



## Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

2 juni 2016\*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Deelname aan een openbare aanbesteding — Mogelijkheid om zich te beroepen op de draagkracht van andere ondernemingen om aan de noodzakelijke voorwaarden te voldoen — Niet-betaling van een niet uitdrukkelijk voorziene bijdrage — Uitsluiting van de opdracht zonder mogelijkheid deze omissie te herstellen”

In zaak C-27/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (bestuursrechter in hoger beroep voor de regio Sicilië, Italië) bij beslissing van 10 december 2014, ingekomen bij het Hof op 22 januari 2015, in de procedure

**Pippo Pizzo**

tegen

**CRGT Srl,**

in tegenwoordigheid van:

**Autorità Portuale di Messina,**

**Messina Sud Srl,**

**Francesco Todaro,**

**Myleco Sas,**

wijst

HET HOF (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: A. Arabadjiev, kamerpresident, S. Rodin (rapporteur) en E. Regan, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

\* Procestaal: Italiaans.

gelet op de opmerkingen van:

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli, avvocato dello Stato,

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

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 januari 2016,

het navolgende,

### Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 47 en 48 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), en de Unierechtelijke beginselen inzake overheidsopdrachten.
- 2 Het verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Pippo Pizzo, handelend als eigenaar van de onderneming Pizzo en als lasthebber van het met Onofaro Antonino gevormde consortium (hierna: „Pizzo”), en C.R.G.T. Srl, betreffende de uitsluiting van een kandidaat van de openbare aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van de dienst bestaande in het beheer van afval en ladingresidu van schepen.

### Toepasselijke bepalingen

#### *Unierecht*

- 3 Artikel 2 van richtlijn 2004/18 luidt:

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

- 4 Artikel 47, lid 2, van de richtlijn bepaalt:

„Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet hij 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.”

- 5 Artikel 48, lid 3, van de voornoemde richtlijn luidt:

„Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen.”

- 6 Artikel 63, lid 1, eerste en derde alinea, en lid 2, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65-242), dat door de verwijzende rechter wordt vermeld, luidt:

„1. Met betrekking tot de in artikel 58, lid 3, bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan een ondernemer zich, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. [...] Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, toont hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aan dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten.

[...]

Indien een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten voor het vervullen van de economische en financiële criteria, kan de aanbestedende dienst eisen dat de ondernemer en die entiteiten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.

[...]

2. In het geval van opdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor [leveringen] kunnen aanbestedende diensten eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de inschrijving door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 19, lid 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie.”

#### *Italiaans recht*

- 7 Artikel 49 van decreto legislativo nr. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsdecreet nr. 163 inzake het wetboek betreffende overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen ter uitvoering van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG) van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006), zoals gewijzigd bij decreto legislativo (wetsdecreet) nr. 152 van 11 september 2008 (gewoon supplement bij GURI nr. 231 van 2 oktober 2008) (hierna: „wetsdecreet nr. 163/2006”), met als opschrift „Beroep op de draagkracht van een derde”, zet de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18 om in Italiaans recht.

- 8 Artikel 49, lid 1, van wetsdecreet nr. 163/2006 luidt:

„De inschrijver kan, ongeacht of hij alleen is dan wel lid van een consortium of een groep in de zin van artikel 34, in het kader van een bepaalde opdracht voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten aan de economische, financiële, technische en organisatorische criteria voldoen, dat wil zeggen het erkenningsattest krijgen, door zich te beroepen op de capaciteiten of het erkenningsattest van een andere persoon.”

- 9 Artikel 49, lid 6, van wetsdecreet nr. 163/2006 bepaalt:

„Een beroep kan worden gedaan op meerdere nevenondernemingen gezien de waarde van de opdracht of de bijzondere aard van de verrichtingen, onverminderd het verbod voor de inschrijver, de afzonderlijke economisch-financiële en technisch-organisatorische criteria bedoeld in artikel 40, lid 3, onder b), op grond waarvan de verklaring in die categorie is afgegeven, in gedeelten te gebruiken.”

- 10 Overeenkomstig artikel 1, lid 67, eerste alinea, van de legge finanziaria 2006 (begrotingswet nr. 266 voor het jaar 2006, gewoon supplement nr. 211 bij GURI, van 29 december 2005), van 23 december 2005 (hierna: „wet nr. 266/2005”):

„[bepaalt] [d]e toezichhoudende autoriteit voor openbare werken [...] jaarlijks de hoogte van de bijdragen die haar verschuldigd zijn door de publieke en particuliere personen die onder haar toezicht vallen, alsook de wijze van inning, daaronder begrepen de verplichting voor ondernemingen om de bijdrage te betalen als voorwaarde voor het indienen van een offerte in het kader van procedures voor het uitvoeren van openbare werken.”

### **Hoofdeding en prejudiciële vragen**

- 11 De Autorità Portuale di Messina (de havenautoriteit van Messina, Italië) heeft in november 2012 een openbare aanbesteding van Europees belang uitgeschreven, voor de gunning van de vierjaarlijkse dienst van beheer van afval en ladingresidu van producten aan boord van schepen die een haven aandoen, die binnen het territoriale bevoegdheidsgebied van de havenautoriteit van Messina valt. Die dienst werd voordien door CRGT beheerd.
- 12 Het aanbestedingscomité van de havenautoriteit van Messina heeft tijdens zijn bijeenkomst van 16 mei 2013 vastgesteld dat er vier offertes waren ingediend.
- 13 CRGT, die een overeenkomst inzake beroep op de draagkracht van derden met RIAL Srl heeft ondertekend, en twee andere inschrijvers, hebben vernomen dat zij van de procedure waren uitgesloten, omdat zij de in wet nr. 266/2005 bedoelde bijdrage niet hadden betaald aan de Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (toezichhoudende autoriteit voor overheidsopdrachten; hierna: „AVCP”).
- 14 De opdracht werd bijgevolg gegund aan Pizzo, de enige overgebleven inschrijver in de aanbestedingsprocedure.
- 15 CRGT heeft bij het Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia (regionale bestuursrechtbank van Sicilië) beroep ingesteld tot nietigverklaring van het besluit tot uitsluiting van de procedure en tot vergoeding van de schade die door de uitsluiting is veroorzaakt.
- 16 Pizzo heeft daarop incidenteel beroep ingesteld en heeft daarbij aangevoerd dat ook CRGT had moeten worden uitgesloten omdat zij geen twee verschillende bankattesten tot staving van haar economische en financiële draagkracht had overgelegd.
- 17 De Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia heeft bij vonnis nr. 1781/2014 geoordeeld dat het beroep van CRGT ontvankelijk en gegrond was en dat de vennootschap ten onrechte van de betrokken aanbestedingsprocedure was uitgesloten. Zij heeft in dat verband ook geoordeeld dat de betaling van een verplichte bijdrage aan de AVCP door de inschrijvende ondernemingen niet in de documenten betreffende de procedure was voorzien, aangezien de betaling van een dergelijke bijdrage, voorzien in wet nr. 266/2005, enkel uitdrukkelijk op openbare werken ziet, maar niet op diensten. Deze rechter heeft bovendien gepreciseerd dat de oplegging van de betaling van die bijdrage, aan de ondernemingen die kandidaat zijn voor de gunning van een opdracht voor diensten, het gevolg is van een ruime uitlegging van wet nr. 266/2005 door de AVCP en van de bestuursrechtspraak, volgens welke het verplicht zijn van die betalingsvoorwaarde, door het mechanisme van de opvulling van leemtes van bestuurlijke handelingen, betekent dat alle ondernemingen die kandidaat zijn voor de gunning van overheidsopdrachten, die bijdrage moeten betalen.

- 18 De Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia heeft bovendien het incidenteel beroep van Pizzo afgewezen, omdat CRGT zich op de economische en financiële draagkracht van een derde onderneming, waarmee zij een overeenkomst in die zin had gesloten, kon beroepen, zoals zij gedaan had.
- 19 Pizzo heeft beroep ingesteld bij de verwijzende rechter.
- 20 Daarop heeft de Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (bestuursrechter in hoger beroep voor de regio Sicilië) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht over de volgende vragen:
- „1) Moeten de artikelen 47 en 48 van richtlijn [2004/18] aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling, zoals de hierboven beschreven Italiaanse regeling, op grond waarvan op het gebied van diensten onder de hierboven gestelde voorwaarden een gedeeltelijk beroep op de capaciteiten van andere ondernemingen mag worden gedaan?
- 2) Verzetten de beginselen van het recht van de Europese Unie, in het bijzonder het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, zich al dan niet tegen een bepaling van een rechtsorde van een lidstaat op grond waarvan een onderneming die niet op de hoogte is, omdat dit niet uitdrukkelijk in de aanbestedingshandelingen is vermeld, van het bestaan van een op straffe van uitsluiting voorgeschreven verplichting om voor de deelname aan een aanbestedingsprocedure een bepaald bedrag te betalen, van die procedure mag worden uitgesloten, ook al volgt die verplichting niet duidelijk uit de bewoordingen van het toepasselijke recht in de lidstaat, maar kan zij evenwel worden gereconstrueerd aan de hand van een tweeledige juridische bewerking, die om te beginnen bestaat in een ruime uitlegging van een aantal bepalingen van de rechtsorde van die lidstaat en vervolgens in de aanvulling – overeenkomstig die ruime uitlegging – van de normatieve inhoud van de aanbestedingshandelingen?”

## Beantwoording van de prejudiciële vragen

### *Eerste vraag*

- 21 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan het een ondernemer is toegestaan zich te beroepen op de draagkracht van één of meerdere derde entiteiten, teneinde aan de minimumvereisten voor de deelname aan een openbare aanbesteding te voldoen, waar hij zelf slechts gedeeltelijk aan voldoet.
- 22 Artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3 van richtlijn 2004/18 bepalen uitdrukkelijk, in bijna identieke bewoordingen dat „een ondernemer zich [...] [kan] beroepen op de draagkracht van andere entiteiten” om aan te tonen dat hij aan de voorwaarden voldoet inzake economische en financiële draagkracht, alsmede technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, als vereist door de betrokken opdracht.
- 23 Het Hof heeft geoordeeld dat het Unierecht niet vereist dat de persoon die een overeenkomst met een aanbestedende dienst sluit, in staat is de overeengekomen prestatie in eigen beheer met zijn eigen middelen te verrichten, om als ondernemer te kunnen worden aangemerkt die aan de vereisten voldoet om aan een aanbesteding deel te kunnen nemen (zie in die zin arrest van 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, punt 41).

- 24 Het Hof heeft in die context geoordeeld dat artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3 van richtlijn 2004/18 geen principeverbod opleggen aan een gegadigde of inschrijver om de draagkracht van een of meer derde entiteiten in te roepen naast zijn eigen draagkracht, om te voldoen aan de door een aanbestedende dienst vastgestelde criteria (zie arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punt 30).
- 25 Volgens die rechtspraak erkennen die bepalingen het recht van elke ondernemer om zich voor een bepaalde opdracht te beroepen op de draagkracht of de bekwaamheden van andere entiteiten, „ongeacht de [...] aard van zijn banden met die entiteiten”, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de inschrijver zal beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn (zie arrest van 14 januari 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punt 23).
- 26 Uit een en ander volgt dat op grond van richtlijn 2004/18 de draagkracht van meerdere ondernemers mag worden gecumuleerd om aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimumcapaciteitseisen te voldoen, mits bij die dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of inschrijver die de draagkracht van één of meer andere entiteiten inroept inderdaad zal beschikken over de middelen van die entiteiten die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn (zie arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punt 33).
- 27 Deze uitlegging strookt met het doel, overheidsopdrachten open te stellen voor een zo groot mogelijke mededinging, dat de betrokken richtlijnen niet alleen ten gunste van de ondernemers nastreven, maar ook ten gunste van de aanbestedende diensten (zie in die zin arrest van 23 december 2009, CoNISMA, C-305/08, EU:C:2009:807, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Bovendien vergemakkelijkt die uitlegging de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten, wat ook beoogd wordt met richtlijn 2004/18, zoals blijkt uit overweging 32 van die richtlijn (zie arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punt 34).
- 28 Het Hof heeft er niettemin op gewezen dat niet is uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde draagkracht vereisen, die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. Het Hof heeft aldus erkend dat in een dergelijke situatie de aanbestedende dienst zou mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken draagkracht heeft of dat de draagkracht door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht. Toch heeft het Hof gepreciseerd dat het hier een uitzonderlijke situatie betreft, zodat bedoelde vereiste door het nationale recht niet tot een algemene regel kan worden verheven (zie in die zin arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punten 35 en 36).
- 29 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat CRGT, volgens Pizzo, zich niet kon beroepen op de draagkracht van een andere ondernemer om te voldoen aan de gunningscriteria van de opdracht aan de orde in het hoofdgeding. Artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 voorzien uitdrukkelijk in de mogelijkheid voor een inschrijver om zich op de draagkracht van andere entiteiten te beroepen. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of de aanbesteding en het bestek van de betrokken opdracht er expliciet in voorzien hadden dat één ondernemer een minimale draagkracht moest hebben, gelet op de bijzondere aard van de verrichtingen.
- 30 Betreffende het argument van Pizzo, dat is gebaseerd op het feit dat CRGT haar economische en financiële draagkracht met het voorleggen van attesten van minstens twee banken had moeten bewijzen, moet erop worden gewezen dat het uitsluiten van de mogelijkheid voor een onderneming die een beroep doet op de draagkracht van een derde onderneming om het bankattest van die derde onderneming te gebruiken, kennelijk ieder nuttig effect zou ontnemen aan de mogelijkheid die artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 bieden om zich te beroepen op de

draagkracht van derden. Deze bepalingen moeten daarom aldus worden uitgelegd dat de ondernemers zich voor een bepaalde opdracht mogen beroepen om de draagkracht van andere entiteiten, met inbegrip van het gebruik van hun bankattesten.

- 31 De verwijzende rechter buigt zich ook over de vraag of artikel 63, lid 1, derde alinea, en lid 2, van richtlijn 2014/24 beperkingen invoeren op de mogelijkheid zich te beroepen op de draagkracht van andere ondernemingen. Evenwel zij gepreciseerd dat artikel 90 van die richtlijn bepaalt dat de lidstaten uiterlijk op 18 april 2016 aan de bepalingen van deze richtlijn moeten voldoen. De bepalingen van voornoemde richtlijn zijn derhalve *ratione temporis* niet van toepassing op het hoofdgeding.
- 32 Hoewel het Hof de lidstaten oplegt om zich gedurende de omzettingstermijn te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door een richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen (zie arrest van 18 december 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, EU:C:1997:628, punt 45), laat deze rechtspraak niet toe om een inschrijver beperkingen op te leggen, vóór het verstrijken van de voornoemde termijn, die niet uit het Unierecht voortvloeien, zoals door het Hof uitgelegd.
- 33 Bovendien zij onderstreept dat de specifieke bepalingen waar de verwijzende rechter naar verwijst, in de mogelijkheid voorzien voor de aanbestedende dienst om te eisen dat de ondernemer en de entiteit waarop een beroep wordt gedaan om te voldoen aan de vereisten inzake economische en financiële draagkracht, hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht (artikel 63, lid 1, derde alinea), of dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht (artikel 63, lid 2). Deze bepalingen stellen dus geen specifieke beperkingen vast voor de mogelijkheid om zich in gedeelten te beroepen op de draagkracht van derde entiteiten, en in dergelijke beperkingen moest hoe dan ook uitdrukkelijk door de betrokken openbare aanbesteding zijn voorzien, wat in het hoofdgeding niet het geval is.
- 34 Gelet op een en ander dient de eerste vraag aldus te worden beantwoord, dat de artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/018 aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan het een ondernemer is toegestaan zich te beroepen op de draagkracht van één of meerdere derde entiteiten, teneinde aan de minimumvereisten voor de deelname aan een openbare aanbesteding te voldoen, waar hij zelf slechts gedeeltelijk aan voldoet.

#### *Tweede vraag*

- 35 Met zijn tweede vraag wil de verwijzende rechter in wezen vernemen of het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de uitsluiting van een ondernemer van de openbare aanbestedingsprocedure, omdat hij een verplichting niet is nagekomen die niet uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten of in de geldende nationale regeling is vermeld, maar volgt uit een uitlegging van die wet en uit de opvullingen van de leemtes van de voornoemde documenten, door de nationale autoriteiten of bestuursrechters.
- 36 In dat verband zij er enerzijds aan herinnerd dat het beginsel van gelijke behandeling vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Anderzijds heeft het transparantiebeginsel, dat er het logische uitvloeisel van vormt, in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de

offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie in die zin arrest van 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 37 Het Hof heeft ook geoordeeld dat de beginselen van transparantie en gelijke behandeling die gelden voor alle procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, vereisen dat de materiële en formele voorwaarden inzake de deelneming aan een opdracht tevoren duidelijk moeten zijn bepaald en bekendgemaakt, in het bijzonder de verplichtingen van de inschrijvers, zodat de betrokkenen exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden (zie in die zin arrest van 9 februari 2006, *La Cascina e.a.*, C-226/04 en C-228/04, EU:C:2006:94, punt 32).
- 38 Bovendien blijkt uit bijlage VII A, inzake de inlichtingen die in de aankondigingen moeten worden opgenomen, van richtlijn 2004/18, in het deel betreffende de „Aankondiging van overheidsopdrachten”, punt 17, dat de „[s]electiecriteria betreffende de persoonlijke situatie van ondernemers die tot hun uitsluiting kunnen leiden” van de betrokken aanbestedingsprocedure in de aankondiging van de overheidsopdrachten moeten worden opgenomen.
- 39 Overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof moet een aanbestedende dienst krachtens artikel 2 van richtlijn 2004/18 de door hemzelf vastgestelde criteria aldus nauwgezet in acht te nemen (zie met name arresten van 10 oktober 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 40, en van 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punten 42 en 43).
- 40 Uit de aan het Hof overgelegde stukken blijkt dat documenten betreffende de aanbestedingsprocedure aan de orde in het hoofding, niet uitdrukkelijk voorzagen in een verplichting voor de inschrijvers om, op straffe van uitsluiting van de procedure, een bijdrage aan de AVCP te storten.
- 41 Zoals de verwijzende rechter onderstreept, is die verplichting het gevolg van een ruime uitlegging van wet nr. 266/2005 door de AVCP en van de nationale bestuursrechtspraak. Hij preciseert dat de AVCP oordeelt dat de niet-betaling van de bijdrage de uitsluiting van de inschrijver van de openbare aanbestedingsprocedure als gevolg heeft, ongeacht de aard van de opdracht in de betrokken aankondiging. De rechter zet ook uiteen dat uit de nationale bestuursrechtspraak blijkt dat een onderneming van een openbare aanbestedingsprocedure kan worden uitgesloten wanneer zij niet het bewijs levert dat zij voldoet aan een voorwaarde die niet expliciet is vereist door de aanbestedingsregeling, als de noodzaak van die voorwaarde voortvloeit uit „het mechanisme van de automatische opvulling van leemtes van bestuurshandelingen”.
- 42 Zoals in punt 39 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, dient de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria evenwel nauwgezet in acht te nemen. Die overweging geldt des te meer wanneer de uitsluiting van de procedure tot de mogelijkheden behoort.
- 43 Hoewel artikel 27, lid 1, van richtlijn 2004/18 niet vereist dat de bestekken op gedetailleerde wijze alle verplichtingen specificeren inzake belastingen, milieubescherming, de beschermingsbepalingen en de arbeidsomstandigheden die in de lidstaat gelden, moet er toch op worden gewezen dat die verplichtingen, in tegenstelling tot de bijdrage die in het hoofding aan de orde is, niet automatisch de uitsluiting van de procedure met zich meebrengen op het vlak van de ontvankelijkheid van de offerte.
- 44 Het voornoemde artikel 27 kan niet aldus worden uitgelegd dat het de aanbestedende diensten toestaat af te wijken van de verplichting om de door henzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht te nemen, rekening houdende met het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht, die eruit voortvloeit, waaraan zij zijn onderworpen krachtens artikel 2 van richtlijn 2004/18.



- 45 In het hoofdgeding kan de beweerde verplichting tot betaling van een bijdrage aan de AVCP echter enkel worden afgeleid uit de interactie tussen de begrotingswet van 2006, de besluitvormingspraktijk van de AVCP en de Italiaanse bestuursrechtspraak bij de toepassing en de uitlegging van wet nr. 266/2005.
- 46 Zoals de advocaat-generaal in wezen uiteenzet in punt 65 van zijn conclusie, valt een voorwaarde die het recht tot deelname aan een openbare aanbestedingsprocedure onderwerpt aan een voorwaarde die voortvloeit uit de uitlegging van het nationale recht en de praktijk van een autoriteit, als aan de orde in het hoofdgeding, bijzonder nadelig uit voor inschrijvers die in andere lidstaten zijn gevestigd, aangezien hun kennis van het nationale recht en de uitlegging ervan niet van hetzelfde niveau is als die van de nationale inschrijvers.
- 47 Betreffende het argument dat is gebaseerd op het feit dat CRGT in het verleden reeds de diensten heeft verricht die het voorwerp van de aanbesteding zijn, zodat zij kon weten dat er een bijdrage verschuldigd was als aan de orde in het hoofdgeding, volstaat het vast te stellen dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht die eruit voortvloeit, kennelijk niet in acht zouden zijn genomen als voor een dergelijke ondernemer criteria zouden gelden die niet in de aanbesteding zijn bepaald en die niet gelden voor nieuwe ondernemers.
- 48 Bovendien blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat aan die voorwaarde van bijdragebetaling geen regularisatiemogelijkheid is verbonden.
- 49 Volgens punt 46 van het arrest van het Hof van 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda* (C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 46), kan de aanbestedende dienst niet elke rectificatie toestaan voor omissies die volgens de uitdrukkelijke bepalingen van de aanbestedingsdocumenten moeten leiden tot uitsluiting van de inschrijver. Het Hof heeft in punt 48 van dat arrest onderstreept dat de betrokken verplichting in duidelijke termen was opgelegd in de aanbestedingsdocumenten, op straffe van uitsluiting.
- 50 Wanneer evenwel, zoals in het hoofdgeding, een voorwaarde voor de deelname aan de aanbestedingsprocedure, op straffe van uitsluiting van die procedure, niet uitdrukkelijk is voorzien in de aanbestedingsdocumenten, en wanneer die voorwaarde enkel uit een uitlegging door de rechtspraak van het nationale recht kan worden afgeleid, kan de aanbestedende dienst de uitgesloten inschrijver een termijn toekennen die voldoende is om zijn omissie recht te zetten.
- 51 Gelet op een en ander, dient de tweede vraag aldus te worden beantwoord dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de uitsluiting van een ondernemer van de openbare aanbestedingsprocedure op grond dat hij een verplichting niet is nagekomen die niet uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten of in de geldende nationale regeling is vermeld, maar volgt uit een uitlegging van die wet en die documenten, en uit de opvulling van de leemtes van bedoelde documenten door de nationale autoriteiten of bestuursrechters. In die omstandigheden dienen de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid aldus te worden uitgelegd dat zij zich er niet tegen verzetten dat een ondernemer zijn situatie kan regulariseren en voornoemde verplichting kan nakomen binnen een door de aanbestedende dienst gestelde termijn.

## **Kosten**

- 52 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 (Zesde kamer) verklaart voor recht:

- 1) **De artikelen 47 en 48 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen een nationale regeling op grond waarvan het een ondernemer is toegestaan zich te beroepen op de draagkracht van één of meerdere derde entiteiten, teneinde aan de minimumvereisten voor de deelname aan een openbare aanbesteding te voldoen, waar hij zelf slechts gedeeltelijk aan voldoet.**
- 2) **Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen de uitsluiting van een ondernemer van de openbare aanbestedingsprocedure op grond dat hij een verplichting niet is nagekomen die niet uitdrukkelijk in de aanbestedingsdocumenten of in de geldende nationale regeling is vermeld, maar volgt uit een uitlegging van die wet en die documenten, en uit de opvulling van de leemtes van bedoelde documenten door de nationale autoriteiten of bestuursrechters. In die omstandigheden dienen de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid aldus te worden uitgelegd dat zij zich er niet tegen verzetten dat een ondernemer zijn situatie kan regulariseren en voornoemde verplichting kan nakomen binnen een door de aanbestedende dienst gestelde termijn.**

ondertekeningen