



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

13 juli 2017*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2004/18/EG – Artikel 47, leden 1, 4 en 5 – Economische en financiële draagkracht van de inschrijver – Richtlijnen 89/665/EEG en 2007/66/EG – Beroep in rechte tegen een besluit om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 47 – Recht op een doeltreffende voorziening in rechte”

In zaak C-76/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Najvyšší súd Slovenskej republiky (hoogste rechter van de Slowaakse Republiek) bij beslissing van 28 januari 2016, ingekomen bij het Hof op 11 februari 2016, in de procedure

Ingsteel spol. s r. o.,

Metrostav a.s.

tegen

Úrad pre verejné obstarávanie,

in tegenwoordigheid van:

Slovenský futbalový zväz,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: M. Ilešič, kamerpresident, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader (rapporteur) en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– de Slowaakse regering, vertegenwoordigd door B. Ricziová als gemachtigde,

* Procestaal: Slowaaks.

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Tokár als gemachtigde,
gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 maart 2017,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 47, lid 1, onder a), en leden 4 en 5, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), van artikel 1, lid 1, en artikel 2, leden 3 en 6 tot en met 8, van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (JO 2007, L 335, blz. 31) (hierna: „richtlijn 89/665”), en van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding van Ingsteel spol. s r. o. en Metrostav a.s. (hierna samen: „uitgesloten inschrijver”) tegen de Úrad pre verejné obstarávanie (reguleringsautoriteit voor overheidsopdrachten, Slowakije) over een aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten die is uitgeschreven door de Slovenský futbalový zväz (Slowaakse voetbalassociatie; hierna: „aanbestedende dienst”).

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2004/18

- 3 Overeenkomstig artikel 91 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), is richtlijn 2004/18 met ingang van 18 april 2016 ingetrokken. Gelet op de datum van de feiten van het hoofdgeding wordt de onderhavige prejudiciële verwijzing evenwel onderzocht in het licht van richtlijn 2004/18 zoals deze vóór die intrekking ervan van kracht was.
- 4 Overweging 39 van richtlijn 2004/18 luidde als volgt:

„De beoordeling van de geschiktheid van de inschrijvers, in het geval van openbare procedures, en van de gegadigden, in het geval van niet-openbare procedures, procedures van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, en concurrentiegericht dialog, alsmede hun selectie, dienen op transparante wijze te geschieden. Daartoe dienen niet-discriminerende criteria te worden aangegeven die de aanbestedende diensten kunnen gebruiken om de mededingers te selecteren, alsmede de middelen die de ondernemers kunnen gebruiken om aan te tonen dat zij aan deze criteria voldoen. Uit dit oogpunt van transparantie dient de aanbestedende dienst gehouden te zijn vanaf de oproep tot mededinging voor een opdracht de selectiecriteria aan te geven die hij voor de selectie zal hanteren, alsmede het niveau van specifieke bekwaamheden dat hij eventueel van ondernemers eist opdat deze tot de aanbestedingsprocedure kunnen worden toegelaten.”

- 5 Artikel 44 van richtlijn 2004/18, met het opschrift „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten”, bepaalde in lid 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.

Deze minimumeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.”

- 6 Artikel 47 van deze richtlijn, „Economische en financiële draagkracht”, luidde:

„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;

[...]

4. De aanbestedende diensten geven in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot inschrijving de in lid 1 bedoelde referentie of referenties aan die zij verlangen, evenals de andere bewijsstukken die ter inzage moeten worden over[ge]legd.

5. Wanneer de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht.”

- 7 Artikel 48 van die richtlijn bevatte de voorwaarden inzake technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemers.

Richtlijnen 89/665 en 2007/66

- 8 Overweging 36 van richtlijn 2007/66 luidt:

„Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en neemt de beginselen in acht die met name in het [Handvest] zijn erkend. Deze richtlijn beoogt met name de volledige eerbiediging te waarborgen van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op toegang tot een onpartijdig gerecht, overeenkomstig artikel 47, eerste en tweede alinea, van het Handvest.”

- 9 Artikel 1 van richtlijn 89/665, met het opschrift „Toepassingsgebied en beschikbaarheid van beroepsprocedures”, luidt als volgt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten als bedoeld in richtlijn [2004/18], tenzij deze opdrachten overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 18 van die richtlijn worden uitgesloten.

[...]

De lidstaten nemen met betrekking tot opdrachten die binnen de werkingssfeer van richtlijn [2004/18] vallen, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat tegen door de aanbestedende diensten genomen besluiten op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig de artikelen 2 tot en met 2 septies van deze richtlijn, op grond van het feit dat door die besluiten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

[...]

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

[...]

5. De lidstaten kunnen verlangen dat de betrokkene eerst beroep instelt bij de aanbestedende dienst. In dat geval zorgen de lidstaten ervoor dat de instelling van dit beroep resulteert in de onmiddellijke opschorting van de mogelijkheid om de overeenkomst te sluiten.

[...]

De in de eerste alinea bedoelde opschorting eindigt niet vóór het verstrijken van een termijn van ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop de aanbestedende dienst per faxbericht of langs elektronische weg een antwoord heeft verzonden, of, indien andere communicatiemiddelen worden gebruikt, voor het verstrijken van een termijn van hetzij ten minste 15 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop de aanbestedende dienst een antwoord heeft verzonden, hetzij ten minste 10 kalenderdagen, ingaande op de dag na de datum waarop een antwoord is ontvangen.”

10 In artikel 2 van die richtlijn, dat de voorschriften voor beroepsprocedures bevat, is bepaald:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende de in artikel 1 bedoelde beroepsprocedures voorzien in de nodige bevoegdheden om:

- a) zo snel mogelijk en in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten dan wel te doen opschorten;
- b) onwettige besluiten nietig te verklaren dan wel nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;
- c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden.

2. De in lid 1 en in de artikelen 2 quinquies en 2 sexies bedoelde bevoegdheden kunnen worden opgedragen aan afzonderlijke instanties die verantwoordelijk zijn voor verschillende aspecten van de beroepsprocedures.

3. Wanneer bij een instantie in eerste aanleg, die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst, een beroep wordt ingesteld aangaande een besluit tot gunning van een opdracht, zorgen de lidstaten ervoor dat de aanbestedende dienst de overeenkomst niet kan sluiten voordat de beroepsinstantie een besluit heeft genomen over het verzoek tot voorlopige maatregelen of het beroep. De opschorting eindigt niet voordat de in artikel 2 bis, lid 2, en artikel 2 quinquies, leden 4 en 5, bedoelde opschortende termijn is verstreken.

4. Behalve zoals bepaald in lid 3 en in artikel 1, lid 5, behoeven de beroepsprocedures niet noodzakelijk een automatische opschortende werking te hebben voor de gunningsprocedures waarop zij betrekking hebben.

[...]

6. De lidstaten kunnen bepalen dat, wanneer schadevergoeding wordt gevorderd omdat het besluit onwettig is genomen, het aangevochten besluit eerst nietig moet worden verklaard door een instantie die daartoe bevoegd is.

7. Behalve de gevallen waarin de artikelen 2 quinquies tot en met 2 septies voorzien, worden de gevolgen van de uitoefening van de in lid 1 van het dit artikel bedoelde bevoegdheden voor een na de gunning van een opdracht gesloten overeenkomst, door het nationale recht bepaald.

Voorts mag, behalve in gevallen waarin een besluit moet worden nietig verklaard voordat schadevergoeding wordt toegekend, een lidstaat bepalen dat na de overeenkomstig artikel 1, lid 5, lid 3 van dit artikel of de artikelen 2 bis tot en met 2 septies tot stand gekomen sluiting van de overeenkomst de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie zich beperken tot het toekennen van schadevergoeding aan eenieder die door een inbreuk schade heeft geleden.

8. De lidstaten zorgen ervoor dat de besluiten van de instanties die verantwoordelijk zijn voor de beroepsprocedures, op doeltreffende wijze kunnen worden gehandhaafd.

9. Wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen rechterlijke instanties zijn, worden hun beslissingen steeds schriftelijk met redenen omkleed. Voorts moet in dat geval worden voorzien in procedures waarmee tegen de door de bevoegde beroepsinstantie genomen vermoedelijk onwettige maatregelen of vermoede tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden ingesteld bij een andere instantie die een rechterlijke instantie is in de zin van artikel 234 van het [EG-]Verdrag [thans artikel 267 VWEU] en onafhankelijk is van de aanbestedende dienst en de beroepsinstantie.

[...]”

Slowaaks recht

- 11 Artikel 9, lid 3, van wet nr. 25/2006 betreffende overheidsopdrachten, in de op het hoofdgeding toepasselijke versie, luidt als volgt:

„Bij de aanbesteding van overheidsopdrachten moeten de beginselen van gelijkheid van behandeling, van non-discriminatie van de inschrijvers of gegadigden, van transparantie, van doeltreffendheid en van efficiëntie worden geëerbiedigd.”

12 Artikel 27 van deze wet, met het opschrift „Financiële en economische situatie”, bepaalt:

„1. De rechtvaardiging van de economische en financiële draagkracht kan in de regel bestaan in:

a) verklaringen van banken of van filialen van buitenlandse banken, zoals een leningsverbintenis van de bank of van het filiaal van een buitenlandse bank;

[...]

3. Wanneer de inschrijver of de gegadigde om objectieve redenen niet in staat is de gevraagde referenties over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met om het even welk ander document dat deze draagkracht aantoont.”

13 In artikel 32, lid 1, onder b), van die wet heet het:

„De aanbestedende dienst preciseert in de aankondiging van de opdracht de selectiecriteria betreffende

[...]

b) de economische en financiële draagkracht en de bewijsstukken als bedoeld in artikel 27.

[...]”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

14 Bij aankondiging, op 16 november 2013, bekendgemaakt in het supplement bij het *Publicatieblad van de Europese Unie* onder nr. 223/2013, alsmede in het Slowaakse publicatieblad van overheidsopdrachten van diezelfde dag onder kenmerk 18627-MSP, heeft de aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure gestart voor de gunning van een overheidsopdracht voor de renovatie, modernisering en verbouwing van zestien voetbalstadions (hierna: „overheidsopdracht”).

15 Blijkens de door de verwijzende rechter in antwoord op een verzoek om opheldering verschaft gegevens bedroeg de waarde van de overheidsopdracht 25,5 miljoen EUR exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw).

16 Met betrekking tot de vereisten ter zake van de economische en financiële draagkracht verlangde de aankondiging van de opdracht, onder verwijzing naar artikel 27, lid 1, onder a), van wet nr. 25/2006, van de deelnemers aan de aanbesteding dat zij een verklaring overlegden van Slowaakse banken of van Slowaakse filialen van buitenlandse banken betreffende de toekenning van een lening van minimaal 3 miljoen EUR, over welk bedrag zij gedurende de gehele tijd waarin de opdracht werd uitgevoerd moesten kunnen beschikken. Deze verklaring moest de vorm hebben van een kredietovereenkomst of een krediettoezegging en moest zijn verstrekt door een persoon die gemachtigd is om namens de bankinstelling waarbij om die verklaring is verzocht, bindende toezeggingen te doen.

17 De uitgesloten inschrijver heeft deelgenomen aan genoemde aanbestedingsprocedure. Ter rechtvaardiging van het feit dat hij de in het vorige punt bedoelde vereisten vervulde, heeft hij een van een bankinstelling afkomstige verklaring overgelegd die informatie bevatte over de opening van een rekening-courantkrediet voor een bedrag van meer dan 5 miljoen EUR en een verklaring op eer dat indien zijn inschrijving zou worden gekozen, op zijn rekening een bedrag van ten minste 3 miljoen EUR zou staan, zowel op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst voor werken als gedurende de gehele periode van de uitvoering ervan.

- 18 De uitgesloten inschrijver heeft zich erop beroepen dat het objectief onmogelijk is om op een andere wijze aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde vereisten ter zake van de economische en financiële draagkracht te voldoen en steunt daarbij op de verklaringen van de Slowaakse banken die door die dienst daarover zijn ondervraagd, volgens welke een bindende toezegging om te lenen, zoals die welke in de aankondiging van de opdracht is vereist, enkel had kunnen worden verstrekt nadat de krediettransactie zou zijn goedgekeurd en nadat alle door de bank opgelegde vereisten voor het sluiten van de leningsovereenkomst waren vervuld.
- 19 Daar de aanbestedende dienst van mening was dat die inschrijver met name niet had voldaan aan de vereisten inzake economische en financiële draagkracht als bedoeld in artikel 27, lid 1, onder a), van wet nr. 25/2006, heeft hij besloten hem uit te sluiten van de aanbesteding. Dit besluit is bevestigd door de reguleringsautoriteit voor overheidsopdrachten. Daar de Krajský súd de Bratislava (regionaal gerecht Bratislava, Slowakije) het beroep tegen dat besluit bij uitspraak van 13 januari 2015 had verworpen, is de uitgesloten inschrijver opgekomen tegen die uitspraak bij de Najvyšší súd Slovenskej republiky (hoogste rechter van de Slowaakse Republiek).
- 20 Laatstgenoemde rechter vraagt zich af of het besluit van de aanbestedende dienst rechtmatig is, daar deze dienst niettegenstaande het feit dat de uitgesloten inschrijver op het tijdstip van de selectieprocedure van de inschrijving, beschikte over een toezegging van een bankinstelling inzake een lening ten bedrage van 5 miljoen EUR, heeft gemeend dat hij niet voldeed aan de criteria ter zake van de economische en financiële draagkracht die in de aankondiging van de opdracht waren gesteld.
- 21 De verwijzende rechter vraagt zich voorts af of de economische en financiële draagkracht zou kunnen worden aangetoond met andere middelen en, in die context, of een door de uitgesloten inschrijver verstrekte verklaring op eer waarin hij bevestigt dat hij, ingeval zijn inschrijving wordt gekozen, op zijn rekening minstens 3 miljoen EUR zou hebben staan, zowel op het moment van het sluiten van de overeenkomst als gedurende de gehele periode van de uitvoering daarvan, daartoe kan volstaan.
- 22 Ten slotte vraagt de verwijzende rechter of het beroep in rechte waarover de uitgesloten inschrijver op nationaal niveau beschikt, als „doeltreffend” kan worden aangemerkt in de zin van het Unierecht, wanneer het voorwerp van dat beroep is verdwenen, daar degene aan wie de opdracht is gegund, deze bijna volledig heeft uitgevoerd.
- 23 Daarop heeft de Najvyšší súd Slovenskej republiky de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:
- „1) Handelt een nationale autoriteit in overeenstemming met het doel van artikel 47, met name lid 1, onder a), en lid 4, van richtlijn [2004/18], wanneer zij vaststelt dat een inschrijver voor een opdracht waarvan de waarde op 3 miljoen EUR wordt geraamd, niet aan het selectie criterium inzake de economische en financiële draagkracht voldoet, terwijl de verklaring op eer die hij heeft verstrekt en de verklaring die hij van zijn bank heeft gekregen, bevestigen dat hij in staat is om op grond van een bankkrediet dat niet voor een bepaald doel is bestemd, bedragen op te nemen tot een limiet die hoger is dan de waarde van de opdracht?
- 2) Is de handelwijze van een bank op de markt van bankdiensten van een lidstaat waarbij zij in het kader van een bindende krediettoezegging de terbeschikkingstelling van de gevraagde middelen onderwerpt aan de voorwaarden in de leningsovereenkomst, die op het moment van de aanbestedingsprocedure niet concreet zijn bepaald, een ‚gegronde reden’ in de zin van artikel 47, lid 5, van richtlijn 2004/18 waardoor de inschrijver niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, en zo ja, kan de inschrijver dan zijn economische en financiële draagkracht aantonen met een verklaring op eer die bevestigt dat de kredietrelatie tussen de inschrijver en de bank ruim genoeg is?

- 3) Wordt de nationale rechter die zich moet uitspreken over een beroep van een door een besluit van de nationale autoriteit voor overheidsopdrachten uitgesloten inschrijver, geconfronteerd met een objectief beletsel dat hem verhindert te voldoen aan artikel 47, eerste en tweede alinea, van het [Handvest], gelezen in samenhang met artikel 1, lid 1, en artikel 2, leden 3, 6, 7 en 8, van richtlijn [89/665], wanneer de uitvoering van de verschillende opdrachten door de gekozen inschrijver bijna is voltooid?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 24 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 47, lid 1, onder a), en lid 4, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst een inschrijver uitsluit van een overheidsopdracht omdat deze niet voldoet aan de voorwaarde inzake de economische en financiële draagkracht die in de aankondiging van de opdracht is gesteld en die betrekking heeft op het overleggen van een van een bankinstelling afkomstige verklaring waarin deze instelling toezegt een lening te verstrekken ten bedrage van het in die aankondiging vastgelegde bedrag en aan deze inschrijver garandeert dat dit bedrag gedurende de gehele duur van de uitvoering van de opdracht tot diens beschikking zal staan.
- 25 Vooraf dient in herinnering te worden gebracht dat artikel 267 VWEU het Hof niet de bevoegdheid verleent om de bepalingen van het Unierecht op een concreet geval toe te passen, maar enkel om uitspraak te doen over de uitlegging van de Verdragen en de handelingen van de instellingen van de Europese Unie. In het kader van de gerechtelijke samenwerking waarin dat artikel voorziet, kan het Hof echter op grond van de gegevens van het dossier de nationale rechter de elementen met betrekking tot de uitlegging van het Unierecht verschaffen die voor deze rechter van waarde kunnen zijn bij de beoordeling van het effect van deze of gene bepaling van dat recht (arrest van 16 juli 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, EU:C:2015:480, punt 71 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 26 Volgens artikel 44 van richtlijn 2004/18 kunnen de aanbestedende diensten minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden stellen waaraan de inschrijvers moeten voldoen. Deze minimumeisen moeten worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.
- 27 In dit verband noemt artikel 47, lid 1, van deze richtlijn de referenties die in het algemeen van een marktdeelnemer kunnen worden verlangd als bewijs voor zijn economische en financiële draagkracht. Deze referenties strekken ertoe aan te tonen dat de inschrijver over de nodige middelen beschikt voor de uitvoering van een overheidsopdracht. „Passende bankverklaringen” kunnen een van deze referenties vormen.
- 28 Volgens genoemd artikel 47, lid 4, geven de aanbestedende diensten in de aankondiging van de opdracht de referenties aan die zij verlangen, evenals de andere bewijsstukken die ter inzage moeten worden overgelegd.
- 29 In casu vereiste de aankondiging van de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, als criterium om de financiële en economische draagkracht aan te tonen, dat de inschrijver een document overlegt afkomstig van een bankinstelling waaruit blijkt dat hem een lening van minstens 3 miljoen EUR werd toegekend, die geldig was voor de gehele duur van de uitvoering van de opdracht, oftewel 48 maanden.
- 30 Blijkens de bij het Hof ingediende stukken heeft de uitgesloten inschrijver een van een bankinstelling afkomstige verklaring overgelegd met gegevens over zijn financiële situatie en een verklaring die melding maakt van de opening van een rekening-courantkrediet voor een bedrag van meer dan

5 miljoen EUR. De uitgesloten inschrijver heeft tevens een verklaring overgelegd waarin hij op eer bevestigde dat ingeval zijn inschrijving zou worden gekozen, hij op zijn rekening minstens 3 miljoen EUR zou hebben staan gedurende de gehele duur van de uitvoering van de opdracht.

- 31 De aanbestedende dienst meende evenwel dat de uitgesloten inschrijver niet had voldaan aan de met betrekking tot de economische en financiële draagkracht gestelde vereisten, aangezien de economische en financiële situatie van deze inschrijver niet voldeed aan de voorwaarde voor deelname die meebracht dat een bewijsstuk in de vereiste vorm en met de vereiste inhoud moest worden overgelegd.
- 32 In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat artikel 47 van richtlijn 2004/18 de aanbestedende diensten een tamelijk ruime vrijheid laat, wat met name blijkt uit de woorden „in het algemeen” in deze bepaling. Zoals duidelijk blijkt uit de rechtspraak van het Hof, bepaalt artikel 47, lid 4, van deze richtlijn – anders dan artikel 48 ervan, dat voor de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid voorziet in een gesloten systeem met beperkte beoordelings- en controlemethoden voor aanbestedende diensten en dus beperkte mogelijkheden om eisen te stellen – uitdrukkelijk dat aanbestedende diensten kunnen kiezen welke bewijsstukken gegadigden of inschrijvers ter inzage moeten overleggen om hun economische en financiële draagkracht aan te tonen. Aangezien artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18 een verwijzing naar artikel 47 bevat, geldt dezelfde keuzevrijheid voor de minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht (zie in die zin arrest van 18 oktober 2012, *Édukóvízig en Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, punt 28).
- 33 Dat neemt niet weg dat uit artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 duidelijk blijkt dat de minimumeisen inzake draagkracht voor een bepaalde opdracht verband moeten houden met en in verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. De minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht moeten dus objectief geschikt zijn voor het bieden van informatie over die draagkracht van een ondernemer, en zij moeten aan de omvang van de betrokken opdracht worden aangepast, in die zin dat zij objectief een positieve aanwijzing zijn voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van die opdracht maar niet verder gaan dan hetgeen daartoe redelijkerwijs noodzakelijk is (zie in die zin arrest van 18 oktober 2012, *Édukóvízig en Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, punt 29).
- 34 Voorts dient in herinnering te worden gebracht, ten eerste, dat het beginsel van gelijke behandeling vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Ten tweede heeft het transparantiebeginsel, dat er het logische uitvloeisel van vormt, in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, in de eerste plaats, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, in de tweede plaats, 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 (arrest van 2 juni 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 35 Wat ten eerste het in de aankondiging van de opdracht uitdrukkelijk vermelde vereiste betreft dat de financiële waarborg moet worden verstrekt „met het oog op de uitvoering van de opdracht”, lijkt uit de bewoordingen van de eerste prejudiciële vraag te volgen dat de aanbestedende dienst ervan uitging dat aan dit vereiste niet was voldaan wanneer de aan de inschrijver toegekende banklening weliswaar hoger was dan het in de aankondiging van de opdracht genoemde bedrag, doch deze een rekening-courantkrediet was die niet bestemd was voor de uitvoering van de opdracht.

- 36 In dit verband moet worden vastgesteld dat een vereiste dat een lening wordt verkregen die bestemd is voor de uitvoering van de opdracht, objectief geschikt is voor het bieden van informatie over de economische draagkracht van de inschrijver om de opdracht met succes uit te voeren. Zoals de Europese Commissie immers heeft opgemerkt is de bestemming van de lening geschikt om aan te tonen dat de inschrijver daadwerkelijk kan beschikken over de hem ten dienste staande, niet aan hemzelf toebehorende middelen die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn (zie in die zin arrest van 2 december 1999, *Holst Italia*, C-176/98, EU:C:1999:593, punt 29). Het staat evenwel nog aan de verwijzende rechter om na te gaan of het in de aankondiging van de opdracht vermelde bedrag in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.
- 37 Aangaande ten tweede het eveneens in de aankondiging van de opdracht genoemde vereiste inzake de toekenning van een lening van minimaal 3 miljoen EUR „gedurende de uitvoering van de opdracht (48 maanden)”, bepaalt artikel 47 van richtlijn 2004/18 weliswaar niet uitdrukkelijk dat de aanbestedende dienst van een inschrijver kan vereisen dat de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen gedurende de gehele uitvoering van de opdracht beschikbaar zijn, doch moet worden vastgesteld, zoals de advocaat-generaal in punt 46 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat de controle door de aanbestedende dienst dat de economische en financiële criteria zijn vervuld in het kader van een aanbestedingsprocedure, veronderstelt dat hij de zekerheid krijgt dat de inschrijver tijdens de uitvoering van de opdracht inderdaad gebruik kan maken van de soorten middelen waarover hij stelt te beschikken (zie in die zin arrest van 14 januari 2016, *Ostas celtnieks*, C-234/14, EU:C:2016:6, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 38 Voorts is de handhaving van beschikbaarheid van het vereiste bedrag gedurende de uitvoering van de overeenkomst een nuttig element voor de concrete beoordeling van de economische en financiële draagkracht van de inschrijver in verhouding tot zijn toezeggingen. De goede uitvoering van de opdracht houdt immers intrinsiek verband met het feit dat de inschrijver over de financiële middelen beschikt om die met succes uit te voeren.
- 39 Bijgevolg is de voorwaarde dat de inschrijver gedurende de uitvoering van de opdracht over de middelen beschikt, in casu geschikt om de doelen van artikel 47, lid 1, van richtlijn 2004/18 te waarborgen.
- 40 Evenwel staat het aan de nationale rechter om de relevantie van de daartoe door de inschrijver verschaftte bewijzen te beoordelen, waaronder met name de overeenkomst betreffende de opening van een rekening-courantkrediet.
- 41 Uit het voorgaande volgt dat op de eerste vraag dient te worden geantwoord dat artikel 47, lid 1, onder a), en lid 4, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een aanbestedende dienst een inschrijver uitsluit van een overheidsopdracht op grond dat die inschrijver niet voldoet aan de voorwaarde inzake de economische en financiële draagkracht die in de aankondiging van de opdracht is gesteld en die betrekking heeft op het overleggen van een van een bankinstelling afkomstige verklaring waarin deze instelling toezegt een lening te verstrekken ten bedrage van het in die aankondiging vastgelegde bedrag en aan deze inschrijver te garanderen dat dit bedrag gedurende de gehele duur van de uitvoering van de opdracht tot diens beschikking zal staan.

Tweede vraag

- 42 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, ingeval in een aankondiging van een opdracht wordt vereist dat een van een bankinstelling afkomstige verklaring wordt overgelegd waarin die instelling toezegt een lening toe te kennen voor het in die aankondiging vastgelegde bedrag en aan deze inschrijver te garanderen dat dit bedrag gedurende de gehele duur van de uitvoering van de opdracht tot diens beschikking zal staan, de omstandigheid dat de bankinstellingen waarbij de inschrijver daarom heeft verzocht, zich niet in staat achten een verklaring

in die zin af te geven, een „gegronde reden” in de zin van artikel 47, lid 5, van richtlijn 2004/18 kan vormen, op grond waarvan de inschrijver in voorkomend geval zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht, zoals een verklaring op eer dat, ingeval zijn inschrijving wordt gekozen, hij vanaf het sluiten van de overeenkomst voor de opdracht en gedurende de gehele duur van de uitvoering ervan op zijn rekening het in de aankondiging vastgelegde bedrag zal hebben staan.

- 43 Volgens artikel 47, lid 5, van richtlijn 2004/18 kunnen inschrijvers die om gegronde redenen niet in staat zijn de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, hun economische en financiële draagkracht aantonen met andere bescheiden, mits de aanbestedende dienst die bescheiden daartoe geschikt acht.
- 44 In casu heeft de uitgesloten inschrijver een verklaring op eer ingediend waarin hij garandeert dat indien zijn inschrijving wordt gekozen, hij ten minste 3 miljoen EUR op zijn rekening zal hebben staan gedurende de gehele uitvoering van de opdracht, waarbij hij stelde dat het voor hem onmogelijk was om een verklaring van een bankinstelling te verkrijgen waarmee deze zich ertoe verbindt hem een lening te verstrekken ter hoogte van het in de aankondiging van de opdracht vastgelegde bedrag.
- 45 Het staat in dit opzicht aan de verwijzende rechter om na te gaan of het voor de uitgesloten inschrijver onmogelijk was de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen. Dat zou met name het geval zijn, zoals de advocaat-generaal in punt 53 van zijn conclusie heeft opgemerkt, indien deze inschrijver in Slowakije niet in staat zou zijn om referenties als verlangd in de aankondiging van de opdracht te verkrijgen.
- 46 Pas wanneer de verwijzende rechter zou vaststellen dat dit objectief onmogelijk is, dient hij na te gaan of de aanbestedende dienst er op goede gronden van uit kon gaan dat de door de inschrijver overgelegde verklaring op eer geen geschikt document vormde om zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen. Tevens dient hij na te gaan, overeenkomstig artikel 44, lid 2, van deze richtlijn, gelezen in het licht van overweging 39 ervan, of de vereiste inlichtingen en de vereiste draagkracht verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en of de selectiecriteria op niet-discriminerende wijze zijn toegepast.
- 47 Wat de feitelijke overwegingen betreft, staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of het voor de inschrijver in het hoofdgeding objectief onmogelijk was om de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen, en zo ja of de aanbestedende dienst er op goede gronden van uit kon gaan dat de door de inschrijver overgelegde verklaring op eer geen geschikt document was om zijn economische en financiële draagkracht aan te tonen.
- 48 Bijgevolg dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 47, lid 5, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat ingeval in een aankondiging van een opdracht wordt vereist dat een van een bankinstelling afkomstige verklaring wordt overgelegd waarin die instelling toezegt een lening toe te kennen voor het in die aankondiging vastgelegde bedrag en aan deze inschrijver te garanderen dat dit bedrag gedurende de gehele duur van de uitvoering van de opdracht tot diens beschikking zal staan, de omstandigheid dat de bankinstellingen waarbij de inschrijver daarom heeft verzocht, zich niet in staat achten hem een verklaring in die zin af te geven, een „gegronde reden” in de zin van dat artikel kan vormen, op grond waarvan de inschrijver in voorkomend geval zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht, voor zover het voor deze inschrijver objectief onmogelijk was de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

Derde vraag

- 49 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de procedure van artikel 267 VWEU een instrument voor samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, dat het Hof in staat stelt die instanties de elementen voor uitlegging van het Unierecht te verschaffen die zij nodig hebben om de voor hen aanhangige gedingen te beslechten (zie met name beschikking van 8 september 2016, Caixabank en Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 en C-120/16, niet gepubliceerd, EU:C:2016:673, punt 13 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 In dit verband heeft het Hof er herhaaldelijk op gewezen dat de nationale rechter, wegens het vereiste om tot een voor hem nuttige uitlegging van het Unierecht te komen, een omschrijving moet geven van het feitelijke en juridische kader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feiten uiteenzetten waarop die vragen zijn gebaseerd (zie met name beschikking van 8 september 2016, Caixabank en Abanca Corporación Bancaria, C-91/16 en C-120/16, niet gepubliceerd, EU:C:2016:673, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 51 De vereisten betreffende de inhoud van een verzoek om een prejudiciële beslissing staan expliciet in artikel 94 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof alsmede in punt 15 van de aanbevelingen van het Hof van Justitie van de Europese Unie aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures (PB 2016, C 439, blz. 1), volgens welke het verzoek om een prejudiciële beslissing het volgende moet bevatten: „een summier overzicht van het voorwerp van het geschil en de relevante feiten zoals die door de verwijzende rechterlijke instantie zijn vastgesteld, of ten minste een uiteenzetting van de feitelijke gegevens waarop de prejudiciële vragen berusten”, „de inhoud van de nationale bepalingen die op de zaak van toepassing kunnen zijn en, in voorkomend geval, de relevante nationale rechtspraak”, en „de uiteenzetting van de redenen die de verwijzende rechter ertoe hebben gebracht om zich over de uitlegging of de geldigheid van bepalingen van het recht van de Unie vragen te stellen, alsook het verband tussen deze bepalingen en de nationale regelgeving die op het hoofdgeding toepasselijk is” (zie in die zin beschikking van 20 juli 2016, Stanleybet Malta en Stoppani, C-141/16, niet gepubliceerd, EU:C:2016:596, punten 8 en 9 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 52 In casu bevat de verwijzingsbeslissing geen enkele aanduiding van de nationale bepalingen ter omzetting van richtlijn 89/665, zoals gewijzigd bij richtlijn 2007/66, die betrekking hebben op de beroepsprocedures en de gevolgen ervan. Met name is verzuimd daarin te vermelden of de Slowaakse Republiek heeft bepaald, zoals is voorzien in artikel 2, lid 6, van deze richtlijn, dat het aangevochten besluit eerst nietig moet worden verklaard opdat schadevergoeding kan worden gevorderd, dan wel of zij, zoals artikel 2, lid 7, tweede alinea, van die richtlijn toestaat, heeft bepaald dat na de sluiting van de overeenkomst, de bevoegdheden van de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties zich beperken tot het toekennen van schadevergoeding.
- 53 De verwijzingsbeslissing is voorts niet voldoende duidelijk met betrekking tot de feiten van het hoofdgeding, betreffende het voorwerp van het door de uitgesloten inschrijver ingestelde beroep en over de redenen waarom de aanbestedingsprocedure is voortgezet niettegenstaande het feit dat tegen het besluit van de aanbestedende dienst een beroep aanhangig was.
- 54 Zonder deze gegevens is het Hof niet in staat een zinvol antwoord te geven op de derde vraag, die bijgevolg niet-ontvankelijk is.

Kosten

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

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 47, lid 1, onder a), en lid 4, 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, moet aldus worden uitgelegd dat het zich er niet tegen verzet dat een aanbestedende dienst een inschrijver uitsluit van een overheidsopdracht op grond dat die inschrijver niet voldoet aan de voorwaarde inzake de economische en financiële draagkracht die in de aankondiging van de opdracht is gesteld en die betrekking heeft op het overleggen van een van een bankinstelling afkomstige verklaring waarin deze instelling toezegt een lening te verstrekken ten bedrage van het in die aankondiging vastgelegde bedrag en aan deze inschrijver te garanderen dat dit bedrag gedurende de gehele duur van de uitvoering van de opdracht tot diens beschikking zal staan.
- 2) Artikel 47, lid 5, van richtlijn 2004/18 moet aldus worden uitgelegd dat ingeval in een aankondiging van een opdracht wordt vereist dat een van een bankinstelling afkomstige verklaring wordt overgelegd waarin die instelling toezegt een lening toe te kennen voor het in die aankondiging vastgelegde bedrag en aan deze inschrijver te garanderen dat dit bedrag gedurende de gehele duur van de uitvoering van de opdracht tot diens beschikking zal staan, de omstandigheid dat de bankinstellingen waarbij de inschrijver daarom heeft verzocht, zich niet in staat achten hem een verklaring in die zin af te geven, een „gegronde reden” in de zin van dat artikel kan vormen, op grond waarvan de inschrijver in voorkomend geval zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht, voor zover het voor deze inschrijver objectief onmogelijk was de door de aanbestedende dienst gevraagde referenties over te leggen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

ondertekeningen