



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

19 juni 2019\*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 57, lid 4, onder c) en g) – Plaatsing van overheidsopdrachten voor dienstverlening – Facultatieve gronden voor uitsluiting van deelname aan een aanbestedingsprocedure – Ernstige fout in de beroepsuitoefening waardoor de integriteit van de ondernemer in twijfel kan worden getrokken – Ontbinding van een eerdere overeenkomst wegens tekortkomingen bij de uitvoering – Betwisting in rechte die de aanbestedende dienst belet om de niet-nakoming van een overeenkomst te beoordelen totdat de gerechtelijke procedure is beëindigd”

In zaak C-41/18,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunale amministrativo regionale della Campania (bestuursrechter in eerste aanleg Campanië, Italië) bij beslissing van 22 november 2017, ingekomen bij het Hof op 22 januari 2018, in de procedure

**Meca Srl**

tegen

**Comune di Napoli,**

in tegenwoordigheid van:

**Sirio Srl,**

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, R. Silva de Lapuerta, vicepresident van het Hof, D. Šváby (rapporteur), S. Rodin en N. Piçarra, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: R. Schiano, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 december 2018,

gelet op de opmerkingen van:

– Comune di Napoli, vertegenwoordigd door A. Andreottola en A. Cuomo, avvocati,

\* Procestaal: Italiaans.

- Sirio Srl, vertegenwoordigd door L. Lentini en C. Sito, avvocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli en C. Pluchino, avvocati dello Stato,
- de Hongaarse regering, vertegenwoordigd door G. Koós, M. Z. Fehér en A. Pokoraczki als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara, P. Ondrůšek en L. Haasbeek als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 maart 2019,

het navolgende,

### Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 57, lid 4, 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 Meca Srl en de Comune di Napoli (gemeente Napels, Italië) over het besluit van de gemeente Napels om Sirio Srl toe te staan haar deelneming aan een aanbesteding voort te zetten.

### Toepasselijke bepalingen

#### *Unierecht*

- 3 In de overwegingen 101 en 102 van richtlijn 2014/24 staat te lezen:  
„(101) De aanbestedende diensten moet [...] 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 beoordelen hoeverre er sprake is van een ernstige beroepsfout, ingeval hij, voordat bij definitief, bindend besluit is 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 toelaten de desbetreffende evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen.”

- 4 Artikel 57 van deze richtlijn, met als opschrift „Uitsluitingsgronden”, bepaalt:

„[...]

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

[...]

- g) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende instantie of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;

[...]

5. Aanbestedende diensten sluiten op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer uit wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in de leden 1 en 2.

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 de ondernemer 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.

Hier toe 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 kunnen 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.”

### *Italiaans recht*

- 5 Artikel 80, lid 5, onder c), van decreto legislativo n. 50 Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 houdende het wetboek overheidsopdrachten) van 18 april 2016 (gewoon supplement bij GURI nr. 91 van 19 april 2016; hierna: „wetboek overheidsopdrachten”), bepaalt:

„De aanbestedende dienst sluit een ondernemer van de aanbestedingsprocedure uit in een van de volgende situaties, ook met betrekking tot een van zijn onderaannemers in de in artikel 105, lid 6, genoemde gevallen, indien:

[...]

- c) de aanbestedende dienst op passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel kan worden getrokken. Daarvan is onder andere sprake in geval van aanzienlijke tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht of concessie die hebben geleid tot vroegtijdige ontbinding die niet in rechte is betwist of aan het einde van een gerechtelijke procedure is bevestigd of die hebben geleid tot een veroordeling tot schadevergoeding of andere sancties, een poging om het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden of om voor eigen voordeel vertrouwelijke informatie te verkrijgen, het

– ook door nalatigheid – verstrekken van valse of misleidende informatie die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en plaatsing, het achterwege laten van informatie die noodzakelijk is voor het goede verloop van de selectieprocedure;

[...]”

### **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

- 6 De gemeente Napels heeft een aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van een overheidsopdracht voor de verstrekking van schoolmaaltijden in het schooljaar 2017/2018. Deze opdracht was onderverdeeld in tien percelen, één voor elk van de deelgemeenten van de gemeente Napels.
- 7 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat Sirio met de gemeente Napels voor het voorgaande schooljaar een overeenkomst voor de verstrekking van schoolmaaltijden had gesloten voor twee percelen, die in mei 2017 is ontbonden wegens gevallen van voedselvergiftiging door de aanwezigheid van colibacteriën in de in een schoolkantine verstrekte voedingswaren.
- 8 Nadat onderzoek van de Agenzia regionale per la protezione ambientale della Campania (ARPAC) [(regionaal agentschap voor de milieubescherming van Campanië, Italië) (ARPAC)] had bevestigd dat er colibacteriën aanwezig waren in de door het bestuur van de betrokken school bewaarde voedingsmonsters, met name in het gestoofde rundvlees, is de overheidsopdracht voor de verstrekking van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2016/2017 gegund aan Meca, die na afloop van de aanbestedingsprocedure voor het plaatsen van deze overheidsopdracht als tweede was gerangschikt.
- 9 In het kader van haar deelname aan de in punt 6 van het onderhavige arrest genoemde aanbesteding, heeft Sirio uitdrukkelijk verklaard dat „de gemeente Napels bij besluit [...] van 29 juni 2017 de overeenkomst van 9 mei 2017 heeft ontbonden wegens een geval van voedselvergiftiging” en dat tegen deze ontbinding beroep is ingesteld bij de Tribunale di Napoli (rechter in eerste aanleg Napels, Italië).
- 10 Bij nota van 1 augustus 2017 heeft de aanbestedende dienst Sirio toegestaan om haar deelname aan die aanbesteding voort te zetten voor het perceel waarvoor zij een offerte had ingediend. Meca heeft bij de Tribunale amministrativo regionale della Campania (bestuursrechter in eerste aanleg Campanië, Italië) bezwaar gemaakt tegen de deelname van Sirio aan voornoemde aanbesteding, zonder te wachten op het besluit van de gemeente Napels over de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht, dat werd genomen op 7 november 2017 en waarbij de opdracht aan Sirio werd gegund.
- 11 Meca is van mening dat het Sirio niet had mogen worden toegestaan de aanbestedingsprocedure voort te zetten, aangezien de overeenkomst die zij met de gemeente Napels had voor een dienst met betrekking tot het verstrekken van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2016/2017, door laatstgenoemde was ontbonden als gevolg van een voedselvergiftiging bij leerlingen en schoolpersoneel.
- 12 Ter ondersteuning van haar beroep bij de verwijzende rechter, verwijt Meca de gemeente Napels geen beoordeling te hebben gegeven van de ernst van Sirio’s wanprestatie bij de uitvoering van de overheidsopdracht voor het verstrekken van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2016/2017, ondanks dat artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten haar machtigt om „op passende wijze aannemelijk [te] maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel kan worden getrokken”. Volgens Meca kan het feit dat Sirio de ontbinding van de in punt 7 van het onderhavige arrest genoemde overeenkomst inzake dienstverlening bij een civiele rechter heeft betwist, de aanbestedende dienst niet deze bevoegdheid ontnemen. Gelet op het feit dat er in mei 2017 voedselvergiftiging had plaatsgevonden, had de gemeente Napels Sirio dus niet automatisch moeten toelaten tot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding.

- 13 Zowel de gemeente Napels als Sirio is daarentegen van mening dat het door laatstgenoemde bij de Tribunale di Napoli ingestelde beroep, de aanbestedende dienst belette een dergelijke beoordeling van de betrouwbaarheid van Sirio te maken.
- 14 De verwijzende rechter merkt op dat het standpunt van de gemeente Napels en Sirio niet ongefundeerd is aangezien volgens Italiaanse rechtspraak uit artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten volgt dat een inschrijver die bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht is tekortgeschoten, moet worden toegelaten tot een latere aanbestedingsprocedure indien hij een beroep heeft ingesteld, dat nog aanhangig is, tegen de contractontbinding als gevolg van die tekortkomingen.
- 15 De verwijzende rechter meent dat het Unierecht zich echter zou kunnen verzetten tegen een nationale bepaling als artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten. Deze bepaling zou immers tot gevolg hebben dat aan de daarin neergelegde facultatieve uitsluitingsgrond het effect wordt ontnomen, aangezien de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst teniet wordt gedaan ingeval een eerdere contractontbinding in rechte wordt betwist. Hoewel het Hof nog niet de gelegenheid heeft gehad artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 uit te leggen, volgt uit de rechtspraak van het Hof inzake artikel 45, lid 2, 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), voor welke bepaling artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 in de plaats is gekomen, dat het Unierecht zich verzet tegen ieder automatisme bij besluiten tot facultatieve uitsluiting wegens een ernstige fout in de beroepsuitoefening, omdat bij een dergelijk besluit noodzakelijkerwijs het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden gehouden.
- 16 Omgekeerd zou het op grond van de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid ook verboden moeten zijn dat sprake is van automatisme bij de onmogelijkheid om een ondernemer uit te sluiten. Door te verhinderen dat de aanbestedende dienst een gemotiveerd oordeel geeft over de ernst van de fout in de beroepsuitoefening die heeft geleid tot de ontbinding van een eerdere overeenkomst, op grond dat die ontbinding is betwist bij een civiele rechter, zou artikel 80, lid 5, van het wetboek overheidsopdrachten derhalve in strijd zijn met voornoemde beginselen, en dus met richtlijn 2014/24. Artikel 57, lid 4, onder g), van die richtlijn vereist immers, volgens de verwijzende rechter, geen definitieve – en dus rechterlijke – beoordeling van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.
- 17 Bovendien volgt uit het arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), dat een „fout in de beroepsuitoefening” een uitsluitingsgrond is wanneer deze objectief gezien ernstig van aard is. Het Italiaanse recht stelt de uitkomst van deelname aan een aanbesteding echter afhankelijk van een potestatieve gebeurtenis, te weten het besluit om een beroep in rechte in te stellen tegen de ontbinding van een eerdere overeenkomst.
- 18 Tot slot zou de Italiaanse regeling ook onverenigbaar zijn met de doelstellingen die zijn genoemd in overweging 102 van richtlijn 2014/24, die voorziet in het mechanisme voor het verhelpen van de fouten van inschrijvers (compliancemaatregelen). Automatische toelating om mee te dingen als gevolg van het instellen van een civielrechtelijk beroep in rechte tegen de ontbinding van een eerdere overeenkomst ontmoedigt ondernemers immers om herstelmaatregelen te nemen, zelfs als deze noodzakelijk zouden zijn om te voorkomen dat de gedragingen die tot die eerdere ontbinding hebben geleid, worden herhaald.
- 19 In deze context heeft de Tribunale amministrativo regionale della Campania de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:
- „Staan de communautaire beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid als bedoeld in het [VWEU] en de daaruit volgende beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en doeltreffendheid als bedoeld in richtlijn [2014/24], alsmede

artikel 57, lid 4, onder c) en g), van deze richtlijn, in de weg aan toepassing van een nationale regeling als de Italiaanse regeling die volgt uit artikel 80, lid 5, onder c), van [het wetboek overheidsopdrachten], volgens welke de aanbestedende dienst, indien aanzienlijke gebreken bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht die hebben geleid tot de vroegtijdige ontbinding van een eerdere aanbestedingsovereenkomst, in rechte worden betwist, de betrouwbaarheid van de inschrijver niet kan beoordelen totdat in de civielrechtelijke procedure een definitieve beslissing is verkregen, en dit zonder dat het bedrijf heeft aangetoond compliancemaatregelen te hebben genomen om de tekortkoming te verhelpen en herhaling ervan te voorkomen?”

## **Beantwoording van de prejudiciële vraag**

### *Opmerkingen vooraf*

- 20 In de eerste plaats blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat de geraamde waarde van de in het hoofdingen aan de orde zijnde opdracht 1 127 660 EUR bedraagt, en dat deze bijgevolg hoger is dan de in artikel 4, onder d), van richtlijn 2014/24 vastgestelde drempel van 750 000 EUR voor overheidsopdrachten voor de specifieke diensten die zijn genoemd in bijlage XIV bij die richtlijn. Hieruit volgt dat voornoemde richtlijn van toepassing is op het hoofdingen en dat de door de verwijzende rechter gestelde vraag uitsluitend aan de hand van de bepalingen van die richtlijn moet worden behandeld.
- 21 In de tweede plaats heeft de Italiaanse regering ter terechtzitting voor het Hof aangevoerd dat de door de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing gehanteerde uitlegging van artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten niet overeenkomt met de nieuwe stand van het Italiaanse recht.
- 22 In een situatie waarin sprake lijkt te zijn van verschillende opvattingen over de toepasselijke nationale regelgeving, volgt desalniettemin uit vaste rechtspraak dat het in het kader van een krachtens artikel 267 VWEU ingeleide prejudiciële procedure niet aan het Hof is om de relevante nationale bepalingen te precisieren die op het hoofdingen van toepassing zijn. Dat recht komt uitsluitend toe aan de verwijzende rechter die, ofschoon hij de nationale toepasselijke bepalingen schetst, het aan het Hof overlaat om alle gegevens voor de uitlegging van het Unierecht te verstrekken om de verwijzende rechter in staat te stellen te beoordelen of een nationale wettelijke regeling in overeenstemming is met de Unieregeling (arrest van 26 juni 2008, Burda, C-284/06, EU:C:2008:365, punt 39).
- 23 In deze omstandigheden moet de vraag van de verwijzende rechter worden beantwoord op basis van de feitelijke en juridische gegevens zoals deze uit de verwijzingsbeslissing blijken.

### *Ten gronde*

- 24 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

- 25 In de eerste plaats, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 32 van zijn conclusie, komen de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 voldoende overeen met de daarbij ingetrokken bepaling, te weten artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18, opdat het Hof zich bij de door de verwijzende rechter verzochte uitlegging kan laten leiden door de rechtspraak van het Hof inzake die laatstgenoemde bepaling.
- 26 Wanneer het Hof dus facultatieve uitsluitingsgronden moest uitleggen, zoals die van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d) of g), van richtlijn 2004/18, welke bepalingen als enige niet naar het nationale recht verwezen, baseerde het zich op artikel 45, lid 2, tweede alinea, van die richtlijn, op grond waarvan de lidstaten overeenkomstig hun nationale recht en onder eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dat lid 2 bepalen, om de beoordelingsmarge van die lidstaten nader af te bakenen en zelf de draagwijdte van de litigieuze facultatieve uitsluitingsgrond te definiëren (zie met name arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punten 25-31).
- 27 Dienaangaande staat buiten kijf dat richtlijn 2014/24 de beoordelingsmarge van de lidstaten beperkt. Terwijl de verwijzing naar nationale wet- of regelgeving voorkwam in vijf van de zeven in artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 genoemde situaties, bevat thans immers van de negen in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 genoemde situaties alleen de in punt b) van dat lid 4 genoemde situatie een dergelijke verwijzing.
- 28 In de tweede plaats kunnen de aanbestedende diensten volgens artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 „elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de [in die bepaling genoemde] voorwaarden”. Uit de bewoordingen van voornoemde bepaling volgt dus dat het wordt overgelaten aan de aanbestedende diensten, en niet aan een nationale rechter, om te beoordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.
- 29 In de derde plaats dient de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure er meer in het bijzonder toe om hem in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen, zoals blijkt uit artikel 57, lid 4, onder c) en g), alsmede overweging 101 van richtlijn 2014/24.
- 30 Zoals is benadrukt door de advocaat-generaal in de punten 42 en 43 van zijn conclusie, zijn beide uitsluitingsgronden immers gebaseerd op een wezenlijk element van de betrekking tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld. Zo geeft overweging 101, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 aan dat de aanbestedende diensten ondernemers kunnen uitsluiten „die onbetrouwbaar zijn gebleken”, en spreekt de tweede alinea van „wangedrag” bij de uitvoering van eerdere overheidsopdrachten „dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer”.
- 31 In de vierde plaats moeten aanbestedende diensten volgens artikel 57, lid 5, van richtlijn 2014/24 de mogelijkheid hebben om een ondernemer uit te sluiten „op ieder moment tijdens de procedure” en niet alleen nadat een rechter zijn beslissing heeft gegeven, hetgeen een aanvullende indicatie vormt van de wil van de Uniewetgever om de aanbestedende dienst toe te staan om in een van de in artikel 57, lid 4, van die richtlijn genoemde gevallen zijn eigen oordeel te vormen over het handelen of nalaten – zowel vóór als tijdens de aanbestedingsprocedure – van een ondernemer.
- 32 Tot slot zou het voor een aanbestedende dienst, indien hij automatisch gebonden zou zijn aan de door een derde gegeven beoordeling, waarschijnlijk moeilijk zijn om bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht te besteden aan het evenredigheidsbeginsel. Volgens overweging 101 van richtlijn 2014/24 brengt dit beginsel in het bijzonder met zich mee dat een



aanbestedende dienst, alvorens te beslissen tot uitsluiting van een ondernemer, rekening houdt met het feit dat de begane onregelmatigheden klein zijn of met het feit dat kleine onregelmatigheden zich herhaaldelijk hebben voorgedaan.

- 33 Aldus blijkt duidelijk dat, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in de punten 35 en 36 van zijn conclusie, de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten niet absoluut is en dat, zodra een lidstaat heeft besloten om een van de facultatieve uitsluitingsgronden van richtlijn 2014/24 op te nemen in zijn nationale recht, hij de wezenlijke kenmerken ervan, zoals vastgelegd in die richtlijn, in acht moet nemen. Door voor te schrijven dat de lidstaten „de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel” bepalen „met inachtneming van het Unierecht”, verhindert artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 dat de lidstaten de in dat artikel vastgestelde facultatieve uitsluitingsgronden verdraaien of voorbijgaan aan de doelstellingen en beginselen die aan elk van die uitsluitingsgronden ten grondslag liggen.
- 34 Zoals opgemerkt in punt 28 van het onderhavige arrest, volgt uit de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 dat de Uniewetgever het aan de aanbestedende dienst heeft willen laten – en alleen aan de aanbestedende dienst – om in de fase van de selectie van inschrijvers te beoordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.
- 35 Aan de verwijzende rechter moet op grond van de voorgaande overwegingen een antwoord worden gegeven.
- 36 Zoals volgt uit de verwijzingsbeslissing, wordt een aanbestedende dienst door artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten gemachtigd om een ondernemer uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure met name wanneer hij op passende wijze aannemelijk kan maken, ten eerste, dat de ondernemer ernstige fouten heeft begaan in zijn beroepsuitoefening waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel wordt getrokken, ten tweede, dat deze ernstige fouten in de beroepsuitoefening, die het gevolg kunnen zijn van aanzienlijke tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht, hebben geleid tot de ontbinding van de overeenkomst tussen deze ondernemer en de aanbestedende dienst, tot een veroordeling tot schadevergoeding of tot een andere vergelijkbare sanctie en, ten derde, dat deze ontbinding niet in rechte is betwist of aan het einde van een gerechtelijke procedure is bevestigd.
- 37 Het is duidelijk dat met een nationale bepaling als artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten, het nuttige effect van de in artikel 57, lid 4, onder c) of g), van richtlijn 2014/24 neergelegde facultatieve uitsluitingsgrond niet wordt verzekerd.
- 38 De beoordelingsbevoegdheid die artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 aan de aanbestedende dienst verleent, wordt immers lamgelegd door het enkele feit dat een kandidaat of inschrijver een beroep instelt tegen de ontbinding van een met hem afgesloten eerdere overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht, zelfs als zijn gedrag dermate tekort leek te schieten dat die ontbinding gerechtvaardigd was.
- 39 Een regel zoals die van artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten zet bovendien een inschrijver ten aanzien van wie een eerdere overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht is ontbonden, er klaarblijkelijk niet toe aan om herstelmaatregelen te nemen. In zoverre kan een dergelijke regel indruisen tegen de voorschriften van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24.
- 40 Deze richtlijn is immers met name innoverend doordat in artikel 57, lid 6, is voorzien in het mechanisme van herstelmaatregelen (*self-cleaning*). Dit instrument, waarvan gebruik kan worden gemaakt door ondernemers die niet bij onherroepelijk vonnis zijn uitgesloten, zet een ondernemer die in een van de in artikel 57, lid 4, van voornoemde richtlijn bedoelde situaties verkeert, ertoe aan om te bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke facultatieve uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht,

dient de betrokken ondernemer niet te worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Hiertoe moet de ondernemer bewijzen 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.

- 41 Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 44 van zijn conclusie, wordt met de herstelmaatregelen het belang benadrukt dat wordt gehecht aan de betrouwbaarheid van de ondernemer, welk aspect van diepe invloed is op de uitsluitingsgronden betreffende de subjectieve kenmerken van de inschrijver.
- 42 Gelet op het voorgaande moet op de voorgelegde vraag worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

### **Kosten**

- 43 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 (Vierde kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 57, lid 4, onder c) en g), 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 moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.**

ondertekeningen