ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

14 januari 2016*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Economische en financiële draagkracht — Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid — Artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3 — Bestek dat de verplichting bevat voor een inschrijver om een samenwerkingsovereenkomst te sluiten dan wel een personenvennootschap op te richten met de entiteiten op wier draagkracht of bekwaamheden hij zich beroept”

In zaak C-234/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Augstākā tiesa (hoogste rechter van Letland) bij beslissing van 23 april 2014, ingekomen bij het Hof op 12 mei 2014, in de procedure

„Ostas celtnieks” SIA

tegen

Talsu novada pašvaldība,

Iepirkumu uzraudzības birojs,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano (rapporteur), vicepresident van het Hof, waarnemend voor de president van de Eerste kamer, F. Biltgen, E. Levits, M. Berger en S. Rodin, rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: I. Illéssy, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 16 april 2015,

gelet op de opmerkingen van:

— „Ostas celtnieks” SIA, vertegenwoordigd door J. Ešenvalds, advokāts,

— de Letse regering, vertegenwoordigd door I. Kalniņš en L. Skolmeistare als gemachtigden,

— de Griekse regering, vertegenwoordigd door K. Georgiadis en S. Lekkou als gemachtigden,

* Procestaal: Lets.

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

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 4 juni 2015,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen „Ostas celtnieks" SIA (hierna: „Ostas celtnieks") enerzijds en het Talsu novada pašvaldība (bestuur van het departement Talsi) en het Iepirkumu uzraudzības birojs (bureau voor toezicht op overheidsopdrachten) anderzijds over eisen die worden gesteld in het bestek van een aanbesteding van werkzaamheden.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Overweging 32 van richtlijn 2004/18 luidt als volgt:

„Om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten te bevorderen, moeten bepalingen over onderaanneming worden opgenomen."

4 In artikel 7 van richtlijn 2004/18 zijn de bedragen neergelegd vanaf welke de coördinatieregels voor de in de richtlijn voorgeschreven procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werkzaamheden, leveringen en diensten van toepassing zijn. Voor overheidsopdrachten voor werkzaamheden is het drempelbedrag in artikel 7, onder c), van deze richtlijn vastgesteld op 5 186 000 EUR.

5 Artikel 44 van de richtlijn bepaalt:

„1. Opdrachten worden gegund [...] nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de niet [...] uitgesloten ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52 [...].

2. De aanbestedende diensten kunnen minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig de artikelen 47 en 48 stellen waaraan de gegadigden en de inschrijvers moeten voldoen.

De in de artikelen 47 en 48 bedoelde inlichtingen en de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

[...]"

6 Artikel 47 van richtlijn 2004/18 draagt het kopje „Economische en financiële draagkracht” en bepaalt in lid 2:

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

7 Artikel 48 van deze richtlijn draagt het kopje „Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid” en bepaalt in lid 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.”

Lets recht

8 Blijkens het verzoek om een prejudiciële beslissing is in de artikelen 41 („Economische en financiële draagkracht”), lid 3, en 42 („Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid”), lid 3, van de Publisko iepirkumu likums, *Latvijas Vēstnesis*, 2006, nr. 65 (Letse wet inzake het plaatsen van overheidsopdrachten; hierna: „aanbestedingswet”), waarbij richtlijn 2004/18 in Lets recht is omgezet, bepaald dat een inschrijver zich kan beroepen op de draagkracht en de bekwaamheden van andere ondernemers, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die ondernemers, wanneer dat voor de uitvoering van een bepaalde opdracht noodzakelijk is. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door een verklaring van die ondernemers of een overeenkomst met hen over de uitvoering van de opdracht over te leggen.

9 De basisregels inzake samenwerkingsovereenkomsten staan in hoofdstuk 16 van het Letse burgerlijk wetboek, terwijl in titel IX van het Letse wetboek van koophandel de voorwaarden voor de oprichting en werking van een personenvennootschap worden genoemd.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

10 Zoals blijkt uit de aan het Hof overgelegde stukken, heeft het Bestuur van het departement Talsi in november 2011 een openbare aanbesteding voor werkzaamheden uitgeschreven met als doel de wegeninfrastructuur te verbeteren om de bereikbaarheid van de gemeente Talsi te verhogen (hierna: „aan de orde zijnde opdracht”).

11 Punt 9.5 van het bestek van de aanbesteding luidde als volgt:

„[...] indien een inschrijver zich beroept op de draagkracht of de bekwaamheden van andere ondernemers, dient hij aan te geven om welke ondernemers het gaat en aan te tonen dat hij over de noodzakelijke middelen zal kunnen beschikken. Indien wordt besloten de opdracht aan deze

inschrijver te gunnen, dient hij vóór de gunning met die ondernemers een samenwerkingsovereenkomst te sluiten en deze overeenkomst aan de aanbestedende dienst over te leggen. De samenwerkingsovereenkomst moet bevatten:

1) een clausule volgens welke elk van de deelnemers persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk is voor de uitvoering van de opdracht;

2) de vermelding wie de leidende ondernemer is, die gemachtigd is om het contract te ondertekenen en die de uitvoering van de opdracht zal leiden;

3) de beschrijving van het deel van de werkzaamheden dat door elk van de deelnemers zal worden uitgevoerd;

4) de hoeveelheid werk, uitgedrukt in een percentage, die door elk van de deelnemers zal worden uitgevoerd.

In plaats van voor een samenwerkingsovereenkomst kan ook worden gekozen voor de oprichting van een personenvennootschap."

12 Ostas celtnieks heeft bij het Bureau voor toezicht op overheidsopdrachten bezwaar gemaakt tegen met name punt 9.5 van het bestek. Bij besluit van 13 februari 2012 heeft het Bureau voor toezicht op overheidsopdrachten de argumenten die Ostas celtnieks had aangevoerd ter ondersteuning van haar bezwaren, evenwel ongegrond verklaard op de grond dat de aanbestedende dienst met dat punt legitiem had aangegeven op welke wijze de inschrijver diende aan te tonen dat hij beschikte over de noodzakelijke middelen om de aan de orde zijnde opdracht tot een goed einde te brengen.

13 Ostas celtnieks heeft tegen dat besluit beroep ingesteld bij de administratīvā rajona tiesa (lagere bestuursrechter), die bij uitspraak van 7 mei 2013 het beroep heeft toegewezen. In zijn uitspraak heeft deze rechter er met betrekking tot punt 9.5 van het bestek met name op gewezen dat noch uit de aanbestedingswet, noch uit richtlijn 2004/18 bleek dat de aanbestedende dienst van een inschrijver kan eisen dat hij een verbintenis overlegt tot sluiting van een samenwerkingsovereenkomst met de andere entiteiten op wier draagkracht of bekwaamheden hij zich beroept voor de uitvoering van de aan de orde zijnde opdracht, en van die inschrijver kan verlangen dat hij met die entiteiten een dergelijke overeenkomst sluit of een personenvennootschap opricht.

14 Tegen die uitspraak hebben het Bestuur van het departement Talsi en het Bureau voor toezicht op overheidsopdrachten cassatieberoep ingesteld bij de Augstākā tiesa. Ter ondersteuning van hun cassatieberoep stellen deze instanties met name dat de in punt 9.5 van het bestek gestelde eisen gerechtvaardigd zijn door het streven het risico te verminderen dat de aan de orde zijnde opdracht niet zal worden uitgevoerd.

15 De verwijzende rechter is in wezen van oordeel dat de aanbestedende dienst bij de gunning van een opdracht moet kunnen nagaan of de inschrijver in staat is om de opdracht uit te voeren. Hij vraagt zich evenwel af of de aanbestedende dienst krachtens richtlijn 2004/18 van inschrijvers kan verlangen dat zij een samenwerkingsovereenkomst sluiten of een vennootschap oprichten met de andere ondernemers op wier draagkracht of bekwaamheden zij zich beroepen in het kader van hun inschrijving, dan wel of inschrijvers vrij zijn om te kiezen op welke wijze zij ervoor zullen zorgen dat die andere ondernemers deelnemen aan de uitvoering van de opdracht.

16 Tegen deze achtergrond heeft de Augstākā tiesa de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet [richtlijn 2004/18] aldus worden uitgelegd dat zij zich niet ertegen verzet dat, ter beperking van het risico dat een opdracht niet zal worden uitgevoerd, in het bestek wordt voorgeschreven dat bij gunning van de opdracht aan een inschrijver die zich beroept op de draagkracht of de bekwaamheden van andere ondernemers, die inschrijver vóór de gunning met die ondernemers een samenwerkingsovereenkomst moet sluiten (die de in het bestek voorgeschreven bepalingen bevat) dan wel een personenvennootschap moet oprichten?"

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Opmerkingen vooraf

17 Om te beginnen moet erop worden gewezen dat, ervan uitgaande dat richtlijn 2004/18 van toepassing is in het hoofdgeding, de verwijzingsbeslissing geen gegevens bevat aan de hand waarvan kan worden nagegaan of de waarde van de aan de orde zijnde opdracht boven het toepasselijke drempelbedrag ligt dat in artikel 7, onder c), van die richtlijn is vastgesteld.

18 In antwoord op een vraag die het Hof tijdens de mondelinge behandeling heeft gesteld, heeft de Letse regering er wel op gewezen dat de aan de orde zijnde opdracht een opdracht voor werkzaamheden ter waarde van ongeveer 3 miljoen EUR was, dus een bedrag dat onder het toepasselijke drempelbedrag ligt.

19 Verder is het volgens deze regering zo dat de aanbestedingswet ook van toepassing is op opdrachten voor werkzaamheden als de aan de orde zijnde opdracht, waarmee een bedrag is gemoeid dat lager is dan het in richtlijn 2004/18 gehanteerde drempelbedrag.

20 Dienaangaande moet in herinnering worden geroepen dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat het gerechtvaardigd is dat het over de bevoegdheid beschikt om bepalingen van een Uniehandeling uit te leggen in situaties die niet binnen de werkingssfeer van de handeling vallen, indien deze bepalingen door het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk van toepassing zijn verklaard op dergelijke situaties, teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van deze situaties en situaties die binnen de werkingssfeer van de handeling vallen (arrest Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 Uit het voorgaande volgt dat, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten verificaties en teneinde de verwijzende rechter een voor de beslissing van het hoofdgeding nuttig antwoord te geven, de prejudiciële vraag moet worden behandeld.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

22 Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst een inschrijver die zich beroept op de draagkracht of de bekwaamheden van andere entiteiten, er bij een openbare aanbesteding toe kan verplichten vóór de gunning van de opdracht met die entiteiten een samenwerkingsovereenkomst te sluiten dan wel een personenvennootschap op te richten.

23 Ter beantwoording van die vraag moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof iedere ondernemer krachtens de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 het recht heeft om zich voor een bepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht of de bekwaamheden van

andere entiteiten, „ongeacht de [...] aard van zijn banden met die entiteiten", mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de inschrijver zal beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn (zie in die zin arrest Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punten 29 en 33).

24 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat deze uitlegging strookt met het doel overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, welk doel de betrokken richtlijnen niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven, maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten. Bovendien vergemakkelijkt de gegeven uitlegging de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot openbare aanbestedingen, wat ook beoogd wordt met richtlijn 2004/18, zoals deze in haar overweging 32 vermeldt (arrest Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25 Wanneer een onderneming, om tot een aanbestedingsprocedure te worden toegelaten, ten bewijze van haar financiële en economische draagkracht en haar technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid verwijst naar de draagkracht en de bekwaamheden van organen of ondernemingen waarmee zij rechtstreekse of indirecte banden heeft, dient zij, ongeacht de juridische aard van die banden, te bewijzen dat zij „daadwerkelijk" kan beschikken over de niet aan haarzelf toebehorende middelen van deze organen of ondernemingen die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn (zie in die zin arrest Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 In dit verband dient erop te worden gewezen dat overeenkomstig artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst moet nagaan of de inschrijver geschikt is om een bepaalde opdracht uit te voeren. Dit onderzoek moet de aanbestedende dienst met name de garantie geven dat de inschrijver tijdens de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk gebruik kan maken van de soorten middelen waarover hij stelt te beschikken (zie naar analogie arrest Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punt 28).

27 De artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 staan niet toe dat bij dat onderzoek wordt uitgegaan van een vermoeden dat een dergelijke inschrijver al dan niet over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen beschikt, en a fortiori niet dat bepaalde bewijsmiddelen bij voorbaat worden uitgesloten (zie naar analogie arrest Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punt 30).

28 De inschrijver is dus vrij om te kiezen welke juridische aard de banden hebben die hij wenst aan te knopen met de andere entiteiten op wier draagkracht of bekwaamheden hij zich beroept om een bepaalde opdracht uit te voeren, en om te kiezen op welke wijze die banden kunnen worden aangetoond.

29 Bovendien bepalen de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18, zoals de advocaat-generaal in punt 43 van zijn conclusie opmerkt, expliciet dat bijvoorbeeld de overlegging van de verbintenis van andere entiteiten om aan de inschrijver de middelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht ter beschikking te stellen, acceptabel bewijs is van het feit dat hij daadwerkelijk over die middelen zal beschikken. Zodoende sluiten die bepalingen op geen enkele wijze uit dat de inschrijver anderszins aantoont dat hij banden heeft met de andere entiteiten op wier draagkracht of bekwaamheden hij zich beroept om de opdracht waarvoor hij zich inschrijft tot een goed einde te brengen.

30 In het onderhavige geval verlangt het Bestuur van het departement Talsi in zijn hoedanigheid van aanbestedende dienst van een inschrijver, namelijk Ostas celtnieks, die zich op de draagkracht en de bekwaamheden van andere entiteiten beroept om de aan de orde zijnde opdracht uit te voeren, dat deze met die entiteiten een bepaalde soort juridische banden aanknoopt, zodat voor de aanbestedende dienst alleen met dergelijke specifieke banden kan worden aangetoond dat de inschrijver daadwerkelijk over de noodzakelijke middelen beschikt om die opdracht tot een goed einde te brengen.

31 Overeenkomstig punt 9.5 van het bestek verlangt de aanbestedende dienst van de inschrijver immers dat hij vóór de gunning van de overheidsopdracht met die entiteiten een samenwerkingsovereenkomst sluit dan wel een personenvennootschap opricht.

32 Punt 9.5 van het bestek kent dus slechts twee manieren waarop de inschrijver kan aantonen dat hij beschikt over de middelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de aan de orde zijnde opdracht, met als gevolg dat alle andere middelen ten bewijze van de juridische banden tussen die inschrijver en de entiteiten op wier draagkracht en bekwaamheden hij zich beroept, zijn uitgesloten.

33 Een voorschrift als dat van punt 9.5 van het bestek heeft dan ook zonder meer tot gevolg dat de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 zinledig worden.

34 Gelet op het voorgaande dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat de artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst een inschrijver die zich beroept op de draagkracht of de bekwaamheden van andere entiteiten, er middels het aanbestedingsbestek toe kan verplichten vóór de gunning van de opdracht met die entiteiten een samenwerkingsovereenkomst te sluiten dan wel een personenvennootschap op te richten.

Kosten

35 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 (Eerste kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 47, lid 2, en 48, lid 3, 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 ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst een inschrijver die zich beroept op de draagkracht of de bekwaamheden van andere entiteiten, er middels het aanbestedingsbestek toe kan verplichten vóór de gunning van de opdracht met die entiteiten een samenwerkingsovereenkomst te sluiten dan wel een personenvennootschap op te richten.

ondertekeningen