



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Zevende kamer)

18 oktober 2012 *

„Richtlijn 2004/18/EG — Overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten — Artikelen 44, lid 2, en 47, leden 1, sub b, 2 en 5 — Economische en financiële draagkracht van gegadigden of inschrijvers — Minimumeis inzake draagkracht op basis van één enkel balansgegeven — Boekhoudkundig gegeven dat kan worden beïnvloed door verschillen tussen nationale regelingen inzake jaarrekening van ondernemingen”

In zaak C-218/11,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Fővárosi Ítéltábla (Hongarije) bij beslissing van 20 april 2011, ingekomen bij het Hof op 11 mei 2011, in de procedure

Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig),

Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, thans Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe,

tegen

Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság,

in tegenwoordigheid van:

Vegyépszer Építő és Szerelő Zrt,

MÁVÉPCELL Kft,

wijst HET HOF (Zevende kamer),

samengesteld als volgt: G. Arestis, waarnemend voor de president van de Zevende kamer, J. Malenovský en D. Šváby (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,

griffier: K. Sztranc-Sławiczek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 maart 2012,

* Procestaal: Hongaars.

gelet op de opmerkingen van:

- het Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig), vertegenwoordigd door G. Buda, A. Cséza en D. Kuti, ügyvédek,
- Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, thans Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe, vertegenwoordigd door Z. Mucsányi, ügyvéd,
- de Hongaarse regering, vertegenwoordigd door M. Z. Fehér, K. Szijjártó en G. Koós als gemachtigden,
- de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek en T. Müller als gemachtigden,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en J. Möller als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Tokár en A. Sipos als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 44, lid 2, en 47, leden 1, sub b, 2 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 L 134, blz. 114).
- 2 Dit verzoek is ingediend door de Fővárosi Ítéltábla (hof van beroep te Boedapest), die in hoger beroep uitspraak moet doen op een beroep dat is ingesteld tegen een beslissing van de Közbiztosítási Tanácsa Közbiztosítási Döntőbizottság (arbitragecommissie van de raad voor overheidsopdrachten), een administratieve arbitrage-instantie. Die beslissing werd gegeven in het kader van een geding tussen Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe, thans Hochtief Solutions AG Magyarországi Fióktelepe (hierna: „Hochtief Hongarije”), het Hongaarse filiaal van Hochtief Solutions AG, een vennootschap naar Duits recht, en het Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövízig) (directoraat Milieubescherming en Waterstaat van Noord-Transdanubië) over een door het Édukövízig geopende niet-openbare aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht. In het kader van het door Hochtief Hongarije ingestelde beroep is de arbitrage-instantie verwerende partij en het Édukövízig naast Hochtief Hongarije verzoekende partij.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2004/18

- 3 De considerans van richtlijn 2004/18 omvat onder meer de volgende overwegingen:

„[...]

- (2) Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.

[...]

- (39) 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.
- (40) Een aanbestedende dienst kan het aantal gegadigden in niet-openbare procedures, in procedures van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht en in de concurrentiegericht dialog beperken. Een dergelijke vermindering van het aantal gegadigden moet geschieden op basis van objectieve criteria die in de aankondiging van de opdracht zijn vermeld. [...]

[...]”

- 4 Artikel 2 van richtlijn 2004/18, „Beginnelsen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, luidt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”

- 5 Artikel 44 van deze richtlijn, „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten”, bepaalt:

„1. Opdrachten worden gegund op basis van de in de artikelen 53 en 55 bepaalde criteria, [...] nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de [...] ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52, en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende criteria als bedoeld in lid 3.

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.

3. Bij niet-openbare procedures, procedures van gunning door onderhandelingen met bekendmaking van een aankondiging van een opdracht en concurrentiegericht dialogo, kunnen de aanbestedende diensten het aantal geschikte gegadigden dat zij zullen uitnodigen tot indiening van een inschrijving, onderhandelingen of dialoog, beperken op voorwaarde dat er een voldoende aantal geschikte kandidaten is. De aanbestedende diensten vermelden in de aankondiging van de opdracht de objectieve en niet-discriminerende criteria of regels die zij voornemens zijn te gebruiken [...].

[...]"

6 Artikel 47 van richtlijn 2004/18, „Economische en financiële draagkracht”, luidt:

„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;
- b) overlegging van balansen of van balansuittreksels, indien de wetgeving van het land waar de ondernemer is gevestigd, de bekendmaking van balansen voorschrijft;
- c) een verklaring betreffende de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.

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

3. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 4, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere lichamen.

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 overlegd.

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."

Richtlijn 78/660/EEG

7 Zoals blijkt uit de eerste overweging van de considerans, heeft de Vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van [artikel 44, lid 2, sub g,] van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11) een harmonisatie tot stand

gebracht van de nationale voorschriften die met name betrekking hebben op de indeling en de inhoud van de jaarrekening, de waarderingsmethoden en de openbaarmaking van de jaarrekening wat betreft de naamloze vennootschap en de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid. Artikel 1, lid 1, van deze richtlijn, waarin de betrokken vennootschapsvormen worden genoemd, vermeldt voor de Bondsrepubliek Duitsland onder meer de „Aktiengesellschaft”.

- 8 De harmonisatie ingevolge die richtlijn is evenwel slechts gedeeltelijk. In artikel 6 is met name bepaald dat de lidstaten kunnen toestaan of voorschrijven dat de schema's van de balans en van de winst- en verliesrekening worden aangepast teneinde de bestemming van winst en de verwerking van verlies te laten uitkomen.

Duits en Hongaars recht

- 9 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat zowel de Duitse als de Hongaarse regeling inzake de jaarrekening van ondernemingen bepaalt dat in de balanspost met betrekking tot winst of verlies verslag wordt uitgebracht van de uitkering van dividenden. Terwijl volgens de Hongaarse regeling de uitkering van dividenden slechts mogelijk is indien dat er niet toe leidt dat die balanspost negatief wordt, bestaat in de Duitse regeling echter geen soortgelijke beperking, in elk geval niet voor de overdracht van winsten van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 10 Via een in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 25 juli 2006 bekendgemaakte aankondiging heeft het Édukövízig een niet-openbare procedure geopend voor een overheidsopdracht voor de uitvoering van vervoersinfrastructuurprojecten. Uit het dossier blijkt dat de geraamde waarde van die projecten tussen 7,2 en 7,5 miljard HUF, ongeveer 23 300 000 à 24 870 000 EUR, ligt.
- 11 Met betrekking tot de economische en financiële draagkracht van de gegadigden heeft de aanbestedende dienst de overlegging verlangd van een overeenkomstig de boekhoudkundige voorschriften opgesteld uniform document en als minimumeis gesteld dat het balansresultaat over de laatste drie afgesloten boekjaren niet meer dan één keer negatief was (hierna: „economisch vereiste”).
- 12 Hochtief AG is de moedermaatschappij van een groep waartoe ook Hochtief Solutions AG, een 100 %-dochter van Hochtief AG, behoort. Het gaat om vennootschappen naar Duits recht. Hochtief Hongarije is het Hongaarse filiaal van Hochtief Solutions AG. Blijkens de verwijzingsbeslissing kan Hochtief Hongarije voor het economische vereiste in elk geval uitsluitend naar de situatie van Hochtief Solutions AG verwijzen.
- 13 Krachtens een winstoverdrachtsovereenkomst moet Hochtief Solutions AG haar winst jaarlijks aan haar moedermaatschappij overdragen, zodat het balansresultaat van Hochtief Solutions AG steeds gelijk aan nul of negatief is.
- 14 Hochtief Hongarije heeft het economische vereiste ter discussie gesteld, op de grond dat het discriminerend is en bepalingen van de Hongaarse wet ter omzetting van richtlijn 2004/18 schendt.
- 15 De verwijzende rechter wijst erop dat het door toepassing van de voorschriften inzake de jaarrekening op vennootschappen naar Duits recht, of in elk geval op groepen vennootschappen naar Duits recht, mogelijk is dat een vennootschap een positief resultaat na belastingen, maar een negatief resultaat op de balans behaalt vanwege een dividenduitkering of winstoverdracht die hoger is dan de winst na belastingen, en dat de Hongaarse regeling zich verzet tegen een dividenduitkering die ertoe zouden leiden dat het resultaat op de balans negatief wordt.

- 16 Hochtief Hongarije heeft tegen het economische vereiste bij de Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság bezwaar aangetekend. Tegen de door die instantie gegeven beslissing is door Hochtief Hongarije bij de rechter in eerste aanleg en vervolgens bij de verwijzende rechter beroep ingesteld.
- 17 Voor de verwijzende rechter heeft Hochtief Hongarije aangevoerd dat door het economische vereiste geen niet-discriminerende en objectieve vergelijking van de gegadigden mogelijk is, aangezien de voorschriften inzake de jaarrekening van ondernemingen wat dividendbetaling binnen groepen ondernemingen betreft per lidstaat kunnen verschillen. Dat zou in ieder geval zo zijn voor Hongarije en de Bondsrepubliek Duitsland. Het economische vereiste zou indirect discriminerend zijn, omdat het in het nadeel zou zijn van gegadigden die daaraan niet of slechts met moeite kunnen voldoen doordat zij in hun lidstaat van vestiging zijn onderworpen aan een wettelijke regeling die verschilt van die welke in de lidstaat van de aanbestedende dienst geldt.
- 18 De verwijzende rechter stelt enerzijds vast dat uit de artikelen 44, lid 2, en 47, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18 blijkt dat een aanbestedende dienst minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht kan stellen door naar de balans te verwijzen, en anderzijds dat in artikel 47 rekening wordt gehouden met de verschillen die tussen de nationale regelingen inzake de jaarrekening van ondernemingen kunnen bestaan. Hij vraagt zich dan ook af hoe een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht kan worden gesteld die vergelijkbaar is ongeacht de plaats van vestiging van een onderneming, wanneer de naleving van die eis moet worden aangetoond aan de hand van documenten die in artikel 47, lid 1, sub b, worden genoemd maar waarvan de inhoud en de opgenomen informatie per lidstaat kunnen verschillen.
- 19 Daarop heeft de Fővárosi Ítéltábla de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Kan de regeling dat de in artikel 44, lid 2, van richtlijn [2004/18] genoemde minimumeisen inzake draagkracht aan artikel 47, lid 1, sub b, van deze richtlijn moeten voldoen, aldus worden uitgelegd dat aanbestedende diensten de minimumeisen inzake draagkracht mogen verbinden aan één enkele indicator in het boekhoudkundige document (balans) welke zij in aanmerking nemen ter verificatie van de economische en financiële draagkracht?
 - 2) Zo ja, voldoet een bij de beoordeling van een minimumeis inzake draagkracht in aanmerking genomen gegeven (resultaat van het boekjaar) dat een verschillende inhoud heeft al naargelang de boekhoudkundige voorschriften van elke lidstaat, aan het in artikel 44, lid 2, van [deze] richtlijn gestelde verenigbaarheidsvereiste?
 - 3) Volstaat het ter correctie van de verschillen die tussen de lidstaten ongetwijfeld bestaan, dat een aanbestedende dienst, afgezien van de bescheiden die in aanmerking worden genomen ter verificatie van de economische en financiële draagkracht, de mogelijkheid waarborgt om een beroep te doen op externe referenties (artikel 47, lid [2, van richtlijn 2004/18]) of dient hij, om aan het verenigbaarheidsvereiste te voldoen voor alle door hem gevraagde bescheiden, te waarborgen dat die draagkracht op een andere wijze kan worden aangetoond (artikel 47, lid 5[, van deze richtlijn])?”

Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 20 Het Édukövízig betoogt om te beginnen dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is om twee redenen. Ten eerste heeft het betrekking op juridische aspecten die voor de beslechting van dit concrete geschil niet relevant zijn, aangezien zij niet aan de orde zijn gesteld in de procedure die voorafging aan het bij de verwijzende rechter aanhangige geding. Ten tweede levert het economische vereiste geen reëel probleem op aangezien Hochtief Hongarije gebruik had kunnen maken van haar eigen balans, waarmee aan dat vereiste had kunnen worden voldaan, of had kunnen

handelen namens Hochtief Solutions AG, die zich gelet op de winstoverdrachtsovereenkomst tussen haar en haar moedermaatschappij, Hochtief AG, krachtens de op haar toepasselijke wettelijke regeling had moeten beroepen op de economische en financiële draagkracht van de juridisch verantwoordelijke moedermaatschappij, hetgeen ook had volstaan om aan het economische vereiste te voldoen.

- 21 Wat de eerste aangevoerde grond voor niet-ontvankelijkheid betreft, moet worden vastgesteld dat daarin sprake is van de omvang van de aanhangigmaking bij de verwijzende rechter zoals die uit de toepassing van het nationale procesrecht voortvloeit, en dat het Hof niet bevoegd is om die omvang te onderzoeken.
- 22 De tweede grond voor niet-ontvankelijkheid berust op vermeende gevolgen die voortvloeien uit de beoordeling van feitelijke gegevens die verband houden met hetzij het Hongaarse recht, namelijk de mogelijkheid voor Hochtief Hongarije om zelf aan het economische vereiste te voldoen, hetzij het Duitse vennootschapsrecht, namelijk de mogelijkheid voor Hochtief Solutions AG om aan dat vereiste te voldoen vanwege de verplichting om zich op de economische draagkracht van haar moedermaatschappij te beroepen; deze gegevens staan niet ter beoordeling aan het Hof.
- 23 Voor het overige zij eraan herinnerd dat het in het kader van de in artikel 267 VWEU neergelegde samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof uitsluitend aan de nationale rechter staat om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Een verzoek van een nationale rechter kan door het Hof slechts worden afgewezen wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk hypothetisch of algemeen van aard is (zie met name arrest van 28 oktober 2010, Volvo Car Germany, C-203/09, Jurispr. blz. I-10721, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 24 Aangezien zich geen van deze gevallen voordoet, moeten de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter worden onderzocht.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste en tweede vraag

- 25 Met zijn eerste en zijn tweede vraag, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 44, lid 2, en 47, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht mag stellen door naar een bepaalde balanspost te verwijzen wanneer er met betrekking tot die post verschillen kunnen bestaan tussen de wettelijke regelingen van de lidstaten en dus in de balansen van ondernemingen, afhankelijk van de wettelijke regeling waaraan zij voor het opstellen van hun jaarrekening zijn onderworpen.
- 26 Krachtens artikel 44, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 kan een aanbestedende dienst een met artikel 47 van deze richtlijn in overeenstemming zijnde minimumeis inzake economische en financiële draagkracht stellen. Artikel 47, lid 1, sub b, bepaalt dat de aanbestedende dienst van gegadigden en inschrijvers met name mag verlangen dat zij die draagkracht aantonen door overlegging van hun balans.
- 27 Vastgesteld moet evenwel worden dat een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht niet onder verwijzing naar de balans in het algemeen kan worden gesteld. De in artikel 44, lid 2, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 genoemde bevoegdheid kan dus wat artikel 47, lid 1, sub b, betreft slechts worden uitgeoefend door naar een of meer specifieke onderdelen van de balans te verwijzen.

- 28 Wat de keuze van die onderdelen betreft, genieten aanbestedende diensten op grond van artikel 47 van richtlijn 2004/18 een tamelijk grote vrijheid. Anders dan artikel 48 van deze richtlijn, 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 (zie, met betrekking tot soortgelijke bepalingen van de aan richtlijn 2004/18 voorafgaande richtlijnen, arrest van 10 februari 1982, *Transporoute et travaux*, 76/81, Jurispr. blz. 417, punten 8-10 en 15), bepaalt artikel 47, lid 4, immers 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.
- 29 Deze vrijheid is echter niet onbegrensd. Volgens artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 moet een minimumeis inzake draagkracht verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Het of de door een aanbestedende dienst bij het stellen van een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht gekozen onderdeel of onderdelen moet of moeten dus objectief geschikt zijn voor het bieden van informatie over die draagkracht van een ondernemer, en de vastgestelde drempel moet aan de omvang van de betrokken opdracht worden aangepast, zodat deze drempel objectief een positieve aanwijzing is voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van die opdracht maar niet verder gaat dan hetgeen daartoe redelijkerwijs noodzakelijk is.
- 30 Aangezien de wettelijke regelingen van de lidstaten inzake de jaarrekening van ondernemingen niet volledig zijn geharmoniseerd, valt niet uit te sluiten dat die wettelijke regelingen verschillen vertonen wat betreft een specifiek onderdeel van de balans waarnaar een aanbestedende dienst bij het stellen van een minimumeis inzake draagkracht heeft verwezen. Zoals uit de bewoordingen van artikel 47, leden 1, sub b en c, en 5, blijkt, gaat richtlijn 2004/18 evenwel uit van de gedachte dat een aanbestedende dienst voor het bewijs van de economische en financiële draagkracht van gegadigden of inschrijvers een bewijsstuk rechtmatig kan verlangen, ook al is iedere potentiële gegadigde of inschrijver objectief niet in staat dat bewijsstuk over te leggen, al was het maar, in het geval van lid 1, sub b, door een verschil in wettelijke regeling. Een dergelijk vereiste kan dus op zich niet worden aangemerkt als discriminerend.
- 31 Een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht kan dan ook in beginsel niet worden uitgesloten om de enkele reden dat de naleving daarvan moet worden aangetoond aan de hand van een onderdeel van de balans ten aanzien waarvan tussen de regelingen van de lidstaten verschillen kunnen bestaan.
- 32 Derhalve moet op de eerste en de tweede prejudiciële vraag worden geantwoord dat de artikelen 44, lid 2, en 47, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht mag stellen door naar een of meer specifieke onderdelen van de balans te verwijzen, op voorwaarde dat deze onderdelen objectief geschikt zijn voor het bieden van informatie over die draagkracht van een ondernemer en die eis aan de omvang van de betrokken opdracht wordt aangepast, zodat objectief sprake is van een positieve aanwijzing voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van die opdracht maar niet verder wordt gegaan dan hetgeen daartoe redelijkerwijs noodzakelijk is. Een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht kan in beginsel niet worden uitgesloten om de enkele reden dat die eis betrekking heeft op een onderdeel van de balans ten aanzien waarvan tussen de wettelijke regelingen van de lidstaten verschillen kunnen bestaan.

Derde vraag

- 33 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 47 van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het, wanneer een ondernemer niet aan een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht kan voldoen door een tussen zijn lidstaat van vestiging en die van de aanbestedende dienst bestaand verschil in wettelijke regeling wat betreft de balanspost ten aanzien waarvan die minimumeis inzake draagkracht is gesteld, voldoende is dat hij zich overeenkomstig lid 2 van dit artikel op de draagkracht van een andere entiteit kan beroepen, dan wel of hij overeenkomstig lid 5 van dit artikel de gelegenheid moet hebben om zijn economische en financiële draagkracht aan de hand van daartoe geëigende bescheiden aan te tonen.
- 34 Vastgesteld moet evenwel worden dat, zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, het in het hoofdgeding centraal staande verschil in regeling niet ziet op de reikwijdte van de balanspost waarop het economische vereiste betrekking heeft, te weten het resultaat op de balans. Zowel de Duitse als de Hongaarse wettelijke regeling bepalen immers dat bij deze post rekening wordt gehouden met het resultaat van het boekjaar en met de dividenduitkering. Het verschil tussen deze wettelijke regelingen zit daarentegen in het feit dat het Hongaarse recht verbiedt dat dividenduitkering, of winstoverdracht, ertoe leidt dat deze post negatief wordt, terwijl het Duitse recht dat in elk geval niet verbiedt voor een dochteronderneming zoals Hochtief Solutions AG, die middels een winstoverdrachtsovereenkomst met haar moedermaatschappij is verbonden.
- 35 Dat verschil in regeling betreft dus het feit dat het Duitse recht, anders dan het Hongaarse, niet de mogelijkheid beperkt voor een moedermaatschappij om te bepalen dat de winst van haar dochteronderneming aan haar wordt overgedragen, ook al heeft dat tot gevolg dat het balansresultaat van deze dochteronderneming negatief wordt, waarbij het wel zo is dat een dergelijke winstoverdracht niet is voorgeschreven.
- 36 Derhalve moet worden aangenomen dat de verwijzende rechter met zijn vraag wenst te vernemen of artikel 47 van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het, wanneer een ondernemer in de onmogelijkheid verkeert om aan een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht zoals het economische vereiste te voldoen vanwege een overeenkomst op grond waarvan deze ondernemer zijn winst steeds aan zijn moedermaatschappij overdraagt, voldoende is dat hij zich overeenkomstig lid 2 van dit artikel op de draagkracht van een andere entiteit kan beroepen, dan wel of hij overeenkomstig lid 5 van dit artikel de gelegenheid moet hebben om zijn economische en financiële draagkracht aan de hand van daartoe geëigende bescheiden aan te tonen, nu een dergelijke overeenkomst volgens de wettelijke regeling van de lidstaat van vestiging van die ondernemer onbeperkt mogelijk is, maar volgens de wettelijke regeling van de lidstaat van vestiging van de aanbestedende dienst slechts mogelijk zou zijn indien de winstoverdracht niet tot gevolg zou hebben dat het resultaat op de balans negatief wordt.
- 37 In een dergelijk geval blijkt de onmogelijkheid voor een dochteronderneming om te voldoen aan een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht die onder verwijzing naar een specifiek onderdeel van de balans is gesteld, uiteindelijk niet het gevolg te zijn van een verschil in wettelijke regeling, maar van een besluit van haar moedermaatschappij op grond waarvan die dochteronderneming haar gehele winst steeds aan de moedermaatschappij moet overdragen.
- 38 In die situatie beschikt die dochteronderneming slechts over de in artikel 47, lid 2, van richtlijn 2004/18 neergelegde mogelijkheid om zich op de economische en financiële draagkracht van een andere entiteit te beroepen door een toezegging van die entiteit over te leggen dat de noodzakelijke middelen te harer beschikking worden gesteld. Vastgesteld moet worden dat deze mogelijkheid uitermate geschikt is voor een dergelijke situatie aangezien de moedermaatschappij op deze wijze zelf een oplossing kan bieden voor de door haar veroorzaakte onmogelijkheid voor haar dochteronderneming om aan een minimumeis inzake draagkracht te voldoen.

- 39 Op de derde prejudiciële vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 47 van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een ondernemer die vanwege een overeenkomst op grond waarvan hij zijn winst steeds aan zijn moedermaatschappij overdraagt in de onmogelijkheid verkeert om te voldoen aan een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht volgens welke het balansresultaat van gegadigden of inschrijvers over de laatste drie afgesloten boekjaren niet meer dan één keer negatief mag zijn, om aan deze minimumeis inzake draagkracht te voldoen slechts de mogelijkheid heeft om zich overeenkomstig lid 2 van dit artikel op de draagkracht van een andere entiteit te beroepen. Daarbij is niet van belang dat de wettelijke regeling van de lidstaat van vestiging van die ondernemer en die van de lidstaat van vestiging van de aanbestedende dienst verschillen op het punt dat een dergelijke overeenkomst volgens de wettelijke regeling van de eerste lidstaat onbeperkt mogelijk is, maar volgens de wettelijke regeling van de tweede lidstaat slechts mogelijk zou zijn indien de winstoverdracht niet tot gevolg zou hebben dat het resultaat op de balans negatief wordt.

Kosten

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

Het Hof (Zevende kamer) verklaart voor recht:

- 1) De artikelen 44, lid 2, en 47, lid 1, sub b, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten moeten aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht mag stellen door naar een of meer specifieke onderdelen van de balans te verwijzen, op voorwaarde dat deze onderdelen objectief geschikt zijn voor het bieden van informatie over die draagkracht van een ondernemer en die eis aan de omvang van de betrokken opdracht wordt aangepast, zodat objectief sprake is van een positieve aanwijzing voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van die opdracht maar niet verder wordt gegaan dan hetgeen daartoe redelijkerwijs noodzakelijk is. Een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht kan in beginsel niet worden uitgesloten om de enkele reden dat die eis betrekking heeft op een onderdeel van de balans ten aanzien waarvan tussen de wettelijke regelingen van de lidstaten verschillen kunnen bestaan.
- 2) Artikel 47 van richtlijn 2004/18 moet aldus worden uitgelegd dat een ondernemer die vanwege een overeenkomst op grond waarvan hij zijn winst steeds aan zijn moedermaatschappij overdraagt in de onmogelijkheid verkeert om te voldoen aan een minimumeis inzake economische en financiële draagkracht volgens welke het balansresultaat van gegadigden of inschrijvers over de laatste drie afgesloten boekjaren niet meer dan één keer negatief mag zijn, om aan deze minimumeis inzake draagkracht te voldoen slechts de mogelijkheid heeft om zich overeenkomstig lid 2 van dit artikel op de draagkracht van een andere entiteit te beroepen. Daarbij is niet van belang dat de wettelijke regeling van de lidstaat van vestiging van die ondernemer en die van de lidstaat van vestiging van de aanbestedende dienst verschillen op het punt dat een dergelijke overeenkomst volgens de wettelijke regeling van de eerste lidstaat onbeperkt mogelijk is, maar volgens de wettelijke regeling van de tweede lidstaat slechts mogelijk zou zijn indien de winstoverdracht niet tot gevolg zou hebben dat het resultaat op de balans negatief wordt.

ondertekeningen