



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

30 januari 2020\*

„Prejudiciële verwijzing – Plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, werken en diensten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 18, lid 2 – Artikel 57, lid 4 – Facultatieve uitsluitingsgronden – Uitsluitingsgrond die van toepassing is ten aanzien van een in de inschrijving van de ondernemer vermelde onderaannemer – Schending door de onderaannemer van verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht – Nationale regeling die voorziet in automatische uitsluiting van de ondernemer bij een dergelijke schending”

In zaak C-395/18,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) bij beslissing van 21 februari 2018, ingekomen bij het Hof op 14 juni 2018, in de procedure

**Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA**

tegen

**Consip SpA,**

**Ministero dell’Economia e delle Finanze,**

in tegenwoordigheid van:

**E-VIA SpA,**

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. Arabadjiev, kamerpresident, P.G. Xuereb, T. von Danwitz, C. Vajda (rapporteur) en A. Kumin, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: R. Schiano, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 mei 2019,

\* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen van:

- Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA, vertegenwoordigd door F. Cardarelli, F. Lattanzi en F. S. Cantella, avvocati,
- Consip SpA, vertegenwoordigd door F. Sciaudone en F. Iacovone, avvocati,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door J. Schmoll, M. Fruhmann en G. Hesse 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 11 juli 2019,

het navolgende,

### **Arrest**

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 57, lid 4, en artikel 71, lid 6, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA (hierna: „Tim”) en, anderzijds, Consip SpA en het Ministero dell’Economia e delle Finanze (ministerie van Economie en Financiën, Italië) over de uitsluiting van Tim van een door Consip uitgeschreven openbare aanbestedingsprocedure.

### **Toepasselijke bepalingen**

#### ***Unierecht***

- 3 De overwegingen 40, 101 en 102 van richtlijn 2014/24 luiden:
  - „(40) Controle op de naleving van [de] milieu-, sociaal- en arbeidsrechtelijke bepalingen moet geschieden in de desbetreffende stadia van de aanbestedingsprocedure, namelijk bij de toepassing van de algemene beginselen inzake de keuze van de deelnemers en de gunning van opdrachten, bij de toepassing van de uitsluitingscriteria en bij de toepassing van de bepalingen betreffende abnormaal lage inschrijvingen. [...]
  - [...]
  - (101) De aanbestedende diensten moet verder de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten. [...]

[...]

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 2, lid 1, punten 10 tot en met 12, van deze richtlijn bepaalt het volgende:

„Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

[...]

10. „ondernemer’: elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt;

11. „inschrijver’: een ondernemer die een inschrijving heeft ingediend;

12. „gegadigde’: een ondernemer die heeft verzocht om een uitnodiging, of is uitgenodigd, om deel te nemen aan een niet-openbare procedure, een mededingingsprocedure met onderhandeling, een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, een concurrentiegericht dialogo of een innovatiepartnerschap”.

5 Artikel 18 van deze richtlijn, dat „Aanbestedingsbeginselen” als opschrift heeft en de eerste bepaling vormt van hoofdstuk II („Algemene regels”) van deze richtlijn, bepaalt:

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

Overheidsopdrachten worden niet opgesteld met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de richtlijn of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de aanbesteding is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.

2. De lidstaten nemen passende maatregelen om te waarborgen dat de ondernemers bij de uitvoering van de overheidsopdrachten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht.”

6 Artikel 56, lid 1, onder b), van deze richtlijn luidt als volgt:

„Opdrachten worden gegund op basis van criteria als vastgesteld overeenkomstig de artikelen 67 tot en met 69, mits de aanbestedende dienst er overeenkomstig de artikelen 59 tot en met 61 op heeft toegezien dat aan elk van de volgende voorwaarden is voldaan:

[...]

b) de inschrijving is afkomstig van een inschrijver die niet is uitgesloten van deelname overeenkomstig artikel 57 [...].”

7 Artikel 57 van richtlijn 2014/24 heeft als opschrift „Uitsluitingsgronden” en bepaalt in de leden 4 tot en met 7:

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

a) indien de aanbestedende dienst met elk passend middel aantoot dat de in artikel 18, lid 2, genoemde toepasselijke verplichtingen zijn geschonden;

[...]

5. [...]

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

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die 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.

[...]

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. [...]

[...]

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. [...].”

8 Artikel 71, lid 6, onder b), van de richtlijn luidt als volgt:

„Ter voorkoming van inbreuken op de in artikel 18, lid 2, genoemde verplichtingen kunnen passende maatregelen worden getroffen zoals:

[...]

b) De aanbestedende diensten kunnen, conform de artikelen 59, 60 en 61, controleren, of door de lidstaten verplicht worden te controleren, of er gronden voor uitsluiting van onderaannemers in de zin van artikel 57 voorhanden zijn. In die gevallen verlangt de aanbestedende dienst dat de ondernemer overgaat tot de vervanging van een onderaannemer over wie in het onderzoek gronden tot verplichte uitsluiting aan het licht zijn gekomen. De aanbestedende dienst kan eisen of door een lidstaat worden verplicht te eisen dat de ondernemer overgaat tot vervanging van een onderaannemer over wie in het onderzoek gronden tot niet-verplichte uitsluiting aan het licht zijn gekomen.”

### *Italiaans recht*

9 Artikel 17 van legge n. 68 – Norme per il diritto al lavoro dei disabili (wet nr. 68 betreffende normen inzake het recht op werk voor personen met een handicap) van 12 maart 1999 (gewoon supplement bij GURI nr. 68 van 23 maart 1999) bepaalt het volgende:

„Overheids- en particuliere ondernemingen die deelnemen aan openbare aanbestedingsprocedures of die contractuele betrekkingen of concessieovereenkomsten hebben met een overheid zijn gehouden de betrokken overheid op voorhand en op straffe van uitsluiting een verklaring van hun wettelijke vertegenwoordiger over te leggen waarin zij verklaren de normen inzake het recht op werk voor personen met een handicap te eerbiedigen.”

10 Artikel 80, lid 5, onder i), 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:

„Aanbestedende diensten sluiten een ondernemer uit van deelname aan de aanbestedingsprocedure in een van de volgende situaties, ook al betreft deze een van zijn onderaannemers, in de in artikel 105, lid 6, bedoelde gevallen:

[...]

i) de ondernemer heeft het in artikel 17 van wet nr. 68 [...] bedoelde certificaat niet overgelegd, of heeft de vervulling van deze vereiste niet zelf vastgesteld [...].”

11 Artikel 105, leden 6 en 12, van het wetboek overheidsopdrachten luidt als volgt:

„6. Wanneer het bedrag van de opdracht voor werken, diensten of leveringen gelijk is aan of hoger is dan de in artikel 35 vastgestelde drempelwaarden en wanneer er geen specifieke specialisatie is vereist, moeten drie onderaannemers worden vermeld. In dat geval wordt deze verplichting vermeld in de aankondiging van de opdracht. In de aankondiging van de opdracht kan de aanbestedende dienst ook andere omstandigheden noemen waarin de vermelding van drie onderaannemers verplicht is, ook onder de in artikel 35 bedoelde drempelwaarden.

[...]

12. De geselecteerde inschrijver is gehouden tot de vervanging van onderaannemers ten aanzien van wie na een inspectie is aangetoond dat de uitsluitingsgronden van artikel 80 op hen van toepassing zijn.”

### Hoofdgeding, prejudiciële vragen en procedure bij het Hof

- 12 Bij aankondiging van opdracht, die op 3 augustus 2016 in het *Publicatieblad van de Europese Unie* is bekendgemaakt, heeft Consip, de aankoopcentrale van de Italiaanse overheid, een openbare aanbesteding uitgeschreven voor de plaatsing van een opdracht voor de levering van een optisch communicatiesysteem genaamd „*Wavelength Division Multiplexing*-systeem (WDM)” voor de onderlinge koppeling van de datacentra van verschillende afdelingen van het ministerie van Economie en Financiën.
- 13 Tim heeft een inschrijving ingediend waarin drie onderaannemers waren vermeld, op wie zij van plan was een beroep te doen in geval van gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht. Voor elk van de onderaannemers werd het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) bijgesloten.
- 14 In de loop van de procedure heeft de aanbestedende dienst vastgesteld dat een van de door Tim in haar inschrijving vermelde onderaannemers niet voldeed aan de normen inzake het recht op werk voor personen met een handicap. Consip heeft Tim bijgevolg uitgesloten van de procedure op grond van artikel 80, lid 5, onder i), van het wetboek overheidsopdrachten.
- 15 Tim heeft bij de verwijzende rechter beroep ingesteld omdat de uitsluiting volgens haar onterecht en onevenredig was. Volgens Tim volgt uit richtlijn 2014/24 dat de vaststelling dat op een onderaannemer een uitsluitingsgrond van toepassing is, er niet toe kan leiden dat een sanctie wordt opgelegd die verder gaat dan de vervanging van deze onderaannemer. Tim voegt daaraan toe dat zij in elk geval voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht een beroep had kunnen doen op de twee andere onderaannemers, ten aanzien van wie geen enkele uitsluitingsgrond is vastgesteld, temeer daar een beroep op onderaanneming niet onontbeerlijk was voor de uitvoering van deze opdracht, aangezien zij voldeed aan alle voorwaarden om de betrokken diensten zelf te kunnen verrichten.
- 16 De verwijzende rechter merkt op dat de uitsluiting van Tim in overeenstemming is met artikel 80, lid 5, onder i), van het wetboek overheidsopdrachten, aangezien de vervanging van een onderaannemer overeenkomstig artikel 105, lid 12, van dat wetboek slechts kan worden geëist indien de uitsluitingsgrond ten aanzien van deze onderaannemer wordt vastgesteld na de gunning van de opdracht.
- 17 De verwijzende rechter vraagt zich echter af of artikel 80, lid 5, onder i), van het wetboek overheidsopdrachten verenigbaar is met artikel 57, leden 4 en 5, en artikel 71, lid 6, onder b), van richtlijn 2014/24, waar eerstgenoemd artikel bepaalt dat wanneer de aanbestedende dienst tijdens de aanbestedingsprocedure vaststelt dat ten aanzien van een onderaannemer een uitsluitingsgrond van toepassing is, hij gehouden is om de inschrijver die zijn voornemen te kennen heeft gegeven om een beroep te doen op deze onderaannemer, uit te sluiten van de procedure.
- 18 De verwijzende rechter vraagt zich met name af of de uitsluitingsgronden van artikel 57, leden 4 en 5, van richtlijn 2014/24 slechts tot uitsluiting van de inschrijver kunnen leiden indien zij hemzelf betreffen, dan wel of een dergelijke uitsluiting ook mogelijk is wanneer die gronden betrekking hebben op een door de inschrijver aangewezen onderaannemer. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 71, lid 6, van richtlijn 2014/24 zich verzet tegen een automatische uitsluiting van de inschrijver, zoals die waarin artikel 80, lid 5, van het wetboek overheidsopdrachten voorziet,

terwijl die bepaling van de richtlijn als maximumsanctie voor de inschrijver enkel lijkt te voorzien in de vervanging van een onderaannemer na de vaststelling van een uitsluitingsgrond ten aanzien van deze laatste.

- 19 Subsidiair vraagt de verwijzende rechter zich af of, ingeval het Hof van oordeel zou zijn dat de bepalingen van richtlijn 2014/24 zich niet verzetten tegen een nationale regeling als artikel 80, lid 5, van de wet inzake overheidsopdrachten, een dergelijke regeling in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, aangezien de uitsluiting van de inschrijver automatisch is voorzien zonder mogelijkheid tot uitzondering, waarbij de aanbestedende dienst niet over de mogelijkheid beschikt om te eisen dat de inschrijver de onderaannemer vervangt of niet inschakelt, ook wanneer een beroep op onderaanneming niet strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht.
- 20 Daarop heeft de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Verzetten [artikel] 57 en [artikel] 71, lid 6, van richtlijn [2014/24] zich tegen een nationale regel als [...] in artikel 80, lid 5, van [het wetboek overheidsopdrachten], die voorziet in de uitsluiting van de inschrijver wanneer tijdens de aanbestedingsprocedure wordt vastgesteld dat er grond is tot uitsluiting van een onderaannemer die deel uitmaakt van het drietal dat in de inschrijving is vermeld, in plaats van het opleggen van een verplichting aan de inschrijver om de betreffende onderaannemer te vervangen?
- 2) subsidiair, mocht het [Hof] van oordeel zijn dat aan de lidstaat de mogelijkheid van uitsluiting van een inschrijver toekomt, verzet het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in artikel 5 VEU, opgenomen in overweging 101 van richtlijn [2014/24] en door het [Hof] tot algemeen beginsel van het Unierecht verklaard, zich tegen een nationale regel als [...] artikel 80, lid 5, van [het wetboek overheidsopdrachten], die bepaalt dat de inschrijver in alle gevallen wordt uitgesloten wanneer tijdens de aanbestedingsprocedure wordt vastgesteld dat er grond is tot uitsluiting van een onderaannemer, ook indien er andere onderaannemers zijn die niet zijn uitgesloten en die voldoen aan de vereisten om de in onderaanneming gegeven diensten te verrichten, of indien de inschrijver verklaart af te zien van de diensten van de onderaannemer omdat hij zelf voldoet aan de vereisten om de diensten te verrichten?”
- 21 Op 27 februari 2019 heeft het Hof krachtens artikel 101 van zijn Reglement voor de procesvoering de verwijzende rechter gericht verzocht om met name te verduidelijken of Tim in haar inschrijving drie onderaannemers moest vermelden en, zo ja, of zij verplicht was om deze drie onderaannemers in te schakelen, of ten minste één van hen indien de in het hoofdeding aan de orde zijnde opdracht aan haar zou worden gegund. De verwijzende rechter werd ook gevraagd of Tim bij het opstellen van haar inschrijving op grond van de Italiaanse regeling verplicht was om na te gaan of de onderaannemers die zij voornemens was in haar inschrijving aan te wijzen, niet onder de uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 vielen – in Italiaans recht omgezet bij artikel 80, lid 5, onder i), van het wetboek overheidsopdrachten – en of zij concreet de mogelijkheid daartoe had.
- 22 In zijn antwoord, dat op 26 maart 2019 bij de griffie van het Hof is ingekomen, heeft de verwijzende rechter allereerst gepreciseerd dat Tim slechts verplicht was om een vast aantal van drie onderaannemers te vermelden, voor zover zij zich de mogelijkheid wenste voor te behouden om een beroep te doen op onderaanneming bij gunning van de in het hoofdeding aan de orde zijnde opdracht. Vervolgens heeft hij erop gewezen dat Tim niet verplicht was om de drie in haar inschrijving vermelde onderaannemers in te schakelen, zelfs niet één van hen, in geval van gunning van die opdracht. Ten slotte heeft hij uiteengezet dat Tim krachtens de Italiaanse regeling niet verplicht was om na te gaan of de onderaannemers die zij voornemens was in haar inschrijving aan te wijzen, niet onder de uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 vielen en dat om dit na te gaan hoe dan ook de medewerking van de betrokken onderaannemers noodzakelijk was.

## **Verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling**

- 23 Bij brief van 15 juli 2019 aan de griffie van het Hof heeft de Oostenrijkse regering krachtens artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering verzocht om heropening van de mondelinge behandeling. In dit verband heeft zij betoogd dat punt 52 van de conclusie van de advocaat-generaal geen getrouw beeld geeft van de redenering die ten grondslag ligt aan haar stelling die zij in haar schriftelijke opmerkingen heeft ontwikkeld.
- 24 Volgens artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de opening of de heropening van de mondelinge behandeling gelasten, onder meer wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht of wanneer een partij na afsluiting van deze behandeling een nieuw feit aanbrengt dat van beslissende invloed kan zijn voor de beslissing van het Hof, of wanneer een zaak moet worden beslecht op grond van een argument waarover de partijen of de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoelde belanghebbenden hun standpunten niet voldoende hebben kunnen uitwisselen.
- 25 In casu is het Hof, de advocaat-generaal gehoord, van oordeel dat het over alle gegevens beschikt die noodzakelijk zijn om op de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter te antwoorden en dat de onderhavige zaak niet behoeft te worden onderzocht in het licht van een nieuw feit dat van beslissende invloed kan zijn voor zijn uitspraak of van een argument waarover de partijen voor het Hof niet voldoende hun standpunten hebben kunnen uitwisselen.
- 26 Voor zover het verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling aldus moet worden opgevat dat het Hof onvoldoende zou zijn ingelicht over de stelling van de Oostenrijkse regering als gevolg van de overwegingen van de advocaat-generaal in punt 52 van zijn conclusie, dient eraan te worden herinnerd dat het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Reglement voor de procesvoering niet voorzien in de mogelijkheid voor de belanghebbende partijen om opmerkingen in te dienen in antwoord op de conclusie van de advocaat-generaal (arrest van 22 november 2018, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia*, C-295/17, EU:C:2018:942, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 Voorts zij opgemerkt dat de advocaat-generaal volgens artikel 252, tweede alinea, VWEU tot taak heeft, in het openbaar in volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen aangaande zaken waarin zulks overeenkomstig het Statuut van het Hof van Justitie vereist is. Het Hof is in dat verband noch door de conclusie van de advocaat-generaal, noch door de motivering op grond waarvan hij tot die conclusie komt, gebonden (arrest van 16 september 2015, *Société des Produits Nestlé*, C-215/14, EU:C:2015:604, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 28 Aangezien de stelling van de Oostenrijkse regering duidelijk uit haar schriftelijke opmerkingen volgt en de conclusie van de advocaat-generaal het Hof niet bindt met betrekking tot de uiteenzetting of de uitlegging van die stelling, acht het Hof zich niet onvoldoende voorgelicht in de zin van artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering.
- 29 Derhalve moet het verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling worden afgewezen.

## **Beantwoording van de prejudiciële vragen**

- 30 Met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of richtlijn 2014/24 en het evenredigheidsbeginsel zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan de aanbestedende dienst een ondernemer automatisch van de aanbestedingsprocedure moet uitsluiten wanneer wordt vastgesteld dat de in artikel 57, lid 4, onder a), van die richtlijn bedoelde uitsluitingsgrond van toepassing is op een van de in de inschrijving van die ondernemer vermelde onderaannemers.



- 31 Volgens artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 kunnen de aanbestedende diensten elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten of daartoe verplicht worden door de lidstaten wanneer zij, met alle passende middelen, kunnen aantonen dat de in artikel 18, lid 2, van die richtlijn bedoelde toepasselijke verplichtingen niet zijn nagekomen.
- 32 In artikel 2, lid 1, punt 10, van richtlijn 2014/24 wordt de „ondernemer” gedefinieerd als elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en/of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt.
- 33 Wat betreft een facultatieve uitsluitingsgrond als die waarin artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 voorziet, moet om te beginnen worden opgemerkt dat het volgens artikel 57, lid 7, van deze richtlijn aan de lidstaten staat om, met inachtneming van het Unierecht, de „voorwaarden voor de toepassing” ervan te bepalen.
- 34 Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 niet een uniforme toepassing van de daarin genoemde uitsluitingsgronden op het niveau van de Unie beoogt, aangezien de lidstaten over de mogelijkheid beschikken om deze uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om deze in de nationale wetgeving op te nemen met een mate van striktheid die per geval kan verschillen, afhankelijk van de op nationaal niveau doorslaggevende juridische, economische of sociale overwegingen. De lidstaten beschikken dus bij de bepaling van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 over een beoordelingsbevoegdheid die zeker is (zie naar analogie arrest van 20 december 2017, *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani en Guerrato*, C-178/16, EU:C:2017:1000, punten 31 en 32).
- 35 Wat de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 betreft, moet worden benadrukt dat deze, zoals de advocaat-generaal in punt 32 van zijn conclusie heeft opgemerkt, onpersoonlijk is geformuleerd, zonder dat wordt aangegeven door wie de in artikel 18, lid 2, van die richtlijn bedoelde verplichtingen niet zijn nagekomen. Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de bewoordingen van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 – ook wanneer deze bepaling wordt gelezen in het licht van overweging 101, eerste alinea, van die richtlijn, waaruit blijkt dat de aanbestedende diensten de mogelijkheid moet worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn vanwege schending van milieu- of sociale verplichtingen – niet beletten dat de lidstaten zich op het standpunt stellen dat degene die de vastgestelde schending heeft begaan ook de onderaannemer kan zijn, en dat zij aldus voorzien in de mogelijkheid of zelfs de verplichting voor de aanbestedende dienst om de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend op die grond uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.
- 36 Evenwel zij eraan herinnerd dat voor de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet enkel rekening moet worden gehouden met de bewoordingen van de betrokken bepaling, maar ook met de context en de algemene opzet van de regeling waarvan zij deel uitmaakt en de daardoor nagestreefde doelstellingen (arrest van 5 juli 2018, *X*, C-213/17, EU:C:2018:538, punt 26).
- 37 Wat in de eerste plaats de context van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 en de algemene opzet van deze richtlijn betreft, moet worden opgemerkt dat deze bepaling uitdrukkelijk verwijst naar schending van de in artikel 18, lid 2, van deze richtlijn genoemde verplichtingen, dat wil zeggen de verplichtingen die van toepassing zijn op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht.
- 38 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat artikel 18 van richtlijn 2014/24, met als opschrift „Aanbestedingsbeginselen”, het eerste artikel is van hoofdstuk II van deze richtlijn, dat gewijd is aan de „[a]lgemene regels” voor aanbestedingsprocedures. Door in lid 2 van dit artikel te bepalen dat de ondernemers bij de uitvoering van de opdracht moeten voldoen aan de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, heeft de Uniewetgever dit vereiste in beginsel op dezelfde

voet willen plaatsen als de andere, in lid 1 van dit artikel genoemde beginselen, namelijk de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie, evenredigheid en het verbod om een opdracht uit te sluiten van het toepassingsgebied van richtlijn 2014/24 of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Hieruit volgt dat een dergelijk vereiste in de algemene opzet van deze richtlijn een kernwaarde vormt waarvan de eerbiediging op grond van de bewoordingen van artikel 18, lid 2, van die richtlijn door de lidstaten moet worden gewaarborgd.

- 39 In die omstandigheden moet de noodzaak om de naleving van de in artikel 18, lid 2, van richtlijn 2014/24 bedoelde verplichtingen naar behoren te verzekeren, de lidstaten in staat stellen om in het kader van de vaststelling van de voorwaarden voor de toepassing van de in artikel 57, lid 4, onder a), van deze richtlijn genoemde uitsluitingsgrond, te bepalen dat de schending niet alleen kan uitgaan van de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, maar ook van de onderaannemers op wie hij voornemens is een beroep te doen. De aanbestedende dienst is immers gerechtigd te verlangen dat de opdracht alleen wordt gegund aan ondernemers die vanaf het stadium van de aanbestedingsprocedure aantonen dat zij in staat zijn om de naleving van die verplichtingen gedurende de uitvoering van de opdracht naar behoren te verzekeren, in voorkomend geval door een beroep te doen op onderaannemers die zelf aan die verplichtingen voldoen.
- 40 Hieruit volgt dat de lidstaten voor de toepassing van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 kunnen bepalen dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid of zelfs de verplichting heeft om de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure wanneer wordt vastgesteld dat een van de in de inschrijving van die ondernemer genoemde onderaannemers de in artikel 18, lid 2, van deze richtlijn bedoelde verplichtingen heeft geschonden.
- 41 Deze uitlegging wordt in de tweede plaats bevestigd door de onderliggende doelstelling van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24. In dit verband dient in herinnering te worden gebracht dat de mogelijkheid, of zelfs de verplichting, voor de aanbestedende dienst om een ondernemer uit te sluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure, er meer in het bijzonder toe strekt om hem in staat te stellen de integriteit en de betrouwbaarheid van elk van de ondernemers te beoordelen. Meer specifiek is de in artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 vermelde facultatieve uitsluitingsgrond, gelezen in samenhang met overweging 101 van die richtlijn, gebaseerd op een wezenlijk element van de relatie tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van eerstgenoemde, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld (zie naar analogie arrest van 3 oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj* 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punt 26 en aangehaalde jurisprudentie).
- 42 In combinatie met de specifieke doelstelling van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24, die erin bestaat de naleving van de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht te waarborgen, moet de doelstelling inzake de betrouwbaarheid van de ondernemer de lidstaten in staat stellen om de aanbestedende dienst de mogelijkheid, en zelfs de verplichting, toe te kennen om alleen die ondernemers als betrouwbaar te beschouwen die bij het opstellen van hun inschrijving de nodige zorg en zorgvuldigheid aan de dag hebben gelegd om ervoor te zorgen dat bij de uitvoering van de opdracht de betrokken verplichtingen onder alle omstandigheden worden nagekomen, hetzij door henzelf, hetzij door de onderaannemers aan wie zij een deel van die uitvoering willen toevertrouwen.
- 43 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de aanbestedende dienst de mogelijkheid of zelfs de verplichting heeft om de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure wanneer wordt vastgesteld dat de in die bepaling bedoelde uitsluitingsgrond van toepassing is ten aanzien van een van de in de inschrijving van die ondernemer vermelde onderaannemers.

- 44 Evenwel moet in herinnering worden gebracht dat, zoals in punt 33 van het onderhavige arrest is vermeld, de lidstaten, wanneer zij de voorwaarden voor de toepassing van artikel 57 van richtlijn 2014/24 bepalen, krachtens lid 7 van dat artikel het Unierecht in acht moeten nemen.
- 45 Dienaangaande moet ten eerste eraan worden herinnerd dat aanbestedende diensten gedurende de gehele procedure de in artikel 18 van richtlijn 2014/24 neergelegde aanbestedingsbeginselen in acht moeten nemen, waartoe met name de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid behoren (zie arrest van 26 september 2019, *Vitali*, C-63/18, EU:C:2019:787, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en, ten tweede, dat overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, de door lidstaten of aanbestedende diensten opgestelde regels in het kader van de toepassing van de bepalingen van die richtlijn, zoals de regels voor het bepalen van de voorwaarden voor de toepassing van artikel 57 van die richtlijn, niet verder mogen gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van diezelfde richtlijn (zie in die zin arresten van 7 juli 2016, *Ambisig*, C-46/15, EU:C:2016:530, punt 40, en 8 februari 2018, *Lloyd's of London*, C-144/17, EU:C:2018:78, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 46 Ten eerste, wanneer de aanbestedende dienst tijdens de aanbestedingsprocedure nagaat of er uitsluitingsgronden in de zin van artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 bestaan – waartoe hij krachtens artikel 56, lid 1, onder b), van deze richtlijn, gelezen in het licht van overweging 40 ervan, verplicht is –, en de nationale regeling bepaalt dat hij de mogelijkheid of zelfs de verplichting heeft om de ondernemer uit te sluiten omdat een onderaannemer verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht heeft geschonden, teneinde het beginsel van gelijke behandeling in acht te nemen, moet deze dienst zodoende niet alleen nagaan of alle ondernemers die een inschrijving hebben ingediend, maar ook of alle onderaannemers die door deze ondernemers in hun respectievelijke inschrijvingen zijn vermeld, deze verplichtingen op enige wijze hebben geschonden.
- 47 Aangezien een dergelijke eenvormige controle plaatsvindt tijdens de aanbestedingsprocedure, moet worden verduidelijkt dat het beginsel van gelijke behandeling zich niet verzet tegen een nationale regeling die bepaalt dat de vaststelling van een schending bij een onderaannemer na de gunning van de opdracht niet leidt tot uitsluiting van de geselecteerde inschrijver, maar enkel tot vervanging van de onderaannemer. Wanneer alle ondernemers en alle in hun inschrijvingen vermelde onderaannemers tijdens de aanbestedingsprocedure onder identieke voorwaarden aan een controleproces door de aanbestedende dienst werden onderworpen, moet immers worden aangenomen dat deze ondernemers en onderaannemers in dit verband op gelijke voet zijn behandeld tijdens de aanbestedingsprocedure, waarbij het beginsel van gelijke behandeling niet in de weg staat aan de toepassing van een andere regel wanneer de schending pas later, in de uitvoeringsfase van de opdracht, kan worden vastgesteld.
- 48 Ten tweede, wat het evenredigheidsbeginsel betreft, moet er naast de in punt 45 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak aan worden herinnerd dat uit overweging 101, derde alinea, van richtlijn 2014/24 blijkt dat de aanbestedende diensten bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, zoals die van artikel 57, lid 4, onder a), van deze richtlijn, bijzondere aandacht moeten schenken aan het evenredigheidsbeginsel, door met name rekening te houden met de geringe grootte van de onregelmatigheden die werden begaan of de herhaling van kleine onregelmatigheden. Deze aandacht moet nog groter zijn wanneer de uitsluiting waarin de nationale regeling voorziet, aan de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend wordt opgelegd voor een schending die niet rechtstreeks door hem is begaan, maar door een persoon buiten zijn onderneming, die mogelijk niet door hem kan worden gecontroleerd omdat hij niet over de daartoe vereiste macht en middelen beschikt.
- 49 De noodzaak om het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen, komt ook tot uiting in artikel 57, lid 6, eerste alinea, van richtlijn 2014/24, op grond waarvan elke ondernemer die met name in de zin van artikel 57, lid 4, onder a), van die richtlijn bedoelde situatie verkeert, ook – zoals blijkt uit punt 43 van het onderhavige arrest – als gevolg van een schending die is vastgesteld ten aanzien van een in de inschrijving vermelde onderaannemer, mag bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen

voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks het bestaan van die uitsluitingsgrond. Artikel 57, lid 6, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 preciseert dat als dat bewijs toereikend wordt geacht, de betrokken ondernemer niet moet worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Met deze bepaling wordt dus een mechanisme van herstelmaatregelen (*self-cleaning*) ingevoerd, wat het belang benadrukt dat wordt gehecht aan de betrouwbaarheid van de ondernemer (zie arrest van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punten 40 en 41).

- 50 Hieruit volgt dat de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, wanneer hij het risico loopt te worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure vanwege een schending van de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht die is toe te rekenen aan één van de onderaannemers waarop hij overweegt een beroep te doen, aan de aanbestedende dienst kan aantonen dat hij ondanks het bestaan van een dergelijke uitsluitingsgrond betrouwbaar blijft, waarbij de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 57, lid 6, derde alinea, van richtlijn 2014/24 het door deze ondernemer aangedragen bewijs moet beoordelen in het licht van de ernst van de situatie en de bijzondere omstandigheden van de zaak.
- 51 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale regeling voorziet echter op algemene en abstracte wijze in de automatische uitsluiting van de ondernemer, wanneer een schending van de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht wordt vastgesteld bij een van de in de inschrijving van die ondernemer vermelde onderaannemers, ongeacht de omstandigheden die aan deze schending ten grondslag liggen, en stelt dus een onweerlegbaar vermoeden in op grond waarvan de ondernemer moet worden uitgesloten voor elke aan een van zijn onderaannemers toe te schrijven schending, zonder dat de aanbestedende dienst de aan de orde zijnde bijzondere omstandigheden per geval kan beoordelen en zonder dat de ondernemer ondanks de vaststelling van deze schending zijn betrouwbaarheid kan aantonen.
- 52 Een dergelijke regeling biedt de aanbestedende dienst met name niet de mogelijkheid om bij de beoordeling van de situatie rekening te houden met een aantal relevante factoren, zoals de middelen die de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend te zijner beschikking had om na te gaan of er sprake was van een schending door de onderaannemers, of een vermelding in zijn inschrijving dat hij in staat is de opdracht uit te voeren zonder een beroep te moeten doen op de betrokken onderaannemer.
- 53 In die omstandigheden is een nationale regeling die voorziet in een dergelijke automatische uitsluiting van de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, in strijd met het evenredigheidsbeginsel, aangezien zij de aanbestedende diensten verplicht om automatisch tot die uitsluiting over te gaan wegens de schending door een onderaannemer en zij daarmee de beoordelingsmarge overschrijdt waarover de lidstaten krachtens artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 beschikken bij de bepaling – met eerbiediging van het Unierecht – van de voorwaarden voor de toepassing van de in artikel 57, lid 4, onder a), van die richtlijn bedoelde uitsluitingsgrond. Een dergelijke regeling ontzegt de ondernemer ook de mogelijkheid om overeenkomstig artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24 zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks een schending door een van zijn onderaannemers (zie naar analogie arresten van 19 mei 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, punt 30; 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punten 34 en 35, en 26 september 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punten 40 en 41).
- 54 Bijgevolg kan een in de nationale regeling voorgeschreven automatische uitsluiting van de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, niet worden geacht verenigbaar te zijn met artikel 57, leden 4 en 6, van richtlijn 2014/24 en met het evenredigheidsbeginsel, aangezien zij ten eerste deze ondernemer de mogelijkheid ontzegt om gedetailleerde informatie over de situatie te verstrekken, en zij, ten tweede, verhindert dat de aanbestedende dienst dienaangaande over een beoordelingsmarge beschikt (zie naar analogie arrest van 26 september 2019, Vitali, C-63/18, EU:C:2019:787, punten 42 en 43).

- 55 Gelet op een en ander moet op de vragen worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, onder a), van richtlijn 2014/24 zich niet verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de aanbestedende dienst de mogelijkheid of zelfs de verplichting heeft om de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure wanneer wordt vastgesteld dat de in die bepaling bedoelde uitsluitingsgrond van toepassing is ten aanzien van een van de in de inschrijving van die ondernemer vermelde onderaannemers. Deze bepaling, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 6, van deze richtlijn, en het evenredigheidsbeginsel, verzetten zich daarentegen wel tegen een nationale regeling die bepaalt dat een dergelijke uitsluiting automatisch plaatsvindt.

### **Kosten**

- 56 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale 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:

**Artikel 57, lid 4, onder a), 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 verzet zich niet tegen een nationale regeling op grond waarvan de aanbestedende dienst de mogelijkheid of zelfs de verplichting heeft om de ondernemer die de inschrijving heeft ingediend, uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure wanneer wordt vastgesteld dat de in die bepaling bedoelde uitsluitingsgrond van toepassing is ten aanzien van een van de in de inschrijving van die ondernemer vermelde onderaannemers. Deze bepaling, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 6, van deze richtlijn, en het evenredigheidsbeginsel, verzetten zich daarentegen wel tegen een nationale regeling die bepaalt dat een dergelijke uitsluiting automatisch plaatsvindt.**

ondertekeningen