ARREST VAN HET HOF (Negende kamer)

3 juni 2021 *

„Prejudiciële verwijzing – Plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten, leveringen en werken – Richtlijn 2014/24/EU – Verloop van de procedure – Keuze uit de deelnemers en gunning van de opdrachten – Artikel 63 – Inschrijver die een beroep doet op de draagkracht van een andere entiteit om te voldoen aan de vereisten van de aanbestedende dienst – Artikel 57, leden 4, 6 en 7 – Valse verklaringen van die entiteit – Uitsluiting van de inschrijver zonder hem te verplichten of toe te staan die entiteit te vervangen – Evenredigheidsbeginsel”

In zaak C-210/20,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) bij beslissing van 20 februari 2020, ingekomen bij het Hof op 30 maart 2020, in de procedure

Rad Service Srl Unipersonale,

Cosmo Ambiente Srl,

Cosmo Scavi Srl

tegen

Del Debbio SpA,

Gruppo Sei Srl,

Ciclat Val di Cecina Soc. Coop.,

Daf Costruzioni Stradali Srl,

in tegenwoordigheid van:

Azienda Unità Sanitaria Locale USL Toscana Centro,

wijst

HET HOF (Negende kamer),

samengesteld als volgt: N. Piçarra, kamerpresident, D. Šváby (rapporteur) en S. Rodin, rechters,

* Procestaal: Italiaans.

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl en Ciclat Val di Cecina Soc. Coop., vertegenwoordigd door A. Manzi en F. Bertini, avvocati,

– de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli en S. L. Vitale, avvocati dello Stato,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara, P. Ondrůšek en K. Talabér-Ritz 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 de artikelen 49 en 56 VWEU en artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, Rad Service Srl Unipersonale, Cosmo Ambiente Srl en Cosmo Scavi Srl, als leden van het consortium Rad Service (hierna: „consortium Rad Service"), en, anderzijds, Del Debbio SpA, Gruppo Sei Srl en Ciclat Val di Cecina Soc. Coop. (hierna: „consortium Del Debbio") en een consortium bestaande uit DAF Costruzioni Stradali Srl, GARC SpA en Edil Moter Srl (hierna: „consortium Daf") over het besluit van de Azienda Unità Sanitaria Locale Toscana Centro (lokale gezondheidsdienst van Centraal-Toscane, Italië) om het consortium Del Debbio uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure voor werken.

Toepasselijke bepalingen

Richtlijn 2014/24

3 De overwegingen 84, 101 en 102 van richtlijn 2014/24 luiden als volgt:

„(84) Veel ondernemingen, niet in de laatste plaats mkb's, zijn van mening dat de deelname aan aanbestedingen vooral belemmerd wordt door de administratieve belasting die voortvloeit uit de verplichting een aanzienlijk aantal certificaten of andere documenten in verband met uitsluitings- en selectiecriteria over te leggen. Het beperken van zulke verplichtingen, bijvoorbeeld door het gebruik van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA),

bestaande uit een geactualiseerde eigen verklaring, toe te staan, kan de administratieve belasting aanzienlijk vereenvoudigen, ten gunste van de aanbestedende diensten en de ondernemers.

De inschrijver aan wie de opdracht zal worden gegund, moet echter het nodige bewijs kunnen leveren, zo niet mag de aanbestedende dienst niet overgaan tot sluiting van het contract. De aanbestedende dienst moet ook het recht hebben alle of een deel van de aanvullende stukken op te vragen, wanneer hij dit nodig acht voor een goed verloop van de procedure. Dit kan met name het geval zijn bij procedures in twee fasen – niet-openbare procedures, mededingingsprocedures met onderhandeling, concurrentiegerichte dialogen en innovatiepartnerschappen – waarbij de aanbestedende diensten gebruikmaken van de mogelijkheid tot beperking van het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd om een inschrijving in te dienen. De eis tot indiening van de aanvullende stukken op het moment van de selectie van de uit te nodigen gegadigden, kan gerechtvaardigd zijn om te voorkomen dat aanbestedende diensten gegadigden uitnodigen die later niet in staat blijken de aanvullende stukken in de gunningsfase [over te leggen], waardoor gegadigden die voor het overige aan de eisen voldoen, van deelneming worden uitgesloten.

Er moet uitdrukkelijk worden bepaald dat het UEA ook de nodige informatie moet bevatten over de entiteiten op wier draagkracht een ondernemer zich beroept, opdat de informatie over die entiteiten tegelijkertijd en onder dezelfde voorwaarden kan worden gecontroleerd als die over de ondernemer.

[...]

(101) De aanbestedende diensten moet verder de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten, of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten. Verduidelijkt moet worden dat een ernstige beroepsfout de integriteit van de ondernemer kan aantasten en ertoe kan leiden dat hij niet meer in aanmerking komt voor het plaatsen van een overheidsopdracht, ook al beschikt hij over de technische bekwaamheid en de economische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

Rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing, moet hij tevens naar eigen inzicht kunnen blijven [oordelen dat] er sprake is van een ernstige beroepsfout, ingeval hij, voordat bij definitief, bindend besluit [wordt] vastgesteld dat er verplichte uitsluitingsgronden voorhanden zijn, met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer zijn verplichtingen heeft geschonden, waaronder de verplichtingen in verband met de betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen, tenzij in het nationale recht anders is bepaald. Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer. In het nationaal recht moet in een maximumtermijn voor dergelijke uitsluitingen voorzien worden.

Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.

(102) Wel moeten ondernemers de mogelijkheid krijgen om maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend voorkomen. Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslagleggings- en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving, en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding. Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten. De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, getoetst worden. Het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, dient aan de lidstaten te worden overgelaten. Het moet de lidstaten meer bepaald vrijstaan te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten [toestaan] de desbetreffende evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen."

4 Artikel 18 van deze richtlijn heeft als opschrift „Aanbestedingsbeginselen" en bepaalt in lid 1, eerste alinea:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze."

5 Artikel 57 van die richtlijn heeft als opschrift „Uitsluitingsgronden" en bepaalt in de leden 4 tot en met 7:

„4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan een van de volgende voorwaarden:

[...]

c) wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

[...]

h) wanneer de ondernemer zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of de naleving van de selectiecriteria, of die informatie heeft achtergehouden, of niet in staat was de ondersteunende documenten die vereist zijn op grond van artikel 59 over te leggen, of

i) wanneer de ondernemer [...] nalatig misleidende informatie [heeft verstrekt] die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en plaatsing.

[...]

5. [...]

Aanbestedende diensten kunnen op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of door lidstaten worden verplicht dat te doen, wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in lid 4.

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die [hij] heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

Een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies mag gedurende de duur van de uitsluiting als gevolg van dat vonnis geen gebruik [...] maken van de in dit lid geboden mogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is.

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis in de gevallen bedoeld in lid 1, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4.”

6 Artikel 59 van diezelfde richtlijn heeft als opschrift „Uniform Europees Aanbestedingsdocument” en bepaalt:

„1. Op het ogenblik van de indiening van de verzoeken tot deelname of de inschrijvingen, aanvaarden de aanbestedende diensten – als voorlopig bewijs ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven certificaten die bevestigen dat de betrokken ondernemer aan alle volgende voorwaarden voldoet – het [UEA], bestaande uit een bijgewerkte eigen verklaring:

a) hij bevindt zich niet in een van de situaties als bedoeld in artikel 57, waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten;

b) hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 58;

c) hij voldoet, indien van toepassing, aan de objectieve regels en criteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 65.

Indien de ondernemer overeenkomstig artikel 63 een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten bevat het UEA ook de in de eerste alinea van dit lid genoemde gegevens ten aanzien van die entiteiten.

Het UEA bestaat uit een formele verklaring van de ondernemer dat de betrokken grond tot uitsluiting niet van toepassing is en/of dat aan het selectiecriterium is voldaan en bevat de relevante informatie die door de aanbestedende dienst wordt verlangd. Voorts vermeldt het UEA welke overheidsinstantie of derde verantwoordelijk is voor het vaststellen van de bewijsstukken en bevat [het] een formele verklaring dat de ondernemer in staat zal zijn om op verzoek en onverwijld die bewijsstukken te leveren.

Indien de aanbestedende dienst het bewijsstuk rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een databank conform lid 5, bevat het UEA ook de daartoe vereiste informatie, zoals het internetadres van de databank, alle identificatiegegevens en, in voorkomend geval, de benodigde verklaring van instemming.

[...]

4. Een aanbestedende dienst kan inschrijvers en gegadigden tijdens de procedure te allen tijde verzoeken de vereiste ondersteunende documenten geheel of gedeeltelijk in te dienen wanneer dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure.

Vóór de gunning van de opdracht verzoekt de aanbestedende dienst, behalve voor opdrachten die zijn gebaseerd op overeenkomstig artikel 33, lid 3, of artikel 33, lid 4, onder a), gesloten raamovereenkomsten, de inschrijver [aan wie] zij heeft besloten de opdracht te gunnen de actuele ondersteunende documenten overeenkomstig artikel 60 en, in voorkomend geval, artikel 62 over te leggen. De aanbestedende dienst kan ondernemers verzoeken de overeenkomstig de artikelen 60 en 62 ontvangen certificaten aan te vullen of te verduidelijken.

5. Niettegenstaande lid 4 zijn de ondernemers niet verplicht ondersteunende documenten of andere bewijsstukken over te leggen indien en voor zover de aanbestedende dienst de certificaten of de relevante informatie rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een gratis

toegankelijke nationale databank in elke lidstaat, zoals een nationaal aanbestedingsregister, een digitaal bedrijfsdossier, een systeem voor digitale documentopslag of een voorselectiesysteem.

[...]"

7 Artikel 60 van richtlijn 2014/24 draagt het opschrift „[Bewijs]" en luidt:

„1. Aanbestedende diensten kunnen verlangen dat de certificaten, verklaringen en andere bewijsstukken bedoeld in de leden 2, 3 en 4 van dit artikel en bijlage XII worden voorgelegd om aan te tonen dat gronden voor uitsluiting als bedoeld in artikel 57 ontbreken en dat de selectiecriteria overeenkomstig artikel 58 zijn vervuld.

Aanbestedende diensten verlangen geen andere [bewijsstukken] dan die bedoeld in dit artikel en in artikel 62. In verband met artikel 63 kunnen ondernemers gebruikmaken van alle passende middelen om ten aanzien van de aanbestedende dienst te bewijzen dat zij de nodige middelen tot hun beschikking zullen hebben.

2. Als voldoende bewijs dat de ondernemer niet verkeert in een van de in artikel 57 bedoelde situaties, wordt door de aanbestedende diensten aanvaard:

a) voor lid 1 van dat artikel, een uittreksel uit het desbetreffende register, bijvoorbeeld gerechtelijke documenten of, bij gebreke daarvan, een gelijkwaardig document dat is afgegeven door een bevoegde rechterlijke of administratieve instantie van de lidstaat of het land van oorsprong of het land waar de ondernemer is gevestigd, waaruit blijkt dat aan de betrokken eisen is voldaan;

b) voor [lid 2 en lid 4], onder b), van dat artikel, een door de bevoegde instantie van de betrokken lidstaat of het betrokken land afgegeven getuigschrift.

[...]"

8 Artikel 63 van die richtlijn, met als opschrift „Beroep op de draagkracht van andere entiteiten", luidt als volgt:

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

De aanbestedende dienst gaat overeenkomstig de artikelen 59, 60 en 61 na of de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen [en of] er redenen zijn voor uitsluiting volgens artikel 57. De aanbestedende dienst eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan een betrokken selectiecriterium, of waartegen dwingende gronden

tot uitsluiting bestaan, vervangt. De aanbestedende dienst kan eisen, of kan door de lidstaat worden opgelegd te eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, vervangt.

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.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 19, lid 2, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.

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."

Italiaans recht

9 Artikel 32 van decreto legislativo n. 50 – Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 betreffende het wetboek overheidsopdrachten) van 18 april 2016 (gewoon supplement bij GURI nr. 91 van 19 april 2016; hierna: „wetboek overheidsopdrachten") bepaalt in lid 7:

„De gunning wordt definitief nadat is nagegaan dat aan de criteria is voldaan."

10 Artikel 80 van het wetboek overheidsopdrachten bepaalt in lid 5, onder f-bis):

„Een ondernemer die zich in een van de hiernavolgende situaties bevindt, ook indien het een van zijn onderaannemers betreft in de in artikel 105, lid 6, bedoelde gevallen, wordt door de aanbestedende dienst van deelname aan de aanbestedingsprocedure uitgesloten: [...] f-bis) de ondernemer die gebruikmaakt van de draagkracht van andere entiteiten, verstrekt in een lopende aanbestedingsprocedure op onwaarheden berustende documenten of verklaringen".

11 Artikel 89 van dit wetboek luidt als volgt:

„1. [...]

De ondernemer die een beroep wil doen op de draagkracht van andere entiteiten, voegt [...] een door [de nevenonderneming] ondertekende verklaring bij dat zij voldoet aan de algemene eisen van artikel 80 en aan de technische eisen en dat zij beschikt over de middelen waarop de ondernemer een beroep wil doen. De ondernemer verstrekt de aanbestedende dienst bewijs dat hij over de noodzakelijke middelen zal beschikken door een door de nevenonderneming ondertekende verklaring over te leggen waarin deze onderneming zich er jegens de inschrijver en de aanbestedende dienst toe verbindt om de noodzakelijke middelen waaraan het de inschrijver ontbreekt, voor de gehele duur van de opdracht ter beschikking te stellen. In geval van valse verklaringen sluit de aanbestedende dienst de inschrijver van de procedure uit en maakt hij de zekerheid te gelde, onverminderd de toepassing van artikel 80, lid 12, op de ondertekenaars van die verklaringen. [...]

3. De aanbestedende dienst gaat overeenkomstig de artikelen 85, 86 en 88 na of de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer een beroep wil doen, voldoen aan de relevante selectiecriteria en of er gronden voor uitsluiting in de zin van artikel 80 bestaan. De aanbestedende dienst verplicht de ondernemer de entiteiten te vervangen die niet aan een van de relevante selectiecriteria voldoen of waartegen dwingende gronden voor uitsluiting bestaan. In de aankondiging van de opdracht kan eveneens worden vermeld in welke gevallen de ondernemer een entiteit moet vervangen waartegen niet-verplichte gronden voor uitsluiting bestaan, mits dit technische vereisten betreft."

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

12 Bij aankondiging van 3 januari 2018 heeft de lokale gezondheidsdienst van Centraal-Toscane een procedure uitgeschreven voor de gunning van werkzaamheden voor de selectieve en mechanische sloop van de gebouwen van het voormalige ziekenhuis Misericordia e Dolce te Prato (Italië) voor een basisbedrag van 5 673 030,73 EUR.

13 Het consortium Del Debbio heeft bij de indiening van zijn offerte te kennen gegeven een beroep te zullen doen op de technische en beroepsbekwaamheden van een nevenonderneming.

14 De aanbestedende dienst heeft het consortium Daf en het consortium Del Debbio, die in de voorlopige rangschikking op de eerste en de tweede plaats stonden, van de procedure uitgesloten. Hierdoor is het consortium Rad Service op de eerste plaats terechtgekomen.

15 Het consortium Del Debbio werd uitgesloten omdat in de verklaring van de nevenonderneming niets was vermeld over een *patteggiamento*, dat wil zeggen een vonnis van 14 juni 2013 dat op 11 september 2013 in kracht van gewijsde was gegaan en waarbij aan de eigenaar van de onderneming, die tevens de wettelijke vertegenwoordiger ervan was, een tussen partijen overeengekomen straf werd opgelegd. In het Italiaanse recht wordt een *patteggiamento* in omstandigheden als die in het hoofdgeding uitdrukkelijk gelijkgesteld aan een strafrechtelijke veroordeling voor het onopzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel in strijd met de voorschriften op het gebied van bescherming van de gezondheid en de veiligheid op de werkplek.

16 De aanbestedende dienst meende dat de nevenonderneming een valse verklaring had afgelegd over de in het UEA gestelde vraag of zij ernstige beroepsfouten had gemaakt als bedoeld in artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten. Het consortium Del Debbio moest volgens de aanbestedende dienst dan ook automatisch van de procedure worden uitgesloten, zoals voorgeschreven door artikel 80, lid 5, onder f-bis), en artikel 89, lid 1, van dit wetboek.

17 De Tribunale amministrativo regionale per la Toscana (bestuursrechter in eerste aanleg Toscane, Italië) heeft de uitsluiting van het consortium Del Debbio en het consortium Daf bij twee vonnissen nietig verklaard, waarna het consortium RAD Service deze vonnissen heeft aangevochten bij de verwijzende rechter – de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië).

18 Die rechterlijke instantie is van oordeel dat wanneer de wettelijke vertegenwoordiger van een nevenonderneming in een aanbestedingsprocedure een valse verklaring overlegt, de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 89, lid 1, vierde alinea, van het wetboek overheidsopdrachten automatisch verplicht is om de inschrijver die een beroep doet op de

draagkracht van die onderneming uit te sluiten, zonder dat de inschrijver die onderneming nog kan vervangen. De herstelprocedure van artikel 89, lid 3, van dit wetboek vindt bijgevolg geen toepassing, en de ondernemer kan de nevenonderneming dus ook niet vervangen.

19 De verwijzende rechter betwijfelt echter of deze bepaling wel verenigbaar is met de beginselen en de voorschriften van artikel 63 van richtlijn 2014/24 en met de artikelen 49 en 56 VWEU. Artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 wil immers onder meer garanderen dat de diensten worden verricht door voldoende vakkundige en betrouwbare ondernemers, en verplicht de aanbestedende dienst dan ook om akkoord te gaan met de vervanging van een nevenonderneming die niet aan de criteria voldoet of waartegen een uitsluitingsgrond bestaat.

20 Door te bepalen dat de inschrijver automatisch wordt uitgesloten indien de onderneming op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, valse verklaringen aflegt, verbiedt artikel 89, lid 1, vierde alinea, van het wetboek overheidsopdrachten echter dat de nevenonderneming wordt vervangen en dus dat de hersteloplossing wordt toegepast die lid 3 van die bepaling nochtans biedt voor alle andere dwingende uitsluitingsgronden.

21 Artikel 63 van richtlijn 2014/24 voorziet evenwel niet in onderscheiden regelingen en verlangt dat de nevenonderneming wordt vervangen telkens wanneer er tegen haar een dwingende uitsluitingsgrond van welke aard ook bestaat.

22 Voorts heeft een inschrijver volgens die rechter niet de mogelijkheid om de authenticiteit en waarachtigheid te controleren van de verklaringen van de ondernemingen op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, en moet hij dus afgaan op de verklaringen en de documenten die zij overleggen. Het consortium Del Debbio stelt trouwens dat het in casu onmogelijk kennis kon hebben van de strafrechtelijke veroordeling van de eigenaar van de nevenonderneming, aangezien daarover niets stond vermeld op het uittreksel uit het strafregister dat door andere particuliere entiteiten dan de betrokkene zelf kan worden geraadpleegd.

23 Tot slot moeten beperkingen die op nationaal niveau mogelijkerwijs worden gesteld aan de uitoefening van het recht van de inschrijver om een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, volgens de verwijzende rechter strikt worden beoordeeld, in het licht van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie.

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

„Verzet artikel 63 van richtlijn [2014/24], samen met de beginselen van vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening in de artikelen 49 en 56 [VWEU], zich tegen de toepassing van de Italiaanse regeling betreffende beroep op de draagkracht van andere lichamen en uitsluiting van de gunningsprocedure van artikel 89, lid 1, vierde alinea, van [het wetboek overheidsopdrachten], volgens welke de aanbestedende dienst de aan de aanbesteding deelnemende ondernemer altijd moet uitsluiten indien een nevenonderneming onjuiste verklaringen heeft afgelegd over het bestaan van in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen waarmee eventueel kan worden aangetoond dat een ernstige beroepsfout is begaan, zonder van hem te eisen of hem toe te staan dat ter vervanging van deze nevenonderneming een andere geschikte nevenonderneming wordt aangewezen, zoals daarentegen wel is vastgesteld voor andere gevallen waarin de entiteiten op de draagkracht waarvan de ondernemer zich wil beroepen niet voldoen aan een relevant selectiecriterium of waarin dwingende gronden voor uitsluiting bestaan?”

25 Voorts heeft de verwijzende rechter verzocht de zaak te behandelen volgens de versnelde procedure als bedoeld in artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. De onderhavige zaak stelt volgens hem immers een principiële vraag aan de orde en betreft de uitvoering van dringende werkzaamheden aan ziekenhuisgebouwen, die best niet worden uitgesteld of opgeschort en die een aanzienlijke waarde vertegenwoordigen. Bovendien is de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale bepaling vaak voorwerp van geschil.

26 Dit verzoek om een versnelde procedure is bij beslissing van de president van het Hof van 7 juli 2020 afgewezen.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

27 Om te beginnen moet erop worden gewezen dat de prejudiciële vraag suggereert dat een nationale regeling waarbij een inschrijver automatisch wordt uitgesloten wanneer foute informatie wordt verstrekt door een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, in strijd kan zijn met het non-discriminatiebeginsel, aangezien die entiteit wel mag worden vervangen wanneer zij niet voldoet aan een relevant selectiecriterium of er tegen haar dwingende gronden voor uitsluiting bestaan.

28 De lidstaten hebben echter een bepaalde beoordelingsbevoegdheid bij het vaststellen van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 (zie in die zin arresten van 10 juli 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 36; 28 maart 2019, Idi, C-101/18, EU:C:2019:267, punt 45, en 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 34). Volgens artikel 57, leden 4 en 7, van richtlijn 2014/24 beschikken de lidstaten immers over de mogelijkheid om de daarin genoemde facultatieve uitsluitingsgronden niet toe te passen of om deze in de nationale regeling op te nemen met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau heersende juridische, economische of sociale overwegingen.

29 Derhalve moet de prejudiciële vraag worden geherformuleerd en moet worden aangenomen dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of artikel 63 van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 4, onder h), en lid 6, ervan en in het licht van het evenredigheidsbeginsel, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een aanbestedende dienst een inschrijver automatisch van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht moet uitsluiten wanneer een nevenonderneming op de draagkracht waarvan die inschrijver een beroep wil doen, een valse verklaring heeft verstrekt over het bestaan van in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen, zonder de inschrijver in dat geval te kunnen verplichten of op zijn minst te kunnen toestaan die entiteit te vervangen, in tegenstelling tot wat is voorgeschreven voor andere gevallen waarin entiteiten op de draagkracht waarvan de inschrijver een beroep doet, niet aan een relevant selectiecriterium voldoen of er tegen die entiteiten dwingende uitsluitingsgronden bestaan.

30 In dit verband zij eraan herinnerd dat een ondernemer volgens artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 het recht heeft om voor een bepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten, om te voldoen aan de in artikel 58, lid 3, van die richtlijn bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, ervan bedoelde criteria inzake technische en beroepsbekwaamheid (zie in die zin arresten van 10 oktober 2013, Swm

Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punten 29 en 33; 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punten 33, 35, 39, 49 en 51, en 2 juni 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 25).

31 De ondernemer die van dit recht wil gebruikmaken dient volgens artikel 59, lid 1, tweede en derde alinea, van richtlijn 2014/24 juncto overweging 84, derde alinea, ervan de aanbestedende dienst bij de indiening van zijn verzoek tot deelname of van zijn offerte een UEA over te leggen waarmee hij verklaart dat zowel hijzelf als de entiteiten op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, niet verkeren in een van de in artikel 57 ervan bedoelde situaties, waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten.

32 Het staat dan volgens artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 aan de aanbestedende dienst om te verifiëren of de entiteiten op de draagkracht waarvan de ondernemer een beroep wil doen, overeenkomstig de artikelen 59 tot en met 61 van deze richtlijn voldoen aan de toepasselijke selectiecriteria, en of er ten aanzien van de ondernemer zelf of die entiteiten uitsluitingsgronden bestaan als bedoeld in artikel 57 ervan.

33 Volgens artikel 63, lid 1, tweede alinea, derde volzin, van richtlijn 2014/24 kan de aanbestedende dienst eisen of door de lidstaat waaronder hij valt, worden verplicht te eisen dat de betrokken ondernemer de entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen maar waartegen er niet-verplichte uitsluitingsgronden bestaan, vervangt. Uit deze bewoordingen blijkt dus duidelijk dat de lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende dienst in dat geval verplicht is om van de ondernemer vervanging te eisen, maar de aanbestedende dienst niet de mogelijkheid kunnen ontnemen om op eigen initiatief vervanging te eisen. De lidstaten kunnen van die mogelijkheid – voor de aanbestedende dienst om tot vervanging over te gaan – immers enkel een verplichting maken.

34 Deze uitlegging van artikel 63, lid 1, tweede alinea, derde volzin, van richtlijn 2014/24 helpt er bovendien voor te zorgen dat de aanbestedende diensten het evenredigheidsbeginsel naleven in overeenstemming met artikel 18, lid 1, van deze richtlijn. Volgens dit beginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, mogen de regels die door de lidstaten of aanbestedende diensten worden opgesteld om uitvoering te geven aan die richtlijn immers niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn (zie in die zin arresten van 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 48, en 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 45).

35 Ten eerste is het doel van artikel 57 van richtlijn 2014/24, net als bij artikel 63 ervan, om de aanbestedende dienst in staat te stellen zich ervan te vergewissen dat elk van de inschrijvers integer en betrouwbaar is, en dat er dus geen vertrouwensbreuk is met de betrokken ondernemer (zie in die zin arresten van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punt 29, en 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punt 26). In dit opzicht garandeert artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24, juncto overweging 102 ervan, elke ondernemer die in een van de situaties van de leden 1 en 4 van dit artikel verkeert principieel het recht om te bewijzen dat de door hem genomen maatregelen volstaan om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond.

36 In die omstandigheden veronderstelt artikel 63 van richtlijn 2014/24 dat de aanbestedende dienst – vóór hij van de inschrijver verlangt dat hij een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, vervangt omdat die in een van situaties van artikel 57, leden 1 en 4, ervan verkeert – die inschrijver en/of die entiteit de mogelijkheid geeft om aan te geven welke maatregelen de entiteit

eventueel heeft genomen om de vastgestelde onregelmatigheid te verhelpen en dus om aan te tonen dat zij opnieuw kan worden gezien als een betrouwbare entiteit (zie in die zin arrest van 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punt 37).

37 Het is dus enkel subsidiair, en indien de entiteit waartegen een uitsluitingsgrond wordt aangevoerd als bedoeld in artikel 57, leden 1 en 4, van richtlijn 2014/24 geen enkele herstelmaatregel heeft genomen of herstelmaatregelen heeft genomen die de aanbestedende dienst onvoldoende acht, dat deze van de inschrijver kan of – indien zijn nationale recht hem daartoe verplicht – moet eisen dat hij die entiteit vervangt.

38 Dienaangaande moet worden verduidelijkt dat een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies, zich volgens artikel 57, lid 6, vierde alinea, van richtlijn 2014/24 tijdens de in het vonnis bepaalde uitsluitingsduur in de lidstaten waar het vonnis van kracht is stellig niet mag beroepen op de herstelmaatregelen die hij naar aanleiding van dat vonnis heeft genomen en zich dus niet mag onttrekken aan de uitsluiting indien dat bewijs toereikend wordt geacht. Indien een entiteit op de draagkracht waarvan de inschrijver wil terugvallen, bij onherroepelijk vonnis wordt uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies, moet de aanbestedende dienst de inschrijver echter de mogelijkheid geven om die entiteit te vervangen.

39 Ten tweede blijkt ook uit overweging 101, derde alinea, van richtlijn 2014/24 dat de in punt 33 van dit arrest gegeven uitlegging van artikel 63, lid 1, tweede alinea, derde volzin, van deze richtlijn strookt met het evenredigheidsbeginsel. In de derde alinea van die overweging staat te lezen dat de aanbestedende diensten bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht moeten schenken aan dit beginsel. Deze aandacht moet nog groter zijn wanneer de uitsluiting waarin de nationale regeling voorziet, aan de inschrijver wordt opgelegd voor een schending die niet door hem is begaan maar door een entiteit van de draagkracht waarvan hij wil gebruikmaken en waarover hij geen controle heeft (zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 48).

40 Het evenredigheidsbeginsel vereist immers dat de aanbestedende dienst het gedrag van de betrokken entiteit concreet en individueel beoordeelt, op basis van alle relevante gegevens (zie naar analogie arresten van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punt 31, en 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punt 29). De aanbestedende dienst moet daarbij rekening houden met de middelen die de inschrijver te zijner beschikking had om na te gaan of er sprake was van een schending door de entiteit op de draagkracht waarvan hij wilde rekenen (zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 52).

41 Indien de verwijzende rechter de bewering van het consortium Del Debbio bevestigt dat het door particuliere entiteiten raadpleegbare uittreksel uit het strafregister niets vermeldde over de strafrechtelijke veroordeling van de bestuurder van de nevenonderneming op de draagkracht waarvan het een beroep wilde doen, zodat het Italiaanse recht het consortium niet de mogelijkheid bood om kennis te krijgen van die veroordeling, kan dit geen gebrek aan zorgvuldigheid worden verweten. Het zou in die omstandigheden dan ook in strijd zijn met het in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 uitgedrukte evenredigheidsbeginsel om te verhinderen dat de entiteit waartegen een uitsluitingsgrond bestaat, wordt vervangen.

42 Verder moet nog worden gepreciseerd dat de aanbestedende dienst, wanneer die door zijn nationale recht wordt verplicht om van een inschrijver te eisen dat hij een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, vervangt, er overeenkomstig de in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 vermelde beginselen van transparantie en gelijke behandeling voor moet zorgen dat die vervanging niet leidt tot een substantiële wijziging van de offerte van de inschrijver.

43 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 en dat de essentie zelf vormt van de Uniebepalingen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, betekent immers met name dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offerten voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst. Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting verzetten zich dan ook 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 arrest van 11 mei 2017, Archus en Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punten 25 en 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 Derhalve mag, net als bij een verzoek om een inschrijving toe te lichten, een verzoek van een aanbestedende dienst om een entiteit op de draagkracht waarvan een inschrijver een beroep wil doen, te vervangen, er niet toe leiden dat de inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient doordat de oorspronkelijke inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd (zie in die zin arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 40; 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 64, en 11 mei 2017, Archus en Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punten 31 en 37).

45 Gelet op de voorgaande overwegingen dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 63 van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 4, onder h), ervan en in het licht van het evenredigheidsbeginsel, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een aanbestedende dienst een inschrijver automatisch van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht moet uitsluiten wanneer een nevenonderneming op de draagkracht waarvan die inschrijver een beroep wil doen, een valse verklaring heeft verstrekt over het bestaan van in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen, zonder de inschrijver in dat geval te kunnen verplichten of op zijn minst te kunnen toestaan die entiteit te vervangen.

Kosten

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

Het Hof (Negende kamer) verklaart voor recht:

Artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van

richtlijn 2004/18/EG, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 4, onder h), van deze richtlijn en in het licht van het evenredigheidsbeginsel, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een aanbestedende dienst een inschrijver automatisch van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht moet uitsluiten wanneer een nevenonderneming op de draagkracht waarvan die inschrijver een beroep wil doen, een valse verklaring heeft verstrekt over het bestaan van in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen, zonder de inschrijver in dat geval te kunnen verplichten of op zijn minst te kunnen toestaan die entiteit te vervangen.

ondertekeningen