CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 21 januari 2016 [1]

Zaak C-27/15

Pippo Pizzo e.a.
tegen
CRGT srl

[verzoek van de Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Deelname aan een aanbesteding — Mogelijkheid om zich te beroepen op de draagkracht van andere ondernemingen om aan de noodzakelijke voorwaarden te voldoen — Niet-betaling van een niet uitdrukkelijk opgelegde bijdrage — Uitsluiting van de inschrijver”

1. Deze prejudiciële verwijzing biedt het Hof opnieuw de gelegenheid om zijn rechtspraak over de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten en, in het bijzonder, over richtlijn 2004/18/EG [2] verder te ontwikkelen.

2. Ten eerste rijst wederom de vraag of een inschrijver zich kan beroepen op de draagkracht van derden om te voldoen aan de voorwaarden voor deelname aan een aanbestedingsprocedure. Aan de hand van de rechtspraak van het Hof kan dit probleem vrij gemakkelijk worden opgelost.

3. Ten tweede vraagt de verwijzende rechter zich af of het rechtmatig is wanneer bepaalde voorwaarden voor deelname aan een aanbesteding niet uitdrukkelijk zijn opgenomen in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, maar moeten worden afgeleid uit nationale bepalingen van algemene strekking. Dit is een complexer probleem.

4. Wat dit laatste probleem betreft, zal ik het Hof een genuanceerde benadering voorstellen van zijn rechtspraak inzake het vereiste dat alle voorwaarden voor deelname aan de aanbesteding uitdrukkelijk in de aanbestedingshandelingen zijn vermeld. Ik zal mij daarbij baseren op de logica die mijns inziens inherent is aan het begrip „redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver”, dat bepalend is voor de geest van die rechtspraak.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

I – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*

1. Richtlijn 2004/18

5. Overeenkomstig artikel 2 van richtlijn 2004/18 „[behandelen] [a]anbestedende diensten [...] ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten [zij] transparantie in hun handelen".

6. Artikel 47 van de richtlijn bepaalt:

„1. In het algemeen kan de financiële en economische draagkracht van de ondernemer worden aangetoond door een of meer van de volgende referenties:

a) passende bankverklaringen of, in voorkomend geval, het bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's;

b) overlegging van balansen of van balansuittreksels, indien de wetgeving van het land waar de ondernemer is gevestigd, de bekendmaking van balansen voorschrijft;

c) een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is [...].

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 noodzakelijke middelen van die lichamen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis daartoe van deze lichamen.

[...]"

7. Artikel 48 van richtlijn 2004/18 luidt 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 welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen.

[...]"

2. Richtlijn 2014/24 [3]

8. Artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU bepaalt:

„1. Met betrekking tot de [...] criteria inzake economische en financiële draagkracht en de [...] criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan een ondernemer zich, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. [...] Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, toont hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aan dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten.

[...]

Indien een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten voor het vervullen van de economische en financiële criteria, kan de aanbestedende dienst eisen dat de ondernemer en die entiteiten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.

[...]

2. In het geval van opdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor [leveringen] kunnen aanbestedende diensten eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de inschrijving door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 19, lid 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie."

B – *Nationaal recht*

1. Decreto Legislativo nr. 163 van 12 april 2006 [4]

9. Artikel 49 van Decreto Legislativo (wetsdecreet) nr. 163 bepaalt:

„1. De inschrijver kan, ongeacht of hij alleen is dan wel lid van een consortium of een groep in de zin van artikel 34, in het kader van een bepaalde opdracht voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten aan de economische, financiële, technische en organisatorische criteria voldoen, dat wil zeggen de SOA [...] verklaring krijgen, door zich te beroepen op de capaciteiten of de SOA-verklaring van een andere persoon.

[...]

6. De inschrijver kan zich voor de uitvoering van werken beroepen op de draagkracht van slechts één nevenonderneming voor elke kwalificatiecategorie. De aankondiging kan bepalen dat een beroep kan worden gedaan op meerdere nevenondernemingen gezien de waarde van de opdracht of de bijzondere aard van de verrichtingen [...]"

3 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB L 94, blz. 65).

4 — Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetboek betreffende overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG) (GURI nr. 100 van 2 mei 2006, gewoon supplement nr. 107), zoals gewijzigd bij Decreto Legislativo nr. 152 van 11 september 2008 (GURI nr. 231 van 2 oktober 2008, gewoon supplement nr. 227); hierna: „Decreto Legislativo nr. 163/2006".

2. Legge nr. 266 van 23 december 2005 [5]

10. Overeenkomstig artikel 1, lid 67, eerste alinea, van Legge (wet) nr. 266/2005 „[bepaalt] [d]e toezichthoudende autoriteit voor openbare werken [...] jaarlijks de hoogte van de bijdragen die haar verschuldigd zijn door de publieke en particuliere personen die onder haar toezicht vallen, alsook de wijze van inning, daaronder begrepen de verplichting voor ondernemingen om de bijdrage te betalen als voorwaarde voor het indienen van een offerte in het kader van procedures voor het uitvoeren van openbare werken".

II – Feiten

11. De havenautoriteit van Messina (Italië) heeft in november 2012 een Europese openbare aanbesteding uitgeschreven voor de gunning, voor een periode van vier jaar, van de dienst bestaande in het beheer van afval en ladingresidu van schepen die een haven aandoen binnen haar territoriale ambtsgebied. Deze dienst werd voordien door de onderneming CRGT srl (hierna: „CRGT") beheerd.

12. De dienst is gegund aan het consortium Pippo Pizzo en Onofaro Antonino (hierna: „Pizzo") nadat andere deelnemende ondernemingen – waaronder CRGT – van de aanbesteding waren uitgesloten omdat zij de in Legge nr. 266/2005 bedoelde bijdrage als voorwaarde voor indiening van hun offerte niet hadden betaald aan de Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (toezichthoudende autoriteit voor overheidsopdrachten; hierna: „AVCP").

13. CRGT is tegen het besluit om haar van deelname uit te sluiten opgekomen bij het Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione staccata di Catania, Sala IV) (regionale bestuursrechtbank Sicilië, afdeling Catania, vierde kamer). Pizzo heeft daarop incidenteel beroep ingesteld en heeft daarbij aangevoerd dat CRGT óók had moeten worden uitgesloten omdat zij slechts één van de twee in de oproep tot mededinging voorgeschreven bankverklaringen tot staving van haar economische en financiële draagkracht had overgelegd.

14. De rechtbank van eerste aanleg heeft het beroep van CRGT toegewezen op grond dat haar uitsluiting van de aanbestedingsprocedure onrechtmatig was, aangezien: a) noch de aankondiging noch het bestek betaling van de in Legge nr. 266/2005 bedoelde bijdrage voorschreef; b) die bijdrage uitdrukkelijk op openbare werken ziet, en niet op opdrachten voor diensten, en c) de toepassing van die bijdrage op opdrachten voor diensten enkel mogelijk is op grond van een ruime uitlegging van Legge nr. 266/2005 die, gelet op het beginsel dat de uitsluitingsgronden exhaustief moeten worden opgesomd, niet in het nadeel mag spelen van inschrijvers die, buiten hun schuld, dachten dat de litigieuze bijdrage niet verschuldigd was.

15. Voorts heeft de rechtbank van eerste aanleg het incidentele beroep van Pizzo verworpen op grond dat CRGT zich kon – en concreet ook heeft – beroepen op de economische en financiële draagkracht van een nevenonderneming waarmee zij een overeenkomst in die zin had gesloten.

16. Pizzo heeft hoger beroep ingesteld bij de Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana (bestuursrechter in hoger beroep voor de regio Sicilië). CRGT heeft alle tegen haar aangevoerde argumenten betwist en heeft opnieuw andere middelen aangevoerd, die zij in eerste aanleg ook al had aangevoerd, maar voor deze zaak niet relevant zijn.

17. In die omstandigheden heeft de Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana besloten de zaak te verwijzen naar het Hof voor een prejudiciële beslissing.

5 — Legge finanziaria 2006 (begrotingswet 2006; GURI nr. 302 van 29 december 2005, gewoon supplement nr. 211; hierna: „Legge nr. 266/2005".

III – Prejudiciële vragen

18. Bij beslissing, die bij het Hof is ingekomen op 22 januari 2015, heeft de verwijzende rechter het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten de artikelen 47 en 48 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, aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling, zoals de hierboven beschreven Italiaanse regeling, op grond waarvan op het gebied van diensten onder de hierboven gestelde voorwaarden een gedeeltelijk beroep op de capaciteiten van andere ondernemingen mag worden gedaan?

2) Verzetten de beginselen van het recht van de Europese Unie, in het bijzonder het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, zich al dan niet tegen een bepaling van een rechtsorde van een lidstaat op grond waarvan een onderneming die niet op de hoogte is, omdat dit niet uitdrukkelijk in de aanbestedingshandelingen is vermeld, van het bestaan van een op straffe van uitsluiting voorgeschreven verplichting om voor de deelname aan een aanbestedingsprocedure een bepaald bedrag te betalen, van die procedure mag worden uitgesloten, ook al volgt die verplichting niet duidelijk uit de bewoordingen van het toepasselijke recht in de lidstaat, maar kan zij evenwel worden gereconstrueerd aan de hand van een tweeledige juridische bewerking, die om te beginnen bestaat in een ruime uitlegging van een aantal bepalingen van de rechtsorde van die lidstaat en vervolgens in de aanvulling – overeenkomstig die ruime uitlegging – van de normatieve inhoud van de aanbestedingshandelingen?”

19. Aangaande de eerste vraag is de verwijzende rechter van oordeel dat richtlijn 2014/24 het recht om zich te beroepen op de capaciteiten van een derde om aan de voorwaarden voor deelname aan een aanbesteding te voldoen, mogelijkerwijs heeft beperkt.

20. Met zijn tweede vraag wenst de Consiglio di Giustizia te vernemen of het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het *favor participationis*-beginsel er niet toe moeten leiden dat aan de getroffen onderneming een korte termijn wordt verleend waarin zij haar betalingsverplichting alsnog kan nakomen.

IV – Procedure bij het Hof en argumenten van partijen

21. De Italiaanse regering en de Commissie zijn ter terechtzitting verschenen en hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

A – *Eerste vraag*

22. De Italiaanse regering betwijfelt of de eerste vraag van de verwijzende rechter ontvankelijk is aangezien die rechter de „feitelijke situaties” niet heeft beschreven waarop zij is gebaseerd en het Hof en partijen dus niet de gegevens heeft verstrekt die zij nodig hebben om een standpunt over het opgeworpen probleem in te nemen.

23. Volgens de Italiaanse regering doet de verwijzing naar richtlijn 2014/24 hier niets ter zake daar deze richtlijn in casu niet van toepassing is en de termijn voor omzetting ervan in nationaal recht nog niet is verstreken. Hoe dan ook blijkt uit deze richtlijn een even gunstige houding van de Europese wetgever ten aanzien van het inroepen van de draagkracht van derden als uit richtlijn 2004/18.

24. In feite is de Italiaanse regering van mening dat het probleem kan worden opgelost aan de hand van de beginselen van het arrest Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino [6], dat betrekking heeft op een geval dat uit juridisch oogpunt geen significante verschillen vertoont met dat van het hoofdgeding.

25. Volgens de Italiaanse regering zijn de in artikel 49 van Decreto Legislativo nr. 163/2006 vervatte regels van nationaal recht bijgevolg niet onverenigbaar met richtlijn 2004/18.

26. De Commissie deelt het standpunt van de Italiaanse regering dat het antwoord op de eerste vraag volgt uit de in het arrest Swm Costruzioni vervatte rechtspraak. Het Hof heeft erkend dat een onderneming, om te voldoen aan de minimumvereisten waaraan zij zelf slechts gedeeltelijk voldoet, zich niet alleen kan beroepen op haar eigen capaciteiten, maar ook op die van een of meer derden.

27. Net als de Italiaanse regering merkt de Commissie verder op dat richtlijn 2014/24 *ratione temporis* niet van toepassing is op deze zaak.

28. Derhalve stelt de Commissie zich op het standpunt dat de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling als die waaraan de verwijzende rechter refereert.

B – *Tweede vraag*

29. Wat de tweede vraag betreft, is volgens de Italiaanse regering geen sprake van schending van de in de verwijzingsbeslissing genoemde beginselen. Zij wijst erop dat artikel 46, lid 1 bis, van Decreto Legislativo nr. 163/2006, behalve de uitsluitingsgronden die in het Decreto Legislativo zelf en de aankondiging van de opdracht worden opgesomd, ook de uitsluitingsgronden erkent die zijn vervat „in andere geldende wettelijke bepalingen”. Bijgevolg kan volgens haar het feit dat niet-betaling van de bijdrage aan de AVCP in de *lex specialis* niet is vermeld als een grond voor uitsluiting van de procedure, niet rechtvaardigen dat een inschrijver zijn betalingsverplichting niet nakomt. Deze moet alle regels betreffende het samenstel van dwingende uitsluitingsgronden kennen, die juist bedoeld zijn om eventuele lacunes in de aankondiging op dat punt aan te vullen.

30. De Italiaanse regering is voorts van mening dat inschrijvers de lacunes in hun offertes niet meer kunnen aanvullen wanneer de termijn voor indiening ervan is verstreken. Enkel gerichte verbeteringen of aanvullingen in de zin van het arrest Manova [7] zijn dan nog mogelijk. De aanbestedende dienst kan de inschrijvers toestaan bepaalde ontbrekende gegevens in verband met de subjectieve voorwaarden voor deelname aan te vullen, maar niet een onbetaald gebleven bijdrage alsnog te voldoen. Anders zou de inschrijvers in strijd met de beginselen van gelijke behandeling, onpartijdigheid en transparantie de mogelijkheid worden gegeven om buiten de gestelde termijn – en dus niet tijdig – te voldoen aan een voorwaarde voor deelname aan de aanbesteding.

31. Alleen wanneer het een louter bijkomstig aspect van de verplichting betreft dat niet volgens de regels is nagekomen (zoals betaling op een andere wijze dan wettelijk bepaald of ontbreken van bewijs dat de betaling tijdig en op de voorgeschreven wijze is gedaan), kan volgens de Italiaanse regering aan de inschrijver de mogelijkheid worden geboden om te bewijzen dat daadwerkelijk aan de betrokken voorwaarde is voldaan.

6 — Zaak C-94/12, EU:C:2013:646; hierna: „arrest Swm Costruzioni”.

7 — Zaak C-336/12, EU:C:2013:647, punt 32.

32. Bijgevolg stelt de Italiaanse regering voor om op de tweede vraag te antwoorden dat de door de verwijzende rechter aangevoerde beginselen zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan een inschrijver kan worden uitgesloten wanneer hij niet heeft voldaan aan een verplichting die weliswaar niet uitdrukkelijk is opgenomen in de wet voor de betrokken soort van overheidsopdrachten, maar kan worden afgeleid uit de uitlegging die de overheid van de betrokken staat reeds herhaaldelijk heeft gegeven aan bepaalde wettelijke voorschriften.

33. De Commissie is van haar kant van mening dat de tweede vraag specifiek betrekking heeft op de uitlegging van het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting. Haars inziens verlangen die beginselen dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsvoorwaarden duidelijk vermeldt, zodat zij kenbaar zijn voor een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver. Overigens vereist richtlijn 2004/18 dat de uitsluitingsgronden in de aankondiging van de opdracht worden opgenomen.

34. Volgens de Commissie is aan deze voorwaarden niet voldaan wanneer een verplichting die geldt op straffe van uitsluiting (in casu de betaling van een bijdrage aan een overheidsinstantie) niet uitdrukkelijk is opgenomen in de aanbestedingshandelingen en evenmin blijkt uit het nationale positieve recht, maar enkel kan worden afgeleid uit een ruime uitlegging van dat recht waarmee een lacune kan worden aangevuld die de betrokken handelingen anders zouden vertonen. De Commissie meent dat dit een funeste situatie is, niet alleen voor de nationale ondernemers, maar ook voor ondernemers die in andere lidstaten zijn gevestigd, die daardoor een concurrentienadeel dreigen te lijden.

35. Voor het overige dienen de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid aldus te worden uitgelegd dat zij zich er niet tegen verzetten dat de aanbestedende dienst de onderneming de mogelijkheid geeft om de in geding zijnde betalingsverplichting na te komen binnen een door hem vastgestelde termijn.

V – Beoordeling

A – *Eerste vraag*

36. Hoewel de Italiaanse regering twijfelt aan de ontvankelijkheid van de eerste vraag, geeft zij het Hof uiteindelijk niet in overweging om ze daadwerkelijk niet-ontvankelijk te verklaren. Er zijn immers geen redenen om bij voorbaat al de twijfel als onterecht af te doen die de verwijzende rechter koestert over de verenigbaarheid tussen de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18 en de nationale regeling die een ondernemer in de context van een procedure voor aanbesteding van een overheidsopdracht voor diensten de mogelijkheid biedt om een gedeeltelijk beroep op de capaciteiten van andere ondernemingen te doen teneinde de voorwaarden voor deelname aan die procedure te vervullen.

37. Ik deel echter wél het standpunt van de Italiaanse regering en de Commissie dat de rechtspraak die het Hof heeft ontwikkeld in het arrest Smw Costruzioni van toepassing is op de onderhavige zaak, aangezien in deze twee zaken in wezen identieke juridische aspecten aan de orde zijn.

38. In de zaak Smw Costruzioni heeft het Hof geoordeeld dat de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 „de gegadigden of inschrijvers in beginsel niet verbieden de draagkracht van meerdere derde entiteiten in te roepen om aan te tonen dat zij voldoen aan een minimumdraagkrachtniveau. Die bepalingen leggen een gegadigde of inschrijver vooral geen principeverbod op om de draagkracht van een of meer derde entiteiten in te roepen naast zijn eigen draagkracht, om te voldoen aan de door een aanbestedende dienst vastgestelde criteria”. [8]

8 — Zaak C-94/12, EU:C:2013:646, punt 30.

39. Volgens het Hof is deze mogelijkheid niet onvoorwaardelijk, maar ervan afhankelijk dat „bij [de aanbestedende dienst] wordt aangetoond dat de gegadigde of inschrijver die de draagkracht van een meer andere entiteiten inroept inderdaad zal beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn”. [9]

40. Het Hof sluit uiteraard niet uit dat sommige „werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen”. [10] In die omstandigheden mag worden verlangd „dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of, in voorkomend geval – krachtens artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 – dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht”. [11] Het Hof is echter van oordeel dat het hier „een uitzonderlijke situatie betreft” [12] en stelt bijgevolg vast dat „richtlijn 2004/18 zich ertegen [verzet] dat bedoeld vereiste door het nationale recht tot een algemene regel wordt verheven, zoals het geval is met artikel 49, lid 6, van wetsdecreet 163/2006”. [13]

41. Gelet op het voorgaande kan de vraag van de verwijzende rechter worden beantwoord op dezelfde wijze als in het arrest Smw Costruzioni. Voorts moet er met de Commissie [14] op worden gewezen dat in de onderhavige zaak geen sprake is van de uitzonderlijke situatie waarin volgens punt 35 van dat arrest kan worden verlangd „dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft”, aangezien het thans om een draagkracht van zuiver economische aard gaat.

42. De verwijzende rechter argumenteert dat, buiten hetgeen uit richtlijn 2004/18 kan worden afgeleid, richtlijn 2014/24 mogelijkerwijs strengere grenzen stelt aan de mogelijkheid om de draagkracht van derden in te roepen teneinde aan de voorwaarden voor deelname aan de aanbesteding te voldoen. Zowel de Italiaanse regering als de Commissie is van mening dat richtlijn 2014/24 niet van toepassing is op het onderhavige geding. Ik ben het daar volledig mee eens.

43. De verwijzende rechter geeft toe dat de termijn voor omzetting van richtlijn 2014/24 nog niet is verstreken – wat een voldoende reden is om de toepasselijkheid van deze richtlijn op de onderhavige zaak uit te sluiten –, maar voert aan dat „op de nationale rechters [de] verplichting [rust] om van alle mogelijke uitleggingen van het interne recht de voorkeur te geven aan die welke in overeenstemming zijn met om te zetten Unierechtelijke bepalingen”. [15]

44. De rechtspraak van het Hof legt de lidstaten de verplichting op om zich gedurende de omzettingstermijn „te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen” [16], maar gaat niet zover dat de nationale rechter gehouden is zijn nationale recht volledig in overeenstemming uit te leggen met een richtlijn waarvan de termijn voor omzetting nog niet is verstreken.

45. Overigens is de beoordeling van de verwijzende rechter dat richtlijn 2014/24 restrictiever is dan richtlijn 2004/18 wat de mogelijkheid betreft om zich te beroepen op de draagkracht van derden, vatbaar voor discussie. Ik acht het evenwel niet nodig deze kwestie verder uit te diepen, aangezien zij irrelevant is voor het geding.

9 — Zaak C-94/12, EU:C:2013:646, punt 33.
10 — Zaak C-94/12, EU:C:2013:646, punt 35.
11 — Ibidem.
12 — Zaak C-94/12, EU:C:2013:646, punt 36.
13 — Ibidem.
14 — Punt 30 van haar opmerkingen.
15 — Punt C1 van de verwijzingsbeslissing.
16 — Zaak Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, EU:C:1997:628, punt 45.

46. Bijgevolg verzetten de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18 zich mijns inziens niet tegen een nationale regeling op grond waarvan, in omstandigheden als die van het hoofdgeding, een onderneming een gedeeltelijk beroep kan doen op de capaciteiten van andere ondernemingen om aan de selectievoorwaarden te voldoen.

B – *Tweede vraag*

47. De tweede vraag van de verwijzende rechter is mijns inziens lastiger – getuige daarvan het feit dat de Italiaanse regering en de Commissie er uiteenlopende standpunten over innemen. Terwijl de Italiaanse regering stelt dat de uitgesloten onderneming er niet onwetend van kon zijn dat zij verplicht aan de litigieuze voorwaarde (voorafgaande betaling van de bijdrage aan de AVCP) moest voldoen, is de Commissie van mening dat die voorwaarde slechts moet worden vervuld wanneer zij uitdrukkelijk in de aanbestedingshandelingen is vermeld of duidelijk blijkt uit het geldende positieve recht.

48. In werkelijkheid vertonen deze twee standpunten meer overeenkomsten dan men zou denken. Zo legt de Italiaanse regering de nadruk op de kennis van de litigieuze voorwaarde, terwijl de Commissie zich richt op de bekendmaking ervan. Al met al gaat het om twee complementaire invalshoeken, aangezien publicatie van de voorwaarde ertoe dient deze kenbaar te maken, en kennis van de voorwaarde pas mogelijk is (en kan worden geëist) als deze naar behoren is bekendgemaakt.

49. In de rechtspraak van het Hof is de noodzaak beklemtoond dat „alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn”. [17]

50. De verplichting tot bekendmaking „op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze” vloeit in de eerste plaats voort uit het beginsel van gelijke behandeling dat „vereist dat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen[; het] betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden” [18] en in de tweede plaats uit de transparantieverplichting, die ten doel heeft „te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen”. [19] De beginselen van gelijke behandeling en transparantie in de wijze van optreden worden in artikel 2 van richtlijn 2004/18 aangeduid als „beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten” waarnaar de aanbestedende diensten moeten handelen.

51. Het lijdt bijgevolg geen twijfel dat de inschrijvers in staat moeten zijn om de aanbestedingsvoorwaarden te kennen, wat beantwoordt aan elementaire vereisten van gelijke behandeling en transparantie. Discutabeler is echter of in de aankondiging van de opdracht of het bestek *alle* voorwaarden voor deelname aan de aanbesteding expliciet moeten zijn opgenomen dan wel of er voor bepaalde voorwaarden van algemene aard van kan worden uitgegaan dat zij bekend zijn, ook al worden zij niet uitdrukkelijk in die handelingen vermeld.

17 — Zaak Cartiera dell’Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44 en aldaar aangehaald arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punten 108-111.

18 — Ibidem.

19 — Ibidem.

52. Rekening houdend met het doel dat wordt nagestreefd met de verplichting om de voorwaarden bekend te maken – namelijk ervoor zorgen dat „alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers" er de inhoud en de draagwijdte van kunnen begrijpen –, is het mijns inziens niet logisch dat de aanbestedende diensten verplicht zouden zijn om ook voorwaarden te vermelden die worden gesteld in bepalingen met een algemene strekking waarmee een „redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver" niet onbekend kan zijn. Ik denk bijvoorbeeld aan de elementaire vereisten die in het civiele recht en het handelsrecht worden gesteld op het gebied van de rechtsbekwaamheid van personen en ondernemingen, waarvan ondernemers niet onwetend kunnen zijn en niet kunnen eisen dat zij uitdrukkelijk en tot in bijzonderheden in de aanbestedingshandelingen worden opgenomen.

53. Het is juist dat twijfel kan rijzen over andere, minder „voor de hand liggende" of, zo men verkiest, minder „logische" of „natuurlijke" voorwaarden. Tóch moet elke inschrijver die ook maar een klein beetje zorgvuldig en geïnformeerd is, ook van dergelijke voorwaarden verplicht op de hoogte zijn. Net de mate van zorgvuldigheid en kennis die redelijkerwijs van een inschrijver kan worden verwacht is naar mijn mening bepalend voor een goed begrip van de ratio van artikel 2 van richtlijn 2004/18 en de uitlegging die het Hof in deze context van het gelijkheidsbeginsel en de transparantieverplichting geeft. [20]

54. De Italiaanse regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen [21] gesteld dat artikel 46, lid 1 bis, van Decreto Legislativo nr. 163/2006 als uitsluitingsgronden noemt, die welke zijn opgenomen in het Decreto Legislativo zelf, in de aankondiging van de opdracht en „in andere geldende wettelijke bepalingen". Tot die laatste kunnen bepalingen behoren inzake de fiscale verplichtingen die álle inschrijvers op straffe van uitsluiting van de aanbestedingsprocedure moeten nakomen.

55. Concreet verlangt artikel 27, lid 1, van richtlijn 2004/18 niet dat in het bestek alle „verplichtingen ten aanzien van de bepalingen inzake belastingen, milieubescherming, arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden in de lidstaat" tot in bijzonderheden worden opgesomd. De inschrijvers of gegadigden zijn niet van die verplichtingen – waarvan niet-nakoming eventueel uitsluiting van de procedure met zich kan brengen – ontslagen wegens het enkele feit dat zij niet uitdrukkelijk staan vermeld in de aanbestedingshandelingen.

56. Het staat aan het Italiaanse recht om op basis van de uitlegging die de nationale rechters ervan geven, te bepalen of de aan de AVCP te betalen bijdrage aan de hand van de kenmerken ervan kan worden aangemerkt als een verplichting van fiscale aard in ruime zin. Het is voorts de taak van de Italiaanse rechters om (met bevestiging of afwijzing van de uitlegging van de overheidsinstantie waaraan de bijdrage moet worden betaald) de subjectieve en objectieve werkingssfeer van de leden 65 en 67 van artikel 1 van Legge nr. 266/2005 af te bakenen, die zien op de bijdrage waarvan de niet-betaling heeft geleid tot de uitsluiting van CRGT van de aanbesteding.

57. Het Hof mag zich mijns inziens niet mengen in het debat – dat ik als een zuiver nationaal debat beschouw – over de vraag of de Italiaanse bestuurlijke of rechterlijke instanties de bepalingen van Legge nr. 266/2005 meer of minder ruim hebben uitgelegd. Wanneer, zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, de AVCP Legge nr. 266/2005 consequent aldus heeft uitgelegd dat de voorwaarde inzake de bijdrage ook geldt voor dienstenovereenkomsten, en dit standpunt is bevestigd door de Consiglio di Stato (Italiaanse raad van state) als rechterlijke instantie die het laatste woord heeft over kwesties van nationaal recht, dan is dat de uitlegging die moet worden gevolgd.

20 — Behalve de reeds aangehaalde arresten Cartiera del'Adda (C-42/13, EU:C:2014:2345) en Commissie/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, EU:C:2004:236) moeten onder meer ook de volgende arresten worden vermeld: SIAC Construction (C-19/00, EU:C:2001:553), La Cascina (C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94), Manova (C-336/12, EU:C:13:647), en eVigilo (C-538/13, EU:C:2015:166).

21 — Punt 66.

58. Deze overwegingen gelden ook voor het gevolg dat aan niet-betaling van de bijdrage is verbonden, namelijk uitsluiting van de procedure. Ook hier – steeds volgens de gegevens in het dossier – hebben zowel de AVCP als de rechterlijke instanties die die uitlegging hebben onderschreven, geoordeeld dat niet-nakoming van de verplichting tot betaling van die bijdrage, die is vastgelegd in dwingende bepalingen maar niet in het bestek, onvermijdelijk leidt tot uitsluiting van de aanbesteding.

59. Alles wijst erop dat de uitlegging volgens welke de toepassing van artikel 1, leden 65 en 67, van Legge nr. 266/2005 op overeenkomsten voor diensten rechtmatig is, haar oorsprong vindt in een opvatting die de bevoegde overheidsinstantie, de AVCP, minstens sinds 2008 huldigt. Die uitlegging is kennelijk bevestigd door de hoogste nationale bestuursrechter in een rechtspraak waarvan in deze procedure niet is aangegeven wanneer die precies is ontstaan. Hoe dan ook kan ervan worden uitgegaan dat het gaat om een vaste praktijk van de AVCP, die zij toepast in alle procedures tot aanbesteding van overeenkomsten voor diensten (de Italiaanse regering noemt inderdaad verschillende besluiten die de AVCP in opeenvolgende jaren in die zin heeft genomen). Bijgevolg en ten slotte moet ook worden aangenomen dat de uitgesloten onderneming waarom het in het hoofdgeding gaat (CRGT), die de aan te besteden dienst voordien had beheerd, die praktijk kende of kon kennen.

60. Onder dit voorbehoud kan derhalve worden gesproken van een uitsluitingsgrond waarvan niet uitdrukkelijk melding wordt gemaakt in de aankondiging van de opdracht en het bestek, maar die in het leven is geroepen door de vaste, door de rechterlijke instanties bekrachtigde uitlegging van een wettelijke bepaling. Volgens de uitlegging door de AVCP, zoals door de rechterlijke instanties bevestigd, kunnen offertes die worden ingediend zonder dat de bijdrage is betaald, niet worden aanvaard.

61. Ik geef toe dat de betrokken voorwaarde in theorie kan worden aangemerkt als een voorwaarde die moeilijk te achterhalen is, zodat zij zich in beginsel niet verdraagt met de rechtspraak van het Hof op dit gebied. Mijns inziens kan deze voorwaarde echter anders worden benaderd door uit te gaan van het criterium van de minimaal zorgvuldige en geïnformeerde inschrijver – hoewel het Hof daarvoor misschien niet in de beste positie verkeert, zoals ik hierna uiteenzet.

62. Alleen de verwijzende rechterlijke instantie kan namelijk beoordelen of in de concrete omstandigheden van het geval de uitgesloten inschrijver niet onbekend kon zijn met de uitlegging van Legge nr. 266/2005 en de bij deze soort aanbestedingen gevolgde praktijk – die een vaste praktijk is geworden doordat zij consequent wordt toegepast door de overheid – volgens welke de bijdrage aan de AVCP ook verschuldigd is wanneer het om overeenkomsten voor diensten gaat. Bij het beslechten van het geschil kan het zinvol zijn voor de verwijzende rechter om na te gaan of de uitgesloten inschrijver heeft deelgenomen aan andere aanbestedingen met dezelfde kenmerken waarbij er op basis van de door de AVCP gegeven uitlegging van Legge nr. 266/2005 van werd uitgegaan dat aan de betwiste voorwaarde moest worden voldaan.

63. Al met al staat het aan de verwijzende rechterlijke instantie om uit te maken of de praktijk van de AVCP en de rechtspraak van de Consiglio di Stato voldoende bekend zijn onder de ondernemingen die inschrijven op openbare aanbestedingen om te kunnen besluiten dat een zorgvuldige en geïnformeerde inschrijver er niet onwetend van kon zijn.

64. Deze laatste overweging leidt tot een andere die mijns inziens relevant is uit het oogpunt van het beginsel van gelijke behandeling, namelijk dat als wordt vastgesteld dat het merendeel van de inschrijvers concreet op de hoogte is van de praktijk van de AVCP en de litigieuze bijdrage dus zoals voorgeschreven betaalt, er sprake zou zijn van discriminatie wanneer een bepaalde inschrijver van die verplichting zou worden vrijgesteld.

65. Zoals de Commissie heeft betoogd [22], kan een voorwaarde als thans aan de orde zonder twijfel bijzonder nadelig uitvallen voor inschrijvers die in andere lidstaten zijn gevestigd, wier kennis van het nationale recht en van de authentieke uitlegging ervan mogelijkerwijs niet van hetzelfde niveau is als dat van de nationale inschrijvers. Met het criterium van de redelijk geïnformeerde en normaal voorzichtige inschrijver – de sleutel tot de oplossing die ik naar voren schuif – kan dit bezwaar echter worden gepareerd, aangezien de mate waarin een inschrijver wordt geacht geïnformeerd te zijn en de mate van zorgvuldigheid die van hem wordt verlangd, per geval moeten worden aangepast aan de kenmerken van de concrete inschrijver, zodat in het onderhavige geding het feit dat een buitenlandse inschrijver onbekend is met de betrokken voorwaarde, verschoonbaar kan zijn, terwijl dat voor CRGT niet het geval is.

66. Blijft tot slot nog de vraag of niet-nakoming van de verplichting om de in Legge nr. 266/2005 bedoelde bijdrage te betalen, kan worden verholpen. Dienaangaande ben ik met de Commissie van mening dat als de verwijzende rechter oordeelt dat het verschoonbaar is dat een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver niet op de hoogte was van die verplichting, de aanbestedende dienst hem voldoende tijd moet geven om zijn tekortkoming alsnog te verhelpen. Dit vloeit a contrario voort uit de rechtspraak van het Hof volgens welke de aanbestedende dienst niet „elke rectificatie kan toestaan voor omissies die volgens de uitdrukkelijke bepalingen van de aanbestedingsdocumenten moeten leiden tot uitsluiting van de inschrijver”. [23] Dit is precies het geval wanneer het gaat om de niet-nakoming van een verplichting die niet kan worden afgeleid uit „de uitdrukkelijke bepalingen van [die documenten]”.

67. Alles bij elkaar genomen verzet het recht van de Unie zich niet tegen een nationale regeling op grond waarvan een inschrijver van een openbare aanbestedingsprocedure kan worden uitgesloten omdat hij niet heeft voldaan aan een verplichting van fiscale aard die weliswaar niet uitdrukkelijk is opgenomen in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, maar wordt opgelegd op basis van de vaste uitlegging van de toepasselijke nationale wet door de overheid, die door de rechterlijke instanties is bevestigd, mits een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver niet onbekend kan zijn met die uitlegging. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of dat zo is. Indien wordt erkend dat het feit dat een ondernemer niet op de hoogte is van deze verplichting, verschoonbaar is, dan moet de aanbestedende dienst de uitgesloten inschrijver voldoende tijd geven om zijn verplichting alsnog na te komen.

VI – Conclusie

68. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan op het gebied van diensten onder de gestelde voorwaarden een gedeeltelijk beroep op de capaciteiten van andere ondernemingen kan worden gedaan.

2) De beginselen van het Unierecht, in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel, verzetten zich niet tegen een nationale regeling op grond waarvan een inschrijver van een openbare aanbestedingsprocedure kan worden uitgesloten omdat hij niet heeft voldaan aan een verplichting van fiscale aard die weliswaar niet uitdrukkelijk is opgenomen in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, maar wordt opgelegd op basis van de vaste

22 — Punt 38, in fine, van haar opmerkingen.

23 — Zaak Cartiera del'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 46.

uitlegging van de toepasselijke nationale wet door de overheid, die door de rechterlijke instanties is bevestigd, mits een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver niet onbekend kan zijn met die uitlegging. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of dat zo is. Indien wordt erkend dat het feit dat een ondernemer niet op de hoogte is van deze verplichting, verschoonbaar is, dan moet de aanbestedende dienst de uitgesloten inschrijver voldoende tijd geven om zijn verplichting alsnog na te komen."