede dienstverlening verzekeren.

24. De aanbestedende dienst moet in staat zijn de geschiktheid van de inschrijvers om de opdracht op de gewenste wijze uit te voeren, te evalueren.

25. Dit is het doel van de artikelen 31 en 32 van richtlijn 92/50. Het eerste regelt de bewijzen omtrent financiële en economische draagkracht die van de dienstverlener mogen worden verlangd, hoe zij worden beoordeeld en wat te doen ingeval de dienstverlener niet in staat is de verlangde referenties over te leggen. Het tweede artikel somt enige criteria op voor de geschiktheid van de dienstverleners om de verzochte diensten te verrichten, bevat een lijst van bewijsmiddelen met betrekking tot de technische bekwaamheid en preciseert de modaliteiten waaronder deze door de aanbestedende dienst kunnen worden verlangd.

26. Wij hoeven niet lang stil te staan bij de bestaansgrond van deze bepalingen. Het is duidelijk, dat zij de opdrachtgever willen beschermen tegen aanbiedingen van ondernemers die meer belang hechten aan de gunning van winstgevende opdrachten dan aan het verrichten van hun voornaamste taak, te weten de zorgvuldige uitvoering daarvan.

27. Niettemin leveren deze bepalingen twee, voor de onderhavige prejudiciële vraag nuttige aanwijzingen op.

28. In de eerste plaats deze, dat een groot aantal aanbiedingen op zich in het belang van de aanbestedende dienst is, maar niet mag leiden tot middelmatige prestaties. Dit vereiste legitimeert deze limieten en rechtvaardigt, dat bij de interpretatie van de desbetreffende artikelen rekening wordt gehouden met de risico's van fraude die de beschermende werking ervan teniet kunnen doen. Daarom dient zorgvuldig te worden onderzocht, wat de consequenties zijn, wanneer wordt geaccepteerd dat de in richtlijn 92/50 bepaalde voorwaarden worden vervuld door andere personen dan de onderneming die heeft ingeschreven.

29. In de tweede plaats kan de vermelding van de dienstverlener in deze twee artikelen weliswaar in het voordeel pleiten van de uitlegging, dat de over te leggen bewijzen betrekking moeten hebben op de dienstverlener zelf[7], doch zijn er andere passages die steun bieden aan een minder strikte lezing.

30. Zo kan de dienstverlener volgens artikel 31, lid 3, onder bepaalde voorwaarden zijn economische en financiële draagkracht aantonen „(...) door andere documenten

7 — De artikelen 31 en 32 behandelen de financiële, economische en technische bekwaamheid van de dienstverlener en hebben daarom slechts betrekking op de inschrijver zelf. Evenzo bepaalt artikel 32: „De geschiktheid van dienstverleners om diensten te verrichten kan worden beoordeeld aan de hand van met name hun vakkundigheid, efficiency, ervaring en betrouwbaarheid." Het vermeldt „door opgave van studie- en beroepsdiploma's van de dienstverlener en/of van het stafpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de dienstverlening zijn belast" en „(...) van de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming van de dienstverlener en de omvang van haar staf gedurende de laatste drie jaar". De tekst lijkt slechts betrekking te hebben op elementen van de onderneming zelf.

die de aanbestedende dienst geschikt acht", hetgeen aan deze laatste een zekere beoordelingsvrijheid toekent en hem in staat stelt bewijzen van anderen dan de dienstverlener te aanvaarden, mits deze dezelfde garanties inhouden. Evenzo noemt artikel 32, lid 2, sub c, uitdrukkelijk het geval, dat de technici of technische organen die door de dienstverlener zullen worden ingezet, niet tot zijn onderneming behoren. Ook andere bepalingen gaan in die richting, zoals artikel 32, lid 2, sub h, dat een dienstverlener toestaat eventueel een onderaannemer in te schakelen, of artikel 32, lid 2, sub e, dat voorziet in „een verklaring welke de outillage, het materieel en de technische uitrusting vermeldt, waarover de dienstverlener voor het verrichten van de diensten *beschikt*" [8]; daarmee wordt uitgesloten, dat de voorgeschreven verklaring beperkt is tot de eigen outillage van de onderneming.

31. De veronderstelling, dat de inschrijver de door de aanbestedende dienst vereiste bekwaamheden moet bezitten, wordt derhalve door de tekst van richtlijn 92/50 zelf tegengesproken, omdat in diverse passages de mogelijkheid wordt geopperd van een ter beschikking stellen van middelen van derden. In overeenstemming met de uit de richtlijn blijkende doelstellingen pleit dit voor een soepele interpretatie van de bepalingen inzake het bewijs van de bekwaamheden van de inschrijvers.

8 — Cursivering van mij.

De arresten Ballast Nedam Groep

32. De rechtspraak van het Hof in de arresten Ballast Nedam Groep van 14 april 1994 [9] en van 18 december 1997 [10] bevestigt deze tendens.

33. In het arrest Ballast Nedam I was de vraag aan de orde, of een houdstermaatschappij, omdat zij de werken niet zelf uitvoert, kan worden uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken — in casu door de weigering om de erkenning te vernieuwen die zij tot dan had gehad — en, zo neen, op welke wijze zij kan aantonen, over de vereiste geschiktheid voor die deelneming te beschikken. [11]

9 — C-389/92, Jurispr. blz. I-1289; hierna: „arrest Ballast Nedam I".

10 — C-5/97, Jurispr. blz. I-7549; hierna: „arrest Ballast Nedam II".

11 — Het arrest Ballast Nedam II geeft zijnerzijds uitlegging van het arrest Ballast Nedam I met betrekking tot de vraag of de instantie die bevoegd is te beslissen over een erkenningsaanvraag, al dan niet verplicht is rekening te houden met de referenties van derde vennootschappen. Het Hof heeft gepreciseerd „(...) dat de instantie die bevoegd is te beslissen over een erkenningsaanvraag van een dominerende rechtspersoon van een groep, bij de beoordeling van de geschiktheid van die rechtspersoon (...) *verplicht* is rekening te houden met de referenties van de vennootschappen van die groep, wanneer het bewijs wordt geleverd dat die rechtspersoon werkelijk kan beschikken over de middelen van de vennootschappen van de groep die voor de uitvoering van de opdrachten noodzakelijk zijn" (punt 14, cursivering van mij). Dit arrest is van minder rechtstreeks belang voor de onderhavige procedure dan het arrest Ballast Nedam I aangezien het in het hoofdgeding dat aan de onderhavige prejudiciële vraag ten grondslag ligt, gaat om het door de aanbesteder voor zich opgeëiste recht om rekening te houden met referenties die niet de inschrijver zelf betreffen, en niet om de vraag, of hij daartoe verplicht is.

34. Het Hof heeft voor recht verklaard, dat de in casu toepasselijke richtlijnen [12] „aldus moeten worden uitgelegd, dat bij de beoordeling van de criteria waaraan een aannemer moet voldoen bij het onderzoek van een erkenningsaanvraag ingediend door een dominerende rechtspersoon van een groep, rekening kan worden gehouden met de vennootschappen die van deze groep deel uitmaken, voor zover de betrokken rechtspersoon aantoont *dat hij werkelijk kan beschikken over de middelen* van deze vennootschappen die voor de uitvoering van de opdrachten noodzakelijk zijn", alsmede dat het „aan de nationale rechter [staat], te onderzoeken of dit bewijs in de hoofdzaak is geleverd". [13]

35. Volgens het Hof kan dus een ondernemer die niet in staat is zelf een opdracht uit te voeren, omdat hij niet aan de voorgeschreven kwalitatieve selectiecriteria voldoet, zich beroepen op de middelen van andere vennootschappen, mits deze hem daadwerkelijk ter beschikking worden gesteld.

36. Teneinde de exacte inhoud van deze beslissing te kunnen beoordelen en daarmede de vraag, of deze op de onderhavige zaak kan worden toegepast, dienen twee kwesties te worden onderzocht.

37. Enerzijds heeft het Hof zich in het arrest Ballast Nedam I uitgelaten over de uitlegging van de communautaire voorschriften voor overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, terwijl de onderhavige prejudiciële vraag betrekking heeft op het gemeenschapsrecht voor overheidsopdrachten voor diensten. Er dient daarom te worden onderzocht, of datgene wat geldt voor de ene sector, eveneens geldt voor de andere.

38. De verschillen tussen de twee regelingen zijn, dat in de regeling voor de overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken duidelijker tot uiting komt dat de ondernemers de uitvoering van de opdracht aan andere ondernemingen kunnen overlaten. [14] Ook al vormen deze verschillen aanvullende argumenten voor dit recht in de sector uitvoering van werken, zij doen mijns inziens niets af aan de hierboven uiteengezette aspecten [15] die ervoor pleiten, aan de inschrijvers op het gebied van dienstverlening dezelfde mogelijkheid te bieden.

39. Voor afwijzing van de toepassing van de oplossing van het arrest Ballast Nedam I op een overheidsopdracht voor dienstverlening, op de grond dat het voorwerp van de opdracht een ander is, zou moeten worden

12 — Richtlijn 71/304/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de opheffing van de beperkingen van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en van de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door bemiddeling van agentschappen of filialen (PB L 185, blz. 1), en richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5).

13 — Punt 18, cursivering van mij.

14 — Volgens de tekst van richtlijn 71/304, kunnen „overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken worden gegund aan inschrijvers, die voor de uitvoering van werken een beroep doen op agentschappen of filialen" (arrest Ballast Nedam I, punt 10). Richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG (PB L 210, blz. 1) bepaalt bovendien, dat overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken „betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken, dan wel ‚op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet'" (arrest Ballast Nedam I, punt 14).

15 — Punten 14-31 van de onderhavige conclusie.

aangetoond, dat diensten zich naar hun aard minder dan werken ertoe lenen om door de inschrijver met vreemde middelen te worden verricht.

40. Dit bewijs is echter niet geleverd. Ik zie overigens ook niet in, waarom de technische of financiële bekwaamheden die van de inschrijvers worden verlangd, op het gebied van de dienstverlening in de ondernemer zelf moeten zijn belichaamd, maar op het gebied van de uitvoering van werken niet. Met betrekking tot het bewijs van de financiële en economische draagkracht van een onderneming liggen die redenen des te minder voor de hand, omdat de zuiver financiële en kwantitatieve waarborg die zij moeten bieden, geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Ter zake van het bewijs van de technische bekwaamheden van de dienstverlener volstaat het te verwijzen naar artikel 32, lid 2, sub c, van richtlijn 92/50, bepalende dat de aanbestedende dienst wordt geïnformeerd over het optreden van technici of technische organen die niet behoren tot de onderneming van de dienstverlener. Deze bepaling bevestigt met zoveel woorden, dat op het gebied van overheidsopdrachten voor dienstverlening inschrijvers zich ter ondersteuning van hun offerte kunnen beroepen op de bekwaamheden van derden.

41. Zo gezien is het arrest Ballast Nedam I derhalve in casu van overeenkomstige toepassing.

42. Het tweede element betreft de positie van de inschrijvende vennootschap ten opzichte van de vennootschappen op wier bekwaamheden zij zich beroept. Zoals de Italiaanse regering en Holst Italia hebben opgemerkt, oefent de inschrijver, Ruhrwasser, geen dominerende invloed uit op de onderneming die in de onderhavige zaak over de vereiste kwalificaties beschikt, Ruhrverband. In het arrest Ballast Nedam I heeft het Hof daarentegen opgemerkt, dat de houdstermaatschappij die aanspraak op deelneming had gemaakt, een dominerende positie binnen een groep van vennootschappen bekleedde.

43. Daaruit zou geconcludeerd kunnen worden, dat de dominerende positie van een onderneming een noodzakelijke voorwaarde is voor de erkenning van het recht van een vennootschap om zich op andermans bekwaamheden te beroepen. Het is immers duidelijk, dat naarmate de beslissingsbevoegdheid van een inschrijver in andere vennootschappen groter is, de garantie voor de aanbestedende entiteit, dat de middelen van die andere vennootschappen ter beschikking van de ondernemer zullen komen, sterk wordt.

44. Ik geloof echter niet, dat de terbeschikkingstelling van de middelen die nodig zijn voor de goede uitvoering van de opdracht, maar die niet behoren aan de dienstverlener zelf, noodzakelijkerwijs vooronderstelt, dat de ondernemingen die over de gestelde capaciteiten of over een gedeelte daarvan beschikken, ondergeschikt zijn aan de inschrijver. Zoals wij hebben gezien, verlangt de doelstelling van richtlijn 92/50 een uitlegging die de algemene toegang van ondernemingen tot overheidsopdrachten bevordert, voor zover zij worden geselec-

teerd op grond van het bewijs, dat zij werkelijk over de vereiste bekwaamheden beschikken en dat de door hen geboden garanties betrouwbaar zijn.

45. In deze zin dienen de beginselen van het arrest Ballast Nedam I te worden opgevat en op de onderhavige zaak toegepast.

46. Het Hof heeft geoordeeld, dat de uitvoering van werken door andere rechtspersonen dan de houdstermaatschappij waaraan de opdracht is verleend, niet rechtvaardigt dat deze laatste wordt uitgesloten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten. Het heeft daaraan toegevoegd, dat „de juridische aard van de band met haar dochterondernemingen" niet van belang is [16] en dat het aan de nationale rechter staat om op basis van de hem voorgelegde feitelijke en juridische omstandigheden uit te maken, of het bewijs dat de vennootschap werkelijk kan beschikken over de middelen van haar dochterondernemingen in de hoofdzaak is geleverd. [17]

47. Het is frappant, dat in het arrest wordt voorbijgegaan aan het belang dat de beslissingsbevoegdheid van de houdstermaatschappij, gezien haar positie van moedervennootschap, kan hebben voor de mate van zekerheid, dat de door de bevoegde instantie verlangde middelen daadwerkelijk ter beschikking worden gesteld. Daarentegen wordt het accent gelegd op het feit dat haar rechtsvorm in zoverre niet van belang is en dat het eigenlijke probleem de rechtstreekse controle door de rechter van de daadwerkelijke terbeschikkingstelling is.

48. Deze vaststelling alsmede de hierboven uiteengezette aspecten, die gebaseerd zijn op de door richtlijn 92/50 nagestreefde doeleinden en op haar inhoud, zijn argumenten voor uitbreiding van de in het arrest Ballast Nedam I aanvaarde oplossing tot de tussen Ruhrwasser en Ruhrverband bestaande banden, ook al zijn de eigendomsverhoudingen in casu juist tegengesteld aan die in het aangehaalde arrest en is het de betrokken vennootschap die, in plaats van „dominerend" te zijn, een ondergeschikte positie bekleedt.

49. Het gaat uiteraard niet aan om uit twee juridisch dermate verschillende situaties de conclusie te trekken, dat de aanbestedende dienst zowel in het ene als in het andere geval dezelfde garantie heeft, dat de niet aan de inschrijvende onderneming behorende middelen daadwerkelijk ter beschikking worden gesteld.

50. Ik wijs er slechts op, dat de aard van de juridische verhouding tussen twee ondernemingen nog niets zegt over de daadwerkelijke beschikbaarheid van de middelen waarvan de aanbestedende diensten krachtens richtlijn 92/50 het bewijs mogen verlangen. Anders gezegd, ook al staat het de nationale rechter vrij te oordelen, dat wegens de kenmerken van die juridische verhouding of andere terzake doende feitelijke en juridische omstandigheden de aan-

16 — Arrest Ballast Nedam I, punt 17.
17 — Idem.

bestedende dienst niet de zekerheid heeft dat de noodzakelijke bekwaamheden voor de uitvoering van de opdracht te zijner beschikking komen, gaat het mij echter te ver, dat een onderneming principieel niet aan een aanbesteding zou kunnen deelnemen wanneer zij voor haar bekwaamheid verwijst naar de technische, financiële en economische middelen van een vennootschap waartoe zij geheel of gedeeltelijk behoort. Aangezien die beschikbaarheid kan worden geverifieerd, is het van weinig belang, hoe de daadwerkelijke beschikbaarheid van de die door de aanbestedende verlangde middelen en garanties wordt gewaarborgd.

51. Inderdaad is er niets op grond waarvan kan worden gesteld, dat de aard van de juridische verhoudingen tussen Ruhrwasser en Ruhrverband noodzakelijkerwijs en a priori uitsluit, dat er voor laatstgenoemde statutair of contractueel zodanige verplichtingen bestaan, dat de gemeente Cagliari ervan verzekerd zou kunnen zijn dat de middelen die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn, daadwerkelijk ter beschikking worden gesteld. Het antwoord op deze vraag hangt af van de waardering van de feitelijke gegevens van het dossier en van de criteria van het toepasselijke nationale recht, waartoe alleen de nationale rechter bevoegd is.

De beoordeling van bepaalde feitelijke en juridische omstandigheden door de nationale rechter

52. Om zich ervan te overtuigen, dat de inschrijver inderdaad kan beschikken over de bekwaamheden van derden, zoals hij stelt, dient de verwijzende rechter de feitelijke en juridische omstandigheden te onderzoeken die betrekking hebben op de inhoud van de overeenkomsten die eventueel tussen Ruhrwasser, RWG en Ruhrverband — of tussen de twee vennootschappen die bij de omstreden overheidsopdracht zijn betrokken — zijn gesloten, of op de inhoud van de statutaire verhoudingen die tussen hen bestaan, alsmede het dwingend karakter van de rechtsbetrekking tussen die vennootschappen.

53. Op grond van het onderzoek van de *inhoud van de verplichting* van de moedervennootschap jegens haar dochter moet het mogelijk zijn zich ervan te overtuigen, dat de technische bekwaamheden en financiële garanties waarop deze laatste een beroep heeft gedaan, zullen leiden tot een goede uitvoering van de opdracht.

54. In het hoofdgeding heeft het door de aanbestedende dienst verlangde economische en financiële bewijs betrekking op de gemiddelde jaaromzet op het gebied van het beheer van afvalwaterzuiverings- en lozingsinstallaties. Deze eis, die valt onder artikel 31, lid 1, sub c, van richtlijn 92/50, kan mijns inziens alleen worden vervuld wanneer komt vast te staan, dat de inschrijver in ruime mate een beroep kan doen op de diensten van de vennootschap waarnaar hij verwijst.

55. Deze verwijzing verzekert in casu immers de aanbestedende dienst van een

minimum aan beroepservaring, die, om werkelijk van nut te zijn, rechtstreeks moet worden ingezet voor de uitvoering van de opdracht. Het is dus van essentieel belang zich ervan te overtuigen, dat de vennootschap op wier ervaring een beroep is gedaan, degene is die, als zij al niet alle door de aanbestedende dienst voorgeschreven werken uitvoert, ten minste de directie daarover voert, waardoor van haar technische deskundigheid gebruik wordt gemaakt. [18]

56. Deze redenering kan worden toegepast op de tweede door de aanbestedende dienst verlangde garantie, betrekking hebbende op het daadwerkelijk beheer van een zuiveringsinstallatie voor huishoudelijk afvalwater gedurende twee achtereenvolgende jaren tijdens de laatste drie jaar. Dit criterium is alleen zinvol, wanneer de inschrijver die de opdracht heeft verkregen door een beroep te doen op de deskundigheid van een andere vennootschap, kan aantonen dat deze een belangrijk gedeelte van de uitvoering van de opdracht voor haar rekening zal nemen.

57. Om te kunnen beoordelen, of de gestelde middelen daadwerkelijk ter beschikking staan, dient in de tweede plaats te worden nagegaan, of het daartoe gebruikte juridisch instrument niet alleen rechtsgeldig is, maar of het de gewenste effecten ook garandeert omdat het *bindende werking* heeft. [19]

58. De nationale rechter kan bijvoorbeeld nagaan, of een overeenkomst is gesloten waarin de moedermaatschappij zich als debiteur verbindt om bepaalde technische middelen en financiële garanties ter beschikking van haar dochtervennootschap te stellen, of die overeenkomst de debiteur werkelijk verplichtingen oplegt en of deze bij wanprestatie voor de bevoegde rechterlijke instanties kan worden aangesproken.

59. Ik wijs erop, dat de verhouding tussen de twee vennootschappen meer of minder nauw kan zijn en de economische zelfstandigheid van de dochter jegens de moeder meer of minder groot, al naargelang de omvang van de deelneming van de één in het kapitaal van de ander, hetgeen niet zonder gevolgen is voor de garanties en de

18 — Ter wille van de volledigheid wijs ik erop, dat de verwijzende rechter niet altijd dezelfde betekenis kan toekennen aan de in richtlijn 92/50 voorgeschreven bewijsmiddelen, wanneer zij een andere ondernemer betreffen. Zo kunnen de gegevens met betrekking tot de financiële draagkracht van een vennootschap, wanneer de inschrijvende onderneming daarop jegens de aanbestedende dienst een beroep doet, moeilijk geacht worden een werkelijke garantie te vertegenwoordigen wanneer de vennootschap die de opdracht heeft verkregen zelf niet levensvatbaar is. Wanneer een rechtstreekse contractuele verhouding tussen de aanbestedende dienst en de derde vennootschap ontbreekt, kunnen de financiële referenties van deze laatste onvoldoende zijn om de belangen van de entiteit die de opdracht verleent, veilig te stellen. Het begrip „werkelijke terbeschikkingstelling" heeft dus niet dezelfde inhoud wanneer het de financiële en economische draagkracht betreft, en het staat niet vast dat alsdan de aanbestedende dienst genoegen moet nemen met bewijsmiddelen die niet van de inschrijver afkomstig zijn. Deze nuance is stellig van invloed op de vrijheid van aanbestedende diensten om deze soort garanties te aanvaarden en hetzelfde geldt voor de uitlegging van het toepasselijke gemeenschapsrecht. Het is bovendien van belang de inhoud te kennen van de verplichtingen die tussen de inschrijvende onderneming en de derde onderneming bestaan en die aan deze laatste verplichtingen jegens de aanbestedende dienst kunnen opleggen.

19 — Uit het dossier blijkt, dat Ruhrverband in Duitsland een publiekrechtelijke taak vervult en niet bevoegd is haar taak buiten het nationale grondgebied te vervullen. De afbakening van haar werkterrein, en daarmede van haar vrijheid van handelen, kan van belang zijn voor de nationale rechter bij zijn beoordeling, of Ruhrverband wel in staat is om de middelen waarop Ruhrwasser zich heeft beroepen, ter beschikking van de aanbestedende dienst te stellen.

middelen die ter beschikking van de aanbestedende dienst komen.

60. Is het besluit om aan de aanbesteding deel te nemen — hoewel formeel aan de dochtervennootschap toe te rekenen — eigenlijk door de moedervennootschap genomen, is het niet erg waarschijnlijk dat zij zal weigeren, haar middelen ter beschikking van de dochter te stellen.

61. Toch kan niet geheel worden uitgesloten, dat de inschrijvende dochtervennootschap, die de enige is die juridisch jegens de aanbestedende dienst is gebonden, op een koerswijziging stuit bij de beslissingsbevoegde moedervennootschap.

62. Ook bestaat de kans dat de aanbestedende dienst, die het voornaamste slachtoffer van de onvoorziene gevolgen van een slecht of in het geheel niet uitgevoerde opdracht is en die van zijn wederpartij geen voortvarende en bevredigende uitvoering van de opdracht dan wel financiële compensatie bij wanprestatie van deze laatste, kan verkrijgen, niet het recht heeft de moedervennootschap aan te spreken.

63. Wat er ook zij van op de bepalingen van het nationale recht op dit gebied, het is waarschijnlijk dat de wanprestatie noch kan worden vastgesteld noch vergoed, wanneer de moedervennootschap als tekortschietende debiteur van de verplichting tot beschikbaarstelling van middelen, de volledige beslissingsbevoegdheid over haar dochtervennootschap uitoefent. Omdat alleen zij nakoming van de omstreden verplichtingen kan afdwingen voor de rechter, is zij eveneens in staat om haar eigen verplichtingen tot nul te reduceren. De aan de aanbestedende dienst verschafte garanties zouden in dat geval niet meer dan een façade zijn voor het onvermogen van de inschrijver om zijn contractuele verplichtingen te vervullen.

64. Het nadeel voor de aanbestedende dienst is aldus het gevolg van het feit, dat de vennootschap die kan beslissen over de beschikbaarstelling van de middelen en de garanties die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn, en de vennootschap die als medecontractant aansprakelijk is, twee afzonderlijke rechtspersonen zijn. Ook mag niet voorbij worden gegaan aan het feit, dat elke procedure tegen de dochtervennootschap niet zonder gevolgen blijft ten opzichte van de moedervennootschap.

65. In het hoofdgeding lijkt Ruhrwasser echter relatief zelfstandig ten opzichte van Ruhrverband te kunnen opereren. Zoals bekend, is haar maatschappelijk kapitaal verdeeld over zes vennootschappen, die ieder een gelijk aandeel hebben, en heeft slechts één daarvan, RWG, als enig aandeelhoudster Ruhrverband.

66. Alvorens na te gaan, of Ruhrwasser daadwerkelijk in staat is haar rechten jegens de moedervennootschap uit te oefenen, dient de nationale rechter zich ervan te overtuigen, dat er juridische middelen bestaan op grond waarvan de inschrijver rechtmatig kan stellen de beschikking te hebben over de middelen waarop hij zich heeft beroepen.

67. Het komt er derhalve in casu op aan, of de rechtsbetrekkingen tussen Ruhrwasser en Ruhrverband juridisch zodanig bindend zijn, dat de inschrijver verzekerd is van de ondersteuning van de moedervennootschap.

Conclusie

68. Op grond van het voorgaande geef ik in overweging, de door het Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, moet aldus worden uitgelegd, dat zij niet eraan in de weg staat dat een aanbestedende dienst — voor de beoordeling van de selectiecriteria met betrekking op de financiële draagkracht en de technische bekwaamheden, waaraan een vennootschap moet voldoen bij het onderzoek van een offerte ingediend in het kader van een aanbestedingsprocedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor diensten — rekening houdt met referenties van een andere vennootschap die enig aandeelhoudster is van een van de vennootschappen die deelnemen in de eerstgenoemde vennootschap, mits deze aantoont dat zij werkelijk kan beschikken over de middelen van de vennootschap, zoals door haar gesteld.

Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen, of dit bewijs in het hoofdgeding is geleverd.

Daarbij dient de nationale rechter zich onder meer ervan te overtuigen, dat de vennootschap wier referenties in aanmerking worden genomen, verplicht is om, rekening houdende met het doel van de ingeroepen referenties, voor een passend deel te voorzien in de uitvoering van de overheidsopdracht."