ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

11 mei 2017*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/17/EG — Beginselen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten — Artikel 10 — Beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers — Verplichting voor de aanbestedende diensten om de inschrijvers te verzoeken hun inschrijving te wijzigen of aan te vullen — Recht van de aanbestedende dienst om de cautie niet terug te betalen in geval van weigering — Richtlijn 92/13/EEG — Artikel 1, lid 3 — Beroepsprocedures — Besluit tot gunning van een overheidsopdracht — Uitsluiting van een inschrijver — Beroep tot nietigverklaring — Procesbelang”

In zaak C-131/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen) bij beslissing van 19 februari 2016, ingekomen bij het Hof op 1 maart 2016, in de procedure

Archus sp. z o.o.,

Gama Jacek Lipik

tegen

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.,

in tegenwoordigheid van:

Digital-Center sp. z o.o.,

wijst

HET HOF (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident (rapporteur), M. Safjan en D. Šváby, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

— Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., vertegenwoordigd door A. Olszewska,

* Procestaal: Pools.

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna als gemachtigde,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door F. Di Matteo, avvocato dello Stato,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door K. Herrmann en A. Tokár als gemachtigden,

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

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 10 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) en van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13/EG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB 1992, L 76, blz. 14), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB 2007, L 335, blz. 31) (hierna: „richtlijn 92/13").

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, Archus sp. z o.o. en Gama Jacek Lipik (hierna samen: „Archus en Gama") en, anderzijds, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (Poolse aardolie- en aardgasmaatschappij), over de besluiten van deze laatste tot afwijzing van hun offerte in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht en tot aanvaarding van de offerte van Digital-Center sp. z o.o.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Artikel 10 van richtlijn 2004/17 bepaalt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op doorzichtige wijze."

4 Artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 luidt:

„De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad."

5 Artikel 2 bis, lid 2, derde alinea, van richtlijn 92/13 luidt als volgt:

„Gegadigden worden geacht bij de procedure betrokken te zijn indien de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing van hun verzoek ter beschikking heeft gesteld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van het besluit tot gunning van de opdracht."

Pools recht

6 Artikel 25 van de Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015, volgnummer 2164) (wet van 29 januari 2004 op de overheidsopdrachten; hierna: „Pzp") bepaalt:

„1. Tijdens de aanbestedingsprocedure mag de aanbestedende dienst van aanbieders uitsluitend de verklaringen en documenten verlangen die noodzakelijk zijn voor het plaatsvinden van de procedure. Verklaringen of documenten die bevestigen dat:

1) de voorwaarden voor deelname aan de aanbestedingsprocedure zijn vervuld, en

2) de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen,

dienen door de aanbestedende dienst te worden vermeld in de aankondiging van de opdracht, het bestek of de uitnodiging tot het indienen van inschrijvingen.

2. De voorzitter van de ministerraad bepaalt bij verordening welke types documenten door de aanbestedende dienst van de aanbieder kunnen worden verlangd en in welke vorm de documenten kunnen worden ingediend. […]"

7 Artikel 26 Pzp bepaalt in lid 3:

„De aanbestedende dienst verzoekt de aanbieders die niet binnen de gestelde termijn de in artikel 25, lid 1, vereiste verklaringen of documenten hebben overgelegd, geen volmachten hebben overgelegd of de in artikel 25, lid 1, vereiste verklaringen en documenten hebben overgelegd, terwijl die fouten bevatten, dan wel onregelmatige volmachten hebben overgelegd, om deze binnen een bepaalde termijn alsnog over te leggen, tenzij de inschrijving van de aanbieder desondanks zou worden afgewezen of de procedure nietig zou worden verklaard. De op verzoek van de aanbestedende dienst overgelegde verklaringen en documenten moeten aantonen dat de ondernemer uiterlijk op de dag waarop de termijn voor de indiening van het verzoek tot deelneming aan de procedure of de termijn voor de indiening van inschrijvingen verstrijkt, voldoet aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure en dat de leveringen, diensten en werken beantwoorden aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen."

8 Artikel 46, lid 4a, Pzp luidt als volgt:

„De aanbestedende dienst restitueert de cautie en de rente niet wanneer de aanbieder, na het in artikel 26, lid 3, bedoelde verzoek te hebben ontvangen, de in artikel 25, lid 1, vermelde documenten of verklaringen, de volmachten, de in artikel 24, lid 2, punt 5, bedoelde lijst van tot dezelfde groep behorende ondernemingen, of inlichtingen waaruit blijkt dat hij geen deel uitmaakt van een groep, niet heeft overgelegd om redenen die hem toerekenbaar zijn, of wanneer hij het niet eens was met de verbetering van een fout in de zin van artikel 87, lid 2, punt 3, zodat zijn aanbieding niet als de gunstigste kon worden geselecteerd."

9 Artikel 87 Pzp bepaalt:

„1. Tijdens de controle en de beoordeling van de inschrijvingen kunnen de aanbieders door de aanbestedende diensten worden verzocht de inhoud van de inschrijving te verduidelijken. Overleg tussen de aanbestedende dienst en de desbetreffende aanbieder is niet toegestaan; onverminderd de leden 1a en 2 van dit artikel mag de inhoud van de inschrijving niet worden gewijzigd.

1a. In een mededingingsdialoog kan de aanbestedende dienst tijdens de controle en de beoordeling van de inschrijvingen de aanbieders verzoeken om de inhoud van de inschrijving te preciseren en nader af te stemmen, alsook om bijkomende informatie te verschaffen; daarbij mag de inhoud van de inschrijving niet wezenlijk worden veranderd, noch mogen er wijzigingen worden aangebracht met betrekking tot de eisen in het bestek.

2. De aanbestedende dienst verbetert in de inschrijving:

1) kennelijke schrijffouten,

2) kennelijke rekenfouten, met inachtneming van de rekenkundige gevolgen van de aangebrachte verbeteringen,

3) andere fouten waardoor de inschrijving niet klopt met het bestek, maar die geen wezenlijke veranderingen van de inhoud van de inschrijving tot gevolg hebben. De aanbieder wiens inschrijving wordt verbeterd, dient hiervan onverwijld op de hoogte te worden gesteld."

10 Artikel 179, lid 1, Pzp luidt:

„De in deze afdeling genoemde rechtsmiddelen staan ter beschikking van aanbieders en mededingers alsook andere personen voor zover zij belang hebben of hadden bij de gunning van een bepaalde opdracht en ten gevolge van het feit dat de aanbestedende dienst in strijd met de bepalingen van deze wet heeft gehandeld, schade hebben geleden of kunnen lijden."

11 Artikel 180 Pzp bepaalt in lid 1:

„Met een herzieningsverzoek kan uitsluitend een in het kader van de aanbestedingsprocedure in strijd met de wet gedane of nagelaten handeling van de aanbestedende dienst worden gewraakt."

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

12 Op 3 juni 2015 heeft Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo in het *Publicatieblad van de Europese Unie* onder nummer 2015/S 105-191838 een aankondiging van niet-openbare aanbesteding bekendgemaakt voor diensten bestaande in het digitaliseren van de stukken van haar centraal geologisch archief en het opstellen van een elektronische versie daarvan om deze beschikbaar te maken in haar interne netwerk. Daarbij dienden de papieren archiefstukken te worden gescand, de gescande documenten digitaal te worden verwerkt en te worden opgeslagen op duurzame gegevensdragers die gewoonlijk in bepaalde digitale formaten en in de vorm van microfilms worden gebruikt.

13 Volgens punt 4.1 van het bestek dienden de inschrijvers bij hun offerte voor de te verrichten diensten twee documenten te voegen, namelijk ten eerste een gescande afdruk van een door de aanbestedende dienst opgesteld document, die op een duurzame drager moest worden opgeslagen en moest worden bewerkt volgens de in punt 4.1, onder a), van het bestek opgenomen gedetailleerde beschrijving, en ten tweede een proef van een 35 mm-microfilm met foto's van het resultaat van het werk, met het oog op een kwaliteitscontrole ingediend in A4-formaat alsook in A0-formaat, dat wil zeggen na 16 keer te zijn vergroot, samen met een beschrijving van de methode van het microfilmen en de in punt 4.1, onder b), van het bestek gepreciseerde technische parameters (hierna: „proef van een microfilm").

14 De kwaliteit van het eerste document moest worden beoordeeld op basis van de ter evaluatie van de offertes opgestelde criteria. De kwaliteit van de proef van een microfilm diende daarentegen te worden beoordeeld volgens het beginsel „voldoet/voldoet niet", dat wil zeggen dat de offerte, indien de proef niet voldeed, overeenkomstig artikel 89, lid 1, punt 2, Pzp diende te worden afgewezen.

15 Elke inschrijver diende voorts 20 000 Poolse zloty (PLN) te betalen ter zekerstelling van zijn inschrijving.

16 In het kader van de aanbesteding zijn twee offertes ingediend, namelijk één gezamenlijke offerte door Archus en Gama, en één door Digital-Center.

17 Op 15 oktober 2015 hebben Archus en Gama overeenkomstig artikel 87, lid 2, punt 3, Pzp bij de aanbestedende dienst een verzoek om verbetering van hun offerte ingediend. Daarbij diende de proef van een microfilm die bij de inschrijving was gevoegd, te worden omgewisseld, omdat zij, aldus Archus en Gama, per ongeluk was ingestuurd en niet voldeed aan de specificaties van het bestek.

18 Op 17 november 2015 heeft de aanbestedende dienst Archus en Gama in antwoord op hun verzoek laten weten dat hij de nieuwe proef van een microfilm overeenkomstig artikel 26, lid 3, Pzp beschouwde als een aanvulling van de ingediende documenten. Hij heeft er tegelijk op gewezen dat zij de volgens punt 4.1, onder b), van het bestek vereiste informatie over de methode van het microfilmen van de proef en de technische parameters niet hadden verstrekt, en heeft hun derhalve verzocht die informatie alsnog te verschaffen.

19 Na onderzoek van de twee door Archus en Gama ingediende proeven van een microfilm heeft de aanbestedende dienst hun inschrijving uiteindelijk afgewezen met als motivering dat zij niet voldeed aan punt 4.1, onder b), van het bestek, omdat het met behulp van die proeven niet mogelijk was een afdruk van een gemicrofilmd document te lezen in A0-formaat met een minimale resolutie van 200 dpi. Voorts was volgens de aanbestedende dienst de offerte van Digital-Center de gunstigste.

20 Archus en Gama hebben tegen de besluiten van de aanbestedende dienst tot afwijzing van hun offerte en tot aanvaarding van de offerte van Digital-Center beroep ingesteld bij de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen).

21 De verwijzende rechter zet in wezen uiteen dat de aanbestedende dienst overeenkomstig de nationale regeling betreffende overheidsopdrachten de inschrijvers kan verzoeken „documenten en verklaringen" alsook proeven van de in het kader van de aanbesteding te leveren producten over te leggen. Voorts moet de aanbestedende dienst de inschrijvers zo nodig verzoeken ontbrekende documenten alsnog in te dienen of documenten die fouten bevatten, aan te vullen, zodat zij voldoen aan de vereisten van het bestek, tenzij wanneer de inschrijving om andere redenen moet worden afgewezen of wanneer de procedure nietig moet worden verklaard.

22 De verwijzende rechter vraagt zich allereerst af of de aan de aanbestedende dienst opgelegde verplichting om, zoals in het hoofdgeding, een inschrijver te verzoeken een document aan te vullen waarvan overlegging wordt voorgeschreven door het bestek of om een nieuwe proef in te dienen die beantwoordt aan de vereisten van datzelfde bestek, rechtmatig is voor zover dat de betrokken inschrijver ertoe kan brengen de inhoud van zijn inschrijving te wijzigen, wat volgens hem ten koste gaat van de transparantie van de aanbestedingsprocedure. De verwijzende rechter zet voorts vraagtekens bij de rechtmatigheid van het niet-teruggeven van de door de inschrijver betaalde cautie wanneer die geen gevolg geeft aan het verzoek van de aanbestedende dienst om aanvulling van een dergelijk document. Hij vraagt zich ten slotte af welk rechtsbelang Archus en Gama erbij hebben dat de inschrijving van Digital-Center nietig wordt verklaard.

23 Daarop heeft de Krajowa Izba Odwoławcza de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 10 van [richtlijn 2004/17] aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst verplicht kan zijn de aanbieders die niet binnen de voorgeschreven termijn (dat wil zeggen de termijn voor indiening van de inschrijvingen) de door de aanbiedende dienst verlangde , verklaringen of documenten' hebben ingediend, die bevestigen dat de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen (waarbij het begrip ‚verklaringen of documenten' ook proeven van het voorwerp van de opdracht omvat), of die de verlangde ‚verklaringen of documenten' hebben ingediend terwijl deze fouten bevatten, te verzoeken de ontbrekende respectievelijk verbeterde ‚verklaringen of documenten' (proeven) binnen een vastgestelde, aanvullende termijn in te dienen zonder dat een verbod wordt ingesteld op grond waarvan de aangevulde ‚verklaringen of documenten' (proeven) de inhoud van de inschrijving niet mogen wijzigen?

2) Moet artikel 10 van [richtlijn 2004/17] aldus worden uitgelegd dat de aanbestedende dienst de cautie van de aanbieder mag houden wanneer deze, nadat hem door de aanbestedende dienst om aanvulling was verzocht, geen ‚verklaringen of documenten' (proeven) heeft ingediend die bevestigen dat de aangeboden leveringen, diensten of werken voldoen aan de door de aanbestedende dienst gestelde eisen, indien een dergelijke aanvulling zou leiden tot wijziging van de inhoud van de inschrijving of de aanbieder het niet eens was met de door de aanbiedende dienst aangebrachte verbetering in de inschrijving, met als gevolg dat de inschrijving van de aanbieder niet als gunstigste inschrijving kon worden geselecteerd?

3) Moet artikel 1, lid 3, van [richtlijn 92/13] in die zin worden uitgelegd dat onder een ‚bepaalde opdracht', waarvan in die bepaling sprake is in het tekstfragment ‚belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht', een ‚bepaalde procedure die is doorlopen voor de gunning van een overheidsopdracht' (hier: bekendgemaakt bij kennisgeving van 3 juni 2015) moet worden begrepen, of dat daarmee een ‚bepaald voorwerp van de opdracht' (hier: de dienst om stukken uit het archief van de aanbestedende dienst te digitaliseren) wordt bedoeld, ongeacht of door rekening te houden met het herzieningsverzoek de aanbestedende dienst verplicht zal zijn de lopende procedure tot gunning van een overheidsopdracht nietig te verklaren en eventueel een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht te openen?"

Eerste vraag

24 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het in artikel 10 van richtlijn 2004/17 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst de inschrijvers in het kader van een aanbesteding verzoekt om overlegging van de vereiste verklaringen of documenten die niet zijn ingestuurd binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen, of om verbetering van verklaringen of documenten die fouten bevatten, zonder dat op die aanbestedende dienst de verplichting rust om de inschrijvers erop te wijzen dat de inhoud van de ingediende inschrijvingen niet mag worden gewijzigd.

25 In dat verband moet om te beginnen in herinnering worden gebracht dat de verplichting voor de aanbestedende dienst om het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers te eerbiedigen, dat tot doel heeft de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen (zie met name arresten van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punt 110, en 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punt 33), en dat de essentie van de Uniebepalingen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten vormt (zie met name arresten van 22 juni 1993, Commissie/Denemarken, C-243/89, EU:C:1993:257, punt 33; 25 april 1996, Commissie/België,

C-87/94, EU:C:1996:161, punt 51, en 18 oktober 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punt 33), met name betekent dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offertes voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst (zie arresten van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 45, en 24 mei 2016, MT Højgaard en Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, punt 37).

26 Datzelfde beginsel verlangt in het bijzonder dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun inschrijvingen gedane voorstel dezelfde kansen krijgen en impliceert derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle mededingers dezelfde voorwaarden moeten gelden (arresten van 25 april 1996, Commissie/België, C-87/94, EU:C:1996:161, punt 54; 12 december 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, EU:C:2002:746, punt 93, en 12 maart 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punt 33).

27 Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting verzetten zich verder tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver (zie in die zin arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 36, en 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 31).

28 Indien het een aanbestedende dienst zou zijn toegestaan een gegadigde om precisering te verzoeken van een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht, zou dit immers het risico opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, ingeval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling (arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 37).

29 Het Hof heeft evenwel ook al geoordeeld dat het beginsel van gelijke behandeling zich er niet tegen verzet dat een inschrijving gericht wordt verbeterd of aangevuld, wanneer die klaarblijkelijk precisering behoeft, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits aan een aantal voorwaarden is voldaan [zie in die zin met betrekking tot niet-openbare aanbestedingen binnen de werkingssfeer 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), arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punten 35-45, wat de fase van beoordeling van de offertes betreft, en 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punten 30-39, wat de fase van preselectie van de inschrijvers betreft].

30 Allereerst moet een verzoek om nadere toelichting bij een inschrijving, dat pas mag worden gedaan nadat de aanbestedende dienst kennis heeft genomen van alle inschrijvingen, in beginsel op vergelijkbare manier worden gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren en moet het alle punten van de inschrijving behandelen die precisering behoeven (zie arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punten 42-44, en 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punten 34 en 35).

31 Bovendien mag dat verzoek er niet toe leiden dat een betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving voorstelt (zie arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 40, en 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 36).

32 Ten slotte en in het algemeen moet de aanbestedende dienst in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid wat de mogelijkheid betreft om de gegadigden te verzoeken hun inschrijving nader toe te lichten, de gegadigden gelijk en op loyale wijze behandelen, zodat een verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de

uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de gegadigde of gegadigden aan wie dit verzoek was gericht (zie arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 41, en 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 37).

33 Een verzoek om precisering kan evenwel niet het ontbreken verhelpen van een stuk dat of van informatie die volgens de aanbestedingsstukken verplicht diende te worden verstrekt, aangezien de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht dient te nemen (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 40).

34 In het onderhavige geval heeft de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing uiteengezet dat de inschrijvers bij hun offerte proeven van gedigitaliseerde archiefstukken dienden te voegen, die moesten worden opgesteld volgens de beschrijving in punt 4.1 van het bestek, en dat zij dienden te vermelden welke digitaliseringsmethode was toegepast en wat de kwaliteit van de digitalisering was.

35 In de omstandigheden van het hoofdgeding zijn het Archus en Gama die, in hun hoedanigheid van inschrijver, op basis van artikel 87, lid 2, punt 3, Pzp bij de aanbestedende dienst een verzoek om verbetering van hun offerte hebben ingediend teneinde de proef van een microfilm die bij hun inschrijving was gevoegd te vervangen door een nieuwe proef, omdat de eerste niet beantwoordde aan de specificaties van het bestek.

36 Volgens de in punt 29 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak kan een verzoek om verstrekking van de vereiste verklaringen en documenten dat de aanbestedende dienst richt aan een inschrijver, er enkel toe dienen deze laatste in de gelegenheid te stellen om zijn inschrijving nader toe te lichten of om een kennelijke fout in die inschrijving recht te zetten. In het kader van dat verzoek is het een inschrijver dus niet algemeen toegestaan om de verklaringen en documenten in te dienen die volgens het bestek verplicht dienden te worden verstrekt, maar niet binnen de termijn voor indiening van de inschrijvingen zijn overgelegd. Overeenkomstig de in punt 31 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak mag dat verzoek er evenmin toe leiden dat een inschrijver documenten indient die dusdanige wijzigingen bevatten dat het eigenlijk om een nieuwe offerte gaat.

37 Hoe dan ook is de verplichting die krachtens het nationale recht mogelijk rust op een aanbestedende dienst om de inschrijvers te verzoeken de vereiste verklaringen en documenten te verstrekken die zij niet hebben overgelegd binnen de termijn voor indiening van de inschrijvingen, of die verklaringen en documenten te verbeteren wanneer zij fouten bevatten, slechts geoorloofd voor zover de aanvullingen die worden verstrekt op of de verbeteringen die worden aangebracht in de oorspronkelijke inschrijving niet tot gevolg hebben dat die inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd. Blijkens punt 40 van het arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10, EU:C:2012:191), kan de oorspronkelijke inschrijving immers slechts in uitzonderlijke gevallen worden verbeterd om kennelijke materiële fouten recht te zetten en mits die wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld.

38 Het staat aan de verwijzende rechter te beoordelen of in de omstandigheden van het hoofdgeding de omwisseling waartoe Archus en Gama zijn overgegaan, binnen de grenzen van de rechtzetting van een kennelijke fout in de inschrijving is gebleven.

39 Bijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat het in artikel 10 van richtlijn 2004/17 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de aanbestedende dienst een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht verzoekt de verklaringen of documenten over te leggen die volgens het bestek moesten worden verstrekt, maar die niet binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen zijn ingestuurd. Dat artikel staat er daarentegen niet aan in de weg dat de aanbestedende dienst een inschrijver verzoekt zijn inschrijving nader toe te lichten of een kennelijke materiële fout daarin te verbeteren, mits een dergelijk verzoek wordt gericht aan alle inschrijvers die

in dezelfde situatie verkeren, alle inschrijvers gelijk en op loyale wijze worden behandeld en die nadere toelichting of verbetering niet kan worden gelijkgesteld met de indiening van een nieuwe inschrijving. Het is de taak van de verwijzende rechter om dat te verifiëren.

Tweede vraag

40 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 10 van richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat de aanbestedende dienst in omstandigheden als die van het hoofdgeding de cautie die in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht door een inschrijver is gestort, niet terugbetaalt wanneer die inschrijver niet de documenten heeft verstrekt die bevestigen dat zijn inschrijving voldoet aan de door de aanbestedende dienst in het bestek gestelde eisen omdat dat zou hebben geleid tot wijziging van de inhoud van zijn inschrijving, of wanneer hij niet met verbetering van zijn inschrijving door de aanbestedende dienst heeft ingestemd, zodat zijn inschrijving niet kon worden geselecteerd.

41 Volgens vaste rechtspraak is de procedure van artikel 267 VWEU een instrument voor samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, waarbij het Hof die instanties de uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht verschaft die zij voor de beslechting van de hun voorgelegde geschillen nodig hebben (zie met name arresten van 12 juni 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, punt 30; 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punt 16, en 19 juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, punt 31).

42 In het kader van die samenwerking rust er een vermoeden van relevantie op de vragen betreffende het Unierecht. Het Hof kan een verzoek van de nationale rechter slechts afwijzen wanneer de verlangde uitlegging van het Unierecht duidelijk geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het probleem hypothetisch is of het Hof niet beschikt over de feitelijke en juridische gegevens die het nodig heeft om een nuttig antwoord op de gestelde vragen te kunnen geven (zie met name arresten van 21 januari 2003, Bacardi-Martini en Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, punt 43; 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punt 17, en 19 juni 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, punt 32).

43 De taak die in het kader van de prejudiciële procedure aan het Hof is opgedragen, is immers om bij te dragen aan de rechtsbedeling in de lidstaten en niet om adviezen over algemene of hypothetische vragen te geven (zie met name arresten van 12 juni 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, punt 32, en 15 september 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punt 18).

44 Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, beantwoorden de omstandigheden van het hoofdgeding kennelijk aan geen van de beide situaties die de verwijzende rechter in zijn tweede vraag noemt.

45 Uit het onderzoek van de eerste vraag volgt namelijk dat het hoofdgeding voornamelijk betrekking heeft op de vraag of de aanbestedende dienst zonder voorbijgaan aan het in artikel 10 van richtlijn 2004/17 neergelegde beginsel van gelijke behandeling een inschrijver kan toestaan om na indiening van zijn inschrijving een document dat volgens het bestek moest worden overgelegd – in casu een proef van een microfilm –, om te wisselen omdat die proef zogezegd per vergissing was ingezonden. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt geenszins dat Archus en Gama hebben verzuimd documenten in te dienen die volgens het bestek moesten worden verstrekt, of hebben geweigerd ermee in te stemmen dat de aanbestedende dienst hun inschrijving zou verbeteren. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de verwijzende rechter met zijn tweede vraag een hypothetisch probleem opwerpt.

46 De tweede vraag van de verwijzende rechter moet dan ook kennelijk niet-ontvankelijk worden verklaard.

Derde vraag

47 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „bepaalde opdracht" in de zin van die bepaling verwijst naar een bepaalde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht of naar het voorwerp zelf van de opdracht die aan het einde van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht zal worden gegund, ingeval slechts twee inschrijvingen zijn ingediend en de inschrijver wiens offerte is afgewezen, kan worden geacht er belang bij te hebben dat ook de offerte van de andere inschrijver wordt afgewezen en dus dat een nieuwe aanbesteding wordt uitgeschreven.

48 De verwijzende rechter heeft dienaangaande gepreciseerd dat de aanbieder die in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht een inschrijving heeft ingediend en die zijn inschrijving afgewezen ziet, er geen belang bij heeft het besluit tot gunning van de overheidsopdracht aan te vechten. Een inschrijver als Archus en Gama heeft er bijgevolg beslist belang bij op te komen tegen een besluit tot afwijzing van zijn inschrijving aangezien in dat geval de kans bestaat dat de opdracht hem alsnog wordt gegund, maar heeft daarentegen geen enkel belang meer bij het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure wanneer zijn inschrijving definitief is afgewezen, althans in het geval dat meerdere inschrijvingen zijn ingediend en geselecteerd.

49 In die context vraagt de verwijzende rechter zich af of het begrip „bepaalde opdracht" in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 doelt op de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

50 Dienaangaande moet in herinnering worden geroepen dat volgens artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 de lidstaten er zorg voor dragen dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die zij kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.

51 Toen het Hof werd verzocht om uitlegging van de overeenkomstige bepalingen van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33), oordeelde het al dat de inschrijvers in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht een legitiem gelijkwaardig belang hebben bij de uitsluiting van de inschrijving van de anderen teneinde de opdracht binnen te halen (zie in die zin arresten van 4 juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punt 33; 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punt 27, en 21 december 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich, C-355/15, EU:C:2016:988, punt 29), ongeacht het aantal deelnemers aan de procedure en het aantal deelnemers dat een beroep heeft ingesteld (zie in die zin arrest van 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punt 29).

52 Ten eerste kan de uitsluiting van een inschrijver er immers toe leiden dat de opdracht direct aan een andere inschrijver wordt gegund in het kader van dezelfde procedure. Ten tweede kan, ingeval alle inschrijvers worden uitgesloten en er een nieuwe procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht wordt geopend, elk van de inschrijvers opnieuw deelnemen en aldus indirect de opdracht toebedeeld krijgen (zie arrest van 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punt 27).

53 Het in de rechtspraak, met name de arresten van 4 juli 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), en 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), geformuleerde beginsel is van toepassing op de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is.

54 De verwijzende rechter neemt in verband met een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht waarin twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver

en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere – immers kennis van het beroep dat door de uitgesloten inschrijver tegen die twee besluiten is ingesteld. In het kader van dat beroep stelt de uitgesloten inschrijver dat de inschrijving van de opdrachtnemer op haar beurt moet worden uitgesloten omdat zij niet voldoet aan de specificaties van het bestek.

55 In een dergelijke situatie heeft de inschrijver die beroep heeft ingesteld er een legitiem belang bij dat de inschrijving van de opdrachtnemer wordt uitgesloten, wat mogelijk tot de vaststelling leidt dat de aanbestedende dienst geen regelmatige inschrijving kan selecteren (zie in die zin arresten van 4 juli 2013, Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, punt 33, en 5 april 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punt 24).

56 Die uitlegging vindt bevestiging in de leden 1 en 2 van artikel 2 bis van richtlijn 92/13, die voor inschrijvers die niet definitief zijn uitgesloten, uitdrukkelijk voorzien in een recht van beroep, met name tegen besluiten van de aanbestedende diensten tot gunning van de opdracht.

57 Het is juist dat het Hof in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 21 december 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, EU:C:2016:988, punten 13-16, 31 en 36), heeft geoordeeld dat een inschrijver van wie de inschrijving door de aanbestedende dienst van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht was uitgesloten, het recht kon worden ontzegd om beroep in te stellen tegen het besluit tot gunning van de overheidsopdracht. In die zaak was het besluit tot uitsluiting van die inschrijver echter bevestigd door een besluit dat kracht van gewijsde had verkregen vóór de rechter bij wie beroep was ingesteld tegen het besluit tot gunning van de opdracht, uitspraak deed, zodat die inschrijver te beschouwen was als een van de betrokken aanbestedingsprocedure definitief uitgesloten inschrijver.

58 In het hoofdgeding hebben Archus en Gama daarentegen beroep ingesteld tegen het besluit tot uitsluiting van hun inschrijving en tegen het besluit tot gunning van de opdracht, welke besluiten gelijktijdig zijn genomen, zodat zij niet kunnen worden aangemerkt als definitief uitgesloten van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht. In een dergelijke situatie kan het begrip „bepaalde opdracht" in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 93/13 in voorkomend geval verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

59 Uit het voorgaande volgt dat richtlijn 92/13 aldus moet worden uitgelegd dat in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere –, de uitgesloten inschrijver, die beroep instelt tegen die twee besluiten, om uitsluiting van de inschrijving van de opdrachtnemer moet kunnen verzoeken, zodat het begrip „bepaalde opdracht" in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13 in voorkomend geval kan verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

Kosten

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

Het Hof (Achtste kamer) verklaart voor recht:

1) **Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers dat is neergelegd in artikel 10 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 moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de aanbestedende dienst een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht verzoekt de verklaringen of documenten over te leggen die volgens het bestek moesten worden verstrekt, maar die niet binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen zijn ingestuurd. Dat artikel staat er daarentegen niet aan in de weg dat de aanbestedende dienst een inschrijver verzoekt zijn inschrijving nader toe te lichten of een kennelijke materiële fout daarin te verbeteren, mits een dergelijk verzoek wordt gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren, alle inschrijvers gelijk en op loyale wijze worden behandeld en die nadere toelichting of verbetering niet kan worden gelijkgesteld met de indiening van een nieuwe inschrijving. Het is de taak van de verwijzende rechter om dat te verifiëren.**

2) **Richtlijn 92/13/EG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, moet aldus worden uitgelegd dat, in een situatie als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin in een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht twee inschrijvingen zijn ingediend en de aanbestedende dienst twee simultane besluiten heeft vastgesteld – een besluit tot afwijzing van de offerte van de ene inschrijver en een besluit tot gunning van de opdracht aan de andere –, de uitgesloten inschrijver, die beroep instelt tegen die twee besluiten, om uitsluiting van de inschrijving van de opdrachtnemer moet kunnen verzoeken, zodat het begrip „bepaalde opdracht” in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 92/13, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, in voorkomend geval kan verwijzen naar de eventuele opening van een nieuwe procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.**

ondertekeningen