



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

7 juli 2016 *

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje — Technische bekwaamheid van ondernemers — Rechtstreekse werking — Bewijsmiddelen — Rangorde tussen de certificaten van de particuliere afnemer en de eenzijdige verklaring van de inschrijver — Evenredigheidsbeginsel — Verbod om wezenlijke veranderingen aan te brengen in de voorgeschreven bewijsmiddelen”

In zaak C-46/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunal Central Administrativo Sul (centrale administratieve rechtbank Zuid, Portugal) bij beslissing van 29 januari 2015, ingekomen bij het Hof op 5 februari 2015, in de procedure

Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA

tegen

AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal,

in tegenwoordigheid van:

Índice – ICT & Management, Lda,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. L. da Cruz Vilaça, kamerpresident, A. Tizzano (rapporteur), vicepresident van het Hof, F. Biltgen, A. Borg Barthet en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 28 januari 2016,

gelet op de opmerkingen van:

— Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA, vertegenwoordigd door H. Rodrigues da Silva, advogado,

— de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes en F. Batista als gemachtigden,

* Procestaal: Portugees.

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Braga da Cruz en A. Tokár als gemachtigden,
gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 maart 2016,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, 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).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, SA (hierna: „Ambisig”) en AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal (hierna: „AICP”) over het besluit van AICP om Ambisig uit te sluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure voor een opdracht voor diensten.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 De overwegingen 1, 2, 4, 32 en 46 van richtlijn 2004/18 luiden als volgt:
„(1) Naar aanleiding van de nieuwe wijzigingen van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [PB 1992, L 209, blz. 1], richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen [PB 1993, L 199, blz. 1], en richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken [PB 1993, L 199, blz. 54] die nodig zijn in antwoord op de vereenvoudigings- en moderniseringseisen, die zowel de aanbestedende diensten als de ondernemers hebben gesteld in hun antwoorden op het door de Commissie op 27 november 1996 aangenomen Groenboek, dient ter wille van de duidelijkheid tot omwerking van deze richtlijnen in één tekst te worden overgegaan. [...]
(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. [...]
[...]
(4) De lidstaten dienen erop toe te zien dat deelname van een publiekrechtelijke instelling als inschrijver op een overheidsopdracht geen concurrentieverstorende gevolgen heeft voor particuliere inschrijvers.
[...]
(32) Om de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten te bevorderen, moeten bepalingen over onderaanneming worden opgenomen.

[...]

(46) De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. [...]"

4 Artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 luidt:

„Als ‚aangebestede diensten’ worden aangemerkt de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling’ wordt iedere instelling verstaan

- a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn,
- b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en
- c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

De niet-limitatieve lijsten van de publiekrechtelijke instellingen en van de categorieën publiekrechtelijke instellingen die aan de in de tweede alinea, onder a), b) en c), genoemde criteria voldoen, zijn in bijlage III opgenomen. Daartoe stellen de lidstaten de Commissie op gezette tijden in kennis van de in hun lijsten opgetreden wijzigingen."

5 Artikel 48 van deze richtlijn bepaalt onder het opschrift „Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid":

„1. De technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemers worden beoordeeld en gecontroleerd overeenkomstig de leden 2 en 3.

2. De technische bekwaamheid van de ondernemer kan op een of meer van de volgende manieren worden aangetoond, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

- a) i) [...]
- ii) aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De leveringen en diensten worden aangetoond:

— [...]

- in het geval van leveringen of diensten voor een particuliere afnemer: door certificaten van de afnemer of, bij ontstentenis daarvan, eenvoudigweg door een verklaring van de ondernemer;

[...]"

Portugees recht

- 6 Richtlijn 2004/18 is omgezet in Portugees recht bij het Código dos Contratos Públicos (wetboek overheidsopdrachten), dat is goedgekeurd bij wetsbesluit nr. 18/2008 van 29 januari 2008, zoals gewijzigd en opnieuw gepubliceerd als bijlage bij wetbesluit nr. 287/2009 van 2 oktober 2009 (*Diário da República*, 1e reeks, nr. 192 van 2 oktober 2009).
- 7 Artikel 165 van dit wetboek luidt als volgt:
- „1 – De minimumeisen inzake technische bekwaamheid zoals bedoeld in punt h) van lid 1 van het voorgaande artikel moeten zijn aangepast aan de aard van de verrichtingen die het voorwerp zijn van de te gunnen opdracht en moeten een beschrijving bevatten van de omstandigheden, de kwaliteiten, de kenmerken of andere factoren die met name betrekking hebben op:
- a) de beroepservaring van gegadigden;
 - b) personeel en technologische hulpmiddelen zoals machines en overige zaken die door gegadigden, op welke manier dan ook, worden ingezet;
 - c) de organisatiestructuur en het organisatorisch vermogen van gegadigden, met name wat betreft de directie en de integratie van specialistische kennis, de ondersteunende computersystemen en de kwaliteitscontrolesystemen;
 - d) het vermogen van gegadigden om binnen de uitvoering van de te gunnen opdracht milieubeheersmaatregelen te implementeren;
 - e) de gegevens die met betrekking tot de ondernemers in het gegevensbestand van het *Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P.* zijn opgenomen, wanneer het gaat om het plaatsen van een overheidsopdracht voor werken of om de verlening van een concessie voor openbare werken.

[...]

5 – Bij de vaststelling van de minimumeisen inzake technische bekwaamheid zoals bedoeld in lid 1 en de factor „f” zoals bedoeld in punt i) van lid 1 van het voorgaande artikel mag er geen sprake zijn van discriminatie.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 8 Blijkens de aan het Hof overgelegde stukken heeft AICP als aanbestedende dienst op 10 december 2013 een niet-openbare aanbesteding met voorafgaande selectie gestart voor het plaatsen van een opdracht voor diensten met betrekking tot de „implementatie van systemen voor milieu- en kwaliteitsbeheer en van een technologieplatform in 13 ondernemingen”.
- 9 Artikel 12, lid 1, onder c) en f), van de aankondiging luidde als volgt:

„Om in aanmerking te komen voor selectie dienen gegadigden de volgende documenten over te leggen:

[...]

c) een verklaring van de klant, op papier voorzien van een briefhoofd en stempel, ten bewijze van de implementatie van het systeem voor milieubeheer en/of kwaliteitsbeheer door de gegadigde, conform de in bijlage VIII bij deze aankondiging opgenomen modelverklaring. De onder de verklaring geplaatste handtekening moet door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie zijn gelegaliseerd en vermeldt de hoedanigheid van de ondertekenaar;

[...]

f) een verklaring van de klant, op papier voorzien van een briefhoofd en stempel, ten bewijze van de implementatie van beheersystemen, de ontwikkeling en de implementatie van een online technologieplatform, van software voor managementsystemen en van coördinatiemaatregelen door de gegadigde, met vermelding van de desbetreffende waarde, conform de in bijlage IX bij deze aankondiging opgenomen modelverklaring. De onder de verklaring geplaatste handtekening moet door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie zijn gelegaliseerd onder vermelding van de hoedanigheid van de ondertekenaar; [...]"

- 10 Bij besluit van 27 maart 2014 heeft AICP goedkeuring verleend aan het door de jury opgestelde eindrapport waarin Índice ICT & Management, Lda werd geselecteerd om een inschrijving in te dienen en met name Ambisig werd uitgesloten van deelneming op de grond dat deze onderneming de vervulling van de voorwaarden met betrekking tot haar technische bekwaamheid niet had aangetoond door middel van een volgens artikel 12 van de aankondiging gelegaliseerde verklaring van een particuliere afnemer, en voorts niet had aangetoond of had gesteld dat het voor haar onmogelijk of zeer moeilijk was om een dergelijke verklaring over te leggen.
- 11 Naar aanleiding van het door Ambisig tegen dit besluit ingestelde beroep heeft de Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (administratieve en fiscale rechtbank Leiria, Portugal) bij vonnis van 11 juni 2014 de door deze onderneming aangevoerde grieven deels gegrond verklaard, het besluit van AICP vernietigd en AICP gelast om binnen een termijn van 20 dagen nieuwe aanbestedingsvoorwaarden op te stellen.
- 12 Ambisig heeft dit vonnis aangevochten bij de meervoudige kamer van diezelfde rechtbank op de grond dat de rechtbank ten onrechte de middelen had verworpen die met name betrekking hadden op strijdigheid van de door de aanbestedende dienst opgestelde voorschriften voor het aantonen van de technische bekwaamheid van gegadigden met de desbetreffende in artikel 48 van richtlijn 2004/18 gestelde vereisten.
- 13 Nadat de meervoudige kamer van de Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria bij uitspraak van 6 augustus 2014 die vordering had afgewezen, heeft Ambisig hoger beroep ingesteld bij de verwijzende rechter op de grond dat ook in deze uitspraak was voorbijgegaan aan de omstandigheid dat de door de aanbestedende dienst opgestelde voorschriften voor het aantonen van de technische bekwaamheid van gegadigden onrechtmatig zijn in het licht van artikel 48 van richtlijn 2004/18.
- 14 Tegen deze achtergrond heeft de Tribunal Central Administrativo Sul (centrale administratieve rechtbank Zuid, Portugal) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Is in het licht van het feit dat het Portugese recht het bepaalde in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 niet regelt, deze bepaling rechtstreeks toepasselijk in de Portugese rechtsorde, in de zin dat daarmee particulieren een recht wordt verleend dat zij kunnen invoeren tegenover aanbestedende diensten?
- 2) Moet het bepaalde in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 in die zin worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van door een aanbestedende dienst opgestelde bepalingen op grond waarvan het een ondernemer niet is toegestaan om diensten die

hij heeft verleend aan te tonen door middel van een door hem ondertekende verklaring, tenzij hij bewijst dat het voor hem onmogelijk of zeer moeilijk is om certificaten van de particuliere afnemer te verkrijgen?

- 3) Moet het bepaalde in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 in die zin worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van door een aanbestedende dienst opgestelde bepalingen op grond waarvan de certificaten van een particuliere afnemer op straffe van uitsluiting van deelneming moeten zijn voorzien van een door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie gelegaliseerde handtekening?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 15 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat als deze bepaling niet wordt omgezet naar nationaal recht, zij voldoet aan de voorwaarden om particulieren rechten te verlenen die zij bij de nationale rechter kunnen inroepen tegenover een aanbestedende dienst.
- 16 Om te beginnen is het vaste rechtspraak van het Hof dat wanneer de staat heeft verzuimd een richtlijn binnen de termijn in nationaal recht om te zetten of wanneer hij dit op onjuiste wijze heeft gedaan, particulieren zich voor de nationale rechter tegenover de staat alleen op de bepalingen van de richtlijn kunnen beroepen die inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn (zie in die zin arresten van 12 december 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 14 januari 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, EU:C:2014:2, punt 31, en 15 mei 2014, *Almos Agrárkülkereskedelmi*, C-337/13, EU:C:2014:328, punt 31).
- 17 Vastgesteld moet worden dat, zoals de advocaat-generaal in punt 25 van zijn conclusie heeft opgemerkt, artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 voldoet aan die criteria aangezien het een verplichting oplegt die niet aan nadere eisen is gebonden of afhangt van de vaststelling van een handeling van de instellingen van de Unie of van de lidstaten, en het duidelijk en volledig aangeeft wat van ondernemers in openbare aanbestedingen kan worden verlangd ten bewijze van hun technische bekwaamheid.
- 18 Verder is het zo dat het Hof reeds tot hetzelfde oordeel is gekomen met betrekking tot richtlijn 92/50, die is ingetrokken bij en vervangen door richtlijn 2004/18.
- 19 In de punten 46 en 47 van het arrest van 24 september 1998, *Tögel* (C-76/97, EU:C:1998:432), heeft het Hof namelijk geoordeeld dat sprake kan zijn van rechtstreekse werking ten aanzien van de bepalingen van titel VI van richtlijn 92/50, welke bepalingen met name ook artikel 32, lid 2, van die richtlijn omvatten, waarvan de inhoud nagenoeg identiek is overgenomen in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18.
- 20 Om een bruikbaar antwoord op de eerste vraag te kunnen geven, moet evenwel nog worden nagegaan of artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 kan worden tegengeworpen aan alle instanties die als „aangebestede dienst” worden aangemerkt in de zin van artikel 1, lid 9, van de richtlijn.
- 21 Dienaangaande is het vaste rechtspraak van het Hof dat een richtlijn uit zichzelf weliswaar geen verplichtingen kan opleggen aan een particulier en dus als zodanig niet tegenover hem kan worden ingeroepen (zie met name arresten van 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 15 januari 2015, *Ryanair*, C-30/14, EU:C:2015:10, punt 30), maar

dat de justitiabelen, wanneer zij zich niet tegenover een particulier, maar tegenover een staat op een dergelijke richtlijn kunnen beroepen, dat kunnen doen ongeacht de hoedanigheid waarin deze laatste optreedt. Er moet immers worden voorkomen dat de staat voordeel heeft van zijn schending van het Unierecht (zie in die zin arresten van 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 12 december 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, punt 23).

- 22 De bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, kunnen dus niet alleen tegenover een overheidsinstantie worden ingeroepen, maar ook tegenover een lichaam, ongeacht zijn juridische vorm, dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden (arrest van 12 december 2013, *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 23 In de onderhavige zaak lijkt wat de situatie van AICP betreft uit de door de Portugese regering ter terechtzitting bij het Hof verstrekte nadere gegevens naar voren te komen dat deze instantie onder het begrip „aangebestede dienst” in de zin van artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 valt, maar een privaatrechtelijk samenwerkingsverband van ondernemingen is, dat niet voldoet aan de genoemde voorwaarden waaronder de bepalingen van deze richtlijn kunnen worden tegengeworpen, aangezien zij geen dienst van openbaar belang uitvoert onder toezicht van de overheid en niet over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden, hetgeen evenwel ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.
- 24 In een dergelijk geval dient de verwijzende rechter het nationale recht toch zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van richtlijn 2004/18 om het in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van de richtlijn beoogde resultaat te bereiken en daarmee aan artikel 288, derde alinea, VWEU te voldoen (zie in die zin arresten van 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 19 april 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, punt 31).
- 25 De verplichting voor de nationale rechter om bij de uitlegging en de toepassing van de relevante bepalingen van het nationale recht te refereren aan de inhoud van een richtlijn wordt echter begrensd door de algemene rechtsbeginselen en kan niet dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht (zie in die zin arresten van 24 januari 2012, *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 19 april 2016, *DI*, C-441/14, EU:C:2016:278, punt 32).
- 26 Mocht het dus niet mogelijk zijn om het nationale recht in overeenstemming met richtlijn 2004/18 uit te leggen, dan zou de partij die benadeeld is doordat dit recht niet met het Unierecht strookt zich kunnen beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 19 november 1991, *Francovich e.a.* (C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428), om in voorkomend geval vergoeding van de geleden schade te verkrijgen (zie in die zin arrest van 26 maart 2015, *Fenoll*, C-316/13, EU:C:2015:200, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 Gelet op al het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het voldoet aan de voorwaarden om, als het niet wordt omgezet naar nationaal recht, particulieren rechten te verlenen die zij bij de nationale rechter kunnen inroepen tegenover een aanbestedende dienst, mits de aanbestedende dienst een overheidsinstantie is of krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en hiertoe over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.

Tweede vraag

- 28 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 zich verzet tegen de toepassing van door een aanbestedende dienst opgestelde regels op grond waarvan het een ondernemer niet is toegestaan om zijn technische bekwaamheid aan te tonen door middel van een eenzijdige verklaring, tenzij hij bewijst dat het voor hem onmogelijk of zeer moeilijk is om certificaten van de particuliere afnemer te verkrijgen.
- 29 Om te beginnen moet in herinnering worden geroepen dat artikel 48, lid 2, onder a), ii), van richtlijn 2004/18 bepaalt dat de technische bekwaamheid van de ondernemer kan worden aangetoond aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die in de drie jaar vóór de aankondiging werden verricht.
- 30 Gaat het om leveringen of diensten voor een particuliere afnemer, dan kan volgens het tweede streepje van deze bepaling het bewijs daarvan op twee verschillende manieren worden geleverd, namelijk „door certificaten van de afnemer of, bij ontstentenis daarvan, eenvoudigweg door een verklaring van de ondernemer”.
- 31 De vraagstelling van de verwijzende rechter betreft juist de vraag hoe deze twee bewijsmiddelen zich tot elkaar verhouden en is erop gericht te vernemen of zij onderling op gelijke voet staan, zodat het de ondernemer vrijstaat om zijn technische bekwaamheid op welke wijze dan ook aan te tonen, hetzij door certificaten van de particuliere afnemer hetzij eenvoudigweg door een verklaring van de ondernemer zelf, dan wel of de Uniewetgever een rangorde tussen de genoemde bewijsmiddelen heeft vastgesteld en de ondernemer slechts gebruik kan maken van een eenzijdige verklaring wanneer hij niet in staat is om de certificaten te verkrijgen.
- 32 Vastgesteld moet worden dat artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 is gesteld in bewoordingen waarvan de in de omgangstaal gebruikelijke betekenis redelijkerwijs geen ruimte voor twijfel laat.
- 33 Zoals de advocaat-generaal in punt 43 van zijn conclusie naar voren heeft gebracht, duidt het in die bepaling gebruikte begrip „bij ontstentenis daarvan” in zijn gebruikelijke betekenis immers niet op gelijkwaardigheid maar wel op ondergeschiktheid tussen de bedoelde bewijsmiddelen.
- 34 Naar de letter ervan moet artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 dan ook aldus worden begrepen dat een ondernemer van aanbestedende diensten zijn technische bekwaamheid slechts mag aantonen door middel van een eenzijdige verklaring indien hij niet in staat is om certificaten van de particuliere afnemer te verkrijgen.
- 35 Deze uitlegging vindt bovendien steun in de context waarin de begrippen van dit artikel worden gebruikt en in de doeleinden die worden nagestreefd door richtlijn 2004/18 (zie in die zin arrest van 22 maart 2012, GENESIS, C-190/10, EU:C:2012:157, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 36 Wat in de eerste plaats de context van artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 betreft, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat deze bepaling voorziet in een gesloten systeem met beperkte methoden voor aanbestedende diensten om de technische bekwaamheid te beoordelen en controleren (zie in die zin arrest van 18 oktober 2012, Édukóvízig en Hochtief Construction, C-218/11, EU:C:2012:643, punt 28). Aanbestedende diensten kunnen dus weliswaar geen nieuwe bewijsmiddelen in het leven roepen, maar kunnen evenmin de reikwijdte van de reeds voorgeschreven bewijsmiddelen beperken.
- 37 De letterlijke uitlegging van artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18, zoals die voortvloeit uit punt 34 van het onderhavige arrest, is de enige uitlegging die aansluit bij die context. Vast staat immers dat een andere lezing van deze bepaling waarbij ondernemers van

aanbestedende diensten vrij zouden mogen kiezen tussen de twee genoemde bewijsmiddelen, afbreuk zou doen aan het nuttig effect en daarmee aan de strekking van het op certificaten van de particuliere afnemer gebaseerde bewijsmiddel, aangezien ondernemers er waarschijnlijk steeds voor zouden kiezen om een eenzijdige verklaring over te leggen om aan deze bepaling te voldoen.

- 38 Wat in de tweede plaats de door richtlijn 2004/18 nagestreefde doeleinden betreft, moet erop worden gewezen dat het bij deze richtlijn ingevoerde systeem, zoals blijkt uit de overwegingen 2, 4 en 46 van de richtlijn, met name erop is gericht concurrentieverstorende gevolgen tussen particuliere inschrijvers te voorkomen en de inachtneming van het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling te waarborgen.
- 39 De letterlijke uitlegging van artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18, zoals die voortvloeit uit punt 34 van het onderhavige arrest, waarbij voorrang wordt gegeven aan het bewijsmiddel dat is gebaseerd op certificaten van de particuliere afnemer van de betrokken ondernemer, ligt ook in lijn met het nastreven van de in het voorgaande punt van het onderhavige arrest genoemde doeleinden, aangezien er meer transparantie en rechtszekerheid met betrekking tot de daadwerkelijke technische bekwaamheid van die ondernemer wordt gewaarborgd en voorts kan worden vooruitgelopen op de latere controle van de door ondernemers verstrekte verklaringen, welke controle door de aanbestedende dienst op grond van artikel 44, lid 1, en artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18 moet worden verricht.
- 40 Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, mogen de door aanbestedende diensten opgestelde regels voor het toepassen van de twee bewijsmiddelen als bedoeld in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 niet verder gaan dan noodzakelijk is om de met deze richtlijn beoogde doeleinden te bereiken (zie in die zin arrest van 22 oktober 2015, *Impresa Edilux en SICEF*, C-425/14, EU:C:2015:721, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 Zoals de advocaat-generaal in punt 50 van zijn conclusie en de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen hebben opgemerkt, zou dus geen sprake zijn van evenredigheid in geval van in een aankondiging van een opdracht opgenomen regels waarbij het een ondernemer slechts is toegestaan om ten bewijze van zijn technische bekwaamheid een eenzijdige verklaring over te leggen als hij aantoont dat het absoluut onmogelijk is om certificaten van de particuliere afnemer te verkrijgen. Dergelijke regels zouden immers aan de ondernemer zwaardere eisen stellen dan nodig is om te bewerkstelligen dat concurrentievervalsing wordt voorkomen en dat het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen.
- 42 In een aankondiging opgenomen regels op grond waarvan een ondernemer ook van een dergelijke eenzijdige verklaring gebruik mag maken wanneer hij aan de hand van geval tot geval te beoordelen objectieve gegevens aantoont dat het voor hem zeer moeilijk is om dergelijke certificaten te verkrijgen, bijvoorbeeld bij onwil van de betrokken particuliere afnemer, voldoen echter aan het evenredigheidsbeginsel, aangezien die regels niet tot gevolg hebben dat op de ondernemer een bewijslast rust die niet in verhouding staat tot het nastreven van die doeleinden.
- 43 Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter lijkt dit te gelden voor de door AICP in de aankondiging vastgelegde regels waartegen in het hoofdgeding wordt opgekomen.
- 44 Gelet op het voorgaande moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen de toepassing van door een aanbestedende dienst opgestelde regels als in het hoofdgeding, op grond waarvan het een ondernemer niet is toegestaan om zijn technische bekwaamheid aan te tonen door middel van een eenzijdige verklaring, tenzij hij bewijst dat het voor hem onmogelijk of zeer moeilijk is om certificaten van de particuliere afnemer te verkrijgen.

Derde vraag

- 45 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 zich verzet tegen de toepassing van door een aanbestedende dienst opgestelde regels op grond waarvan de certificaten van de particuliere afnemer op straffe van uitsluiting van deelneming van de inschrijver moeten zijn voorzien van een door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie gelegaliseerde handtekening.
- 46 De Portugese taalversie gebruikt voor het in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 gehanteerde begrip „certificaten van de afnemer” de bewoordingen „declaração reconhecida do adquirente” („gelegaliseerde verklaring van de afnemer”), hetgeen suggereert dat om rechtsgeldig te zijn de verklaring van de particuliere afnemer moet zijn voorzien van een gelegaliseerde handtekening.
- 47 Zoals is aangegeven door alle partijen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend, worden in de meeste andere taalversies van deze bepaling echter andere bewoordingen gebruikt die lijken te leiden tot een minder enge uitlegging van de strekking van een dergelijk bewijsmiddel. Uit met name de Duitse taalversie („vom Erwerber ausgestellte Bescheinigung”), de Spaanse taalversie („certificado del comprador”), de Italiaanse taalversie („attestazione dell’acquirente”) en de Engelse taalversie („purchaser’s certification”) volgt immers dat „certificaten van de afnemer” aldus moet worden begrepen dat het een ondernemer is toegestaan om zijn technische bekwaamheid reeds aan te tonen door middel van een door een of meer van zijn particuliere afnemers opgesteld document waarbij geen specifieke vormvereisten gelden en waaruit de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum van die leveringen of diensten, blijken.
- 48 Ten aanzien van verschillen tussen taalversies is het vaste rechtspraak van het Hof dat de in een van de taalversies van een Unierechtelijke bepaling gebruikte formulering niet als enige grondslag voor de uitlegging van die bepaling kan dienen of voorrang kan hebben boven de andere taalversies. Unierechtelijke bepalingen moeten immers uniform worden uitgelegd en toegepast tegen de achtergrond van de tekst in alle talen van de Unie. Wanneer er tussen de verschillende taalversies van een tekst van Unierecht verschillen bestaan, moet bij de uitlegging van de betrokken bepaling dus worden gelet op de algemene opzet en de doelstelling van de regeling waarvan zij een onderdeel vormt (arrest van 15 oktober 2015, Grupo Itevelesa e.a., C-168/14, EU:C:2015:685, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 49 Wat betreft de algemene opzet van artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 is er, zoals in punt 36 van het onderhavige arrest is opgemerkt, in dit artikel sprake van een gesloten systeem dat de mogelijkheid voor aanbestedende diensten beperkt om te voorzien in nieuwe bewijsmiddelen of nadere eisen te stellen waarbij de aard van en de voorwaarden voor toepassing van de reeds voorgeschreven bewijsmiddelen wezenlijk worden veranderd.
- 50 Vastgesteld moet worden dat indien wordt geëist dat de handtekening op de certificaten van de particuliere afnemer gelegaliseerd is, dit een vormvereiste inhoudt waarbij sprake is van het aanbrengen van een dergelijke wezenlijke verandering in het eerste van de twee bewijsmiddelen als bedoeld in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18, waardoor aan een ondernemer zwaardere eisen worden gesteld om aan de op hem rustende bewijslast te voldoen, wat zich niet verdraagt met de algemene opzet van dit artikel.
- 51 Wat betreft de doelstelling van richtlijn 2004/18, blijkt uit de overwegingen 1 en 2 van deze richtlijn dat de richtlijn coördinatieregels omvat die met name ertoe strekken de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten te vereenvoudigen en te moderniseren, een en ander ter bevordering van het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging, het vrij verlenen van diensten en het openstellen voor concurrentie van dergelijke opdrachten.

- 52 Blijkens de rechtspraak van het Hof wordt met deze richtlijn beoogd kleine en middelgrote ondernemingen betere toegang tot openbare aanbestedingen te bieden, zoals volgt uit overweging 32 van de richtlijn (zie in die zin arresten van 10 oktober 2013, *Swm Costruzioni 2* en *Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, punt 34, en 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 34).
- 53 De bewijswaarde van de certificaten van de particuliere afnemer afhankelijk stellen van de eis dat de handtekening op de certificaten is gelegaliseerd door een derde partij, zou, zoals de advocaat-generaal in de punten 80 en 81 van zijn conclusie heeft opgemerkt, een vormvereiste inhouden dat ertoe kan leiden dat openbare aanbestedingen niet worden opengesteld voor een zo groot mogelijke concurrentie, maar dat minder ondernemers, in het bijzonder buitenlandse ondernemers, aan dergelijke aanbestedingen deelnemen.
- 54 Vanwege de in aankondigingen van opdrachten gestelde normaliter korte termijnen om zich in te schrijven en de tussen de verschillende nationale wettelijke regelingen bestaande verschillen wat het legaliseren van handtekeningen op documenten betreft, valt immers niet uit te sluiten dat vele ondernemers, en dan vooral buitenlandse, ontmoedigd kunnen raken en geen inschrijving indienen, gelet op de praktische problemen om in de lidstaat waar de aanbesteding betrekking op heeft certificaten over te leggen die voorzien zijn van een behoorlijk gelegaliseerde handtekening.
- 55 De algemene opzet en de doelstelling van richtlijn 2004/18 nopen dus tot de uitlegging dat de „certificaten” van de particuliere afnemer en de „gelegaliseerde verklaring” in de Portugese taalversie van artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van de richtlijn slechts vereisen dat een door die afnemer opgestelde verklaring wordt overgelegd, en door aanbestedende diensten niet kunnen worden gekoppeld aan nadere vormvereisten, zoals legalisatie van de handtekening van de afnemer door een bevoegde instantie.
- 56 Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van door een aanbestedende dienst opgestelde regels als in het hoofdgeding, op grond waarvan de certificaten van de particuliere afnemer op straffe van uitsluiting van deelneming van de inschrijver moeten zijn voorzien van een door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie gelegaliseerde handtekening.

Kosten

- 57 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 (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten moet aldus worden uitgelegd dat het voldoet aan de voorwaarden om, als het niet wordt omgezet naar nationaal recht, particulieren rechten te verlenen die zij bij de nationale rechter kunnen invoeren tegenover een aanbestedende dienst, mits de aanbestedende dienst een overheidsinstantie is of krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en hiertoe over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.

- 2) Artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen de toepassing van door een aanbestedende dienst opgestelde regels als in het hoofdgeding, op grond waarvan het een ondernemer niet is toegestaan om zijn technische bekwaamheid aan te tonen door middel van een eenzijdige verklaring, tenzij hij bewijst dat het voor hem onmogelijk of zeer moeilijk is om certificaten van de particuliere afnemer te verkrijgen.
- 3) Artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van door een aanbestedende dienst opgestelde regels als in het hoofdgeding, op grond waarvan de certificaten van de particuliere afnemer op straffe van uitsluiting van deelneming van de inschrijver moeten zijn voorzien van een door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie gelegaliseerde handtekening.

ondertekeningen