



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

5 april 2017¹

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/17/EG — Opdracht met een waarde beneden de in deze richtlijn vastgestelde drempel — Artikelen 49 en 56 VWEU — Beperking van het beroep op onderaanneming — Indiening van een gezamenlijke inschrijving — Beroepsbekwaamheid van de inschrijvers — Wijzigingen van het bestek”

In zaak C-298/15,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen) bij beslissing van 12 juni 2015, ingekomen bij het Hof op 18 juni 2015, in de procedure

„Borta” UAB

tegen

Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ,

wijst

Het Hof (Vijfde kamer),

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

advocaat-generaal: E. Sharpston,

griffier: M. Aleksejev, administrateur, gezien de stukken en na de terechtzitting op 1 juni 2016, gelet op de opmerkingen van:

- „Borta” UAB, vertegenwoordigd door V. Kilišauskaitė, advokatė,
- Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ, vertegenwoordigd door N. Šilaika, advokatas, en door A. Vaitkus, A. Kamarauskas, I. Vaičiulis en L. Rudys,
- de Litouwse regering, vertegenwoordigd door D. Kriaučiūnas, A. Svinkūnaitė en R. Butvydytė als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Jokubauskaitė en A. Tokár als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 1 december 2016,

¹ — Procestaal: Litouws.

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB 2004, L 134, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013 (PB 2013, L 335, blz. 17; hierna: „richtlijn 2004/17”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen „Borta” AB (hierna: „Borta”) en de Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija VĮ (havenautoriteit van de nationale zeehaven Klaipėda, Litouwen) (hierna: „havenautoriteit”) over de rechtmatigheid van het bestek voor de overheidsopdracht voor werken voor de renovatie van de kades van deze haven.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 In overweging 9 van richtlijn 2004/17 heet het:

„(9) Om de openstelling voor mededinging te garanderen van overheidsopdrachten die gegund zijn door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, is het raadzaam om voor opdrachten boven een bepaalde waarde bepalingen voor coördinatie door de Gemeenschap op te stellen. [...]

Voor overheidsopdrachten waarvan de waarde lager is dan de drempelwaarde voor de toepassing van de bepalingen inzake coördinatie door de Gemeenschap, is het raadzaam te verwijzen naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie, volgens welke de voorschriften en beginselen van [het] Verdrag van toepassing zijn.”

- 4 Artikel 16 van die richtlijn luidt:

„[...] [De] richtlijn is van toepassing op opdrachten [...] waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk is aan of groter dan de volgende drempelbedragen:

[...]

b) 5 186 000 EUR voor opdrachten voor de uitvoering van werken.”

- 5 Artikel 37 van die richtlijn bepaalt:

„In het bestek kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken (of kan zij daartoe door een lidstaat verplicht worden) in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Deze mededeling laat de aansprakelijkheid van de leidende ondernemer onverlet.”

- 6 Artikel 38 van richtlijn 2004/17 luidt:

„Aanbestedende diensten kunnen speciale voorwaarden verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits dergelijke voorwaarden met het Gemeenschapsrecht verenigbaar zijn en in de oproep tot mededinging of het bestek vermeld zijn. [...]

7 Artikel 54 van die richtlijn bepaalt:

„1. De aanbestedende diensten die selectiecriteria bij een openbare procedure opstellen, doen dit volgens objectieve regels en criteria die aan de belangstellende ondernemers ter beschikking worden gesteld.

[...]

6. Wanneer de in [lid] 1 [...] bedoelde criteria eisen omvatten betreffende de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemer, kan deze zich in voorkomend geval en voor welbepaalde opdrachten beroepen op de bekwaamheid van andere diensten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die diensten. In dat geval moet hij ten behoeve van 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 diensten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen.

Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 11, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of andere diensten.”

8 Bijlage XVI bij die richtlijn, met als opschrift „Gegevens die in aankondigingen van geplaatste overheidsopdrachten moeten worden opgenomen”, bepaalt in deel I ervan:

„I. In het *Publicatieblad van de Europese [Unie]* te publiceren gegevens:

[...]

10. Indien van toepassing, vermelding of de opdracht in onderaanbesteding kon of kan worden gegeven.

[...]

13. Facultatieve gegevens:

— waarde en deel van de opdracht die aan derden in onderaanbesteding kon of kan worden gegeven;

[...]”

Litouws recht

Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten

9 Artikel 24, lid 5, van de Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten; hierna: „wet betreffende overheidsopdrachten”) luidt:

„De aanbestedingsstukken moeten de gegadigde of inschrijver verplichten in zijn inschrijving aan te geven welke onderaannemers [...] hij voorstelt en kunnen de gegadigde of inschrijver verplichten in zijn inschrijving aan te geven welk deel van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming [...] te geven. Indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, moet het hoofdgedeelte van de werken, dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, worden uitgevoerd door de gekozen inschrijver. [...]”

10 Artikel 27, lid 4, van de wet betreffende overheidsopdrachten bepaalt:

„De aanbestedende dienst mag vóór de uiterste termijn voor het indienen van inschrijvingen de aanbestedingsstukken verduidelijken (nader omschrijven).”

11 Volgens artikel 32, lid 3, van de wet betreffende overheidsopdrachten kan een inschrijver in voorkomend geval in het kader van een specifieke aanbesteding een beroep doen op de bekwaamheid van andere ondernemers, ongeacht de juridische aard van zijn banden met hen. In dit geval moet de inschrijver aan de aanbestedende dienst aantonen dat hij bij de uitvoering van de opdracht over deze middelen kan beschikken. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de draagkracht van haar leden of andere ondernemers.

In het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek

12 Punt 3.1.2 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek, betreffende de vereisten inzake de beroepsbekwaamheid van de inschrijvers, luidt:

„De gemiddelde jaaromzet van de inschrijvers voor werk dat verband houdt met het hoofdgedeelte van de bouw- en installatiewerken (bouw of renovatie van zeekadés) over de afgelopen vijf jaar of over de periode sinds de inschrijving in het handelsregister van de inschrijver (in het geval de inschrijver minder dan vijf jaar actief is) bedraagt ten minste 5 000 000 [Litouwse litas] LTL (1 448 100,09 EUR), exclusief btw.”

13 Punt 4.2.3 van dat bestek, dat de indiening van een gezamenlijke offerte door verschillende inschrijvers in het kader van een combinatieovereenkomst regelt, bepaalt:

„De verplichtingen van de partners die optreden in het kader van de uitvoering van de opdracht en het procentuele aandeel van deze verplichtingen moeten krachtens een combinatieovereenkomst worden bepaald [...]. [Deze] verdeling van de hoeveelheid diensten verbindt enkel de partners en brengt geen verplichtingen mee voor de klant ([de havenautoriteit]).”

14 Punt 4.3 van dat bestek, in de versie na de verschillende wijzigingen ervan, luidt:

„Wanneer de inschrijvers een offerte indienen in het kader van een combinatieovereenkomst, moet aan de vereisten van [punt] 3.2.1 [...] van dit bestek worden voldaan door ten minste één partner [bij die overeenkomst] of door alle partners die hun activiteiten uitoefenen in het kader van deze overeenkomst [...] gezamenlijk. De bijdrage van een partner (hoeveelheid voltooid werk) in het kader van de [combinatieovereenkomst] moet evenredig zijn aan zijn bijdrage [...] aan de nakoming van het vereiste [van punt] 3.2.1 van dit bestek en aan de hoeveelheid werk die hij zal uitvoeren indien de opdracht effectief wordt gegund (in het kader van de uitvoering van de opdracht). [...] Ingevolge artikel 24, lid 5, van de wet [...] betreffende overheidsopdrachten, verklaart de havenautoriteit dat het hoofdgedeelte van de werken bestaat uit punt 1.2.8 van de afdeling ‚Bouw’ van het quantabestek en dat deze werken derhalve moet worden uitgevoerd door de gekozen inschrijver zelf.”

15 Punt 4.4 van dat bestek bepaalt dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers, de inschrijver moet aangeven welke hoeveelheid werk deze zullen uitvoeren, binnen de grenzen van de „niet als het hoofdgedeelte” aangemerkte werken, en voegt daaraan toe dat de ervaring van deze onderaannemers niet in aanmerking wordt genomen om na te gaan of aan de vereisten van punt 3.2.1 is voldaan.

16 Op basis van punt 7.2 van dat bestek kan de havenautoriteit, op haar initiatief, de aanbestedingsdocumenten nader uitwerken vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 17 Op 2 april 2014 heeft de havenautoriteit een aanbesteding voor het plaatsen, via een openbare procedure, van een overheidsopdracht voor werken voor de renovatie van de kades van de nationale zeehaven van Klaipėda (Litouwen) gepubliceerd. Deze aanbesteding is op 5 april 2014 ook gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Borta heeft deelgenomen aan de gunningsprocedure voor deze opdracht.
- 18 In de oorspronkelijke versie van punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek was het bepaalde in artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten met betrekking tot onderaanneming overgenomen, en was bovendien bepaald dat wanneer een gezamenlijke offerte werd ingediend door meerdere inschrijvers in het kader van een combinatieovereenkomst overeenkomstig punt 4.2.3 van dit bestek (hierna: „gezamenlijke inschrijving” of „gezamenlijke offerte”), aan de vereisten inzake beroepsbekwaamheid van punt 3.2.1 van het bestek diende te worden voldaan door alle inschrijvers gezamenlijk of door één ervan.
- 19 Na twee opeenvolgende wijzigingen – waarvan één op initiatief van de havenautoriteit en de andere nadat Borta bezwaren had geformuleerd – wordt in dit punt 4.3 aan deze voorschriften toegevoegd dat indien een dergelijke gezamenlijke inschrijving wordt ingediend, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de voornoemde vereisten evenredig moet zijn aan het deel van de werken waarvan hij zich tot uitvoering verbindt overeenkomstig de combinatieovereenkomst en die hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning van de opdracht.
- 20 Vanwege deze wijzigingen, die werden aangekondigd middels een publicatie in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, heeft de havenautoriteit de termijn voor de indiening van de inschrijvingen verlengd.
- 21 Nadat de havenautoriteit nieuwe bezwaren van Borta tegen deze laatste wijziging had afgewezen, heeft deze onderneming bij de Klaipėdos apygardos teismas (regionale rechter Klaipėda, Litouwen) beroep tot vernietiging van voormeld punt 4.3 ingesteld, waarbij zij opkwam tegen zowel de rechtmatigheid van de inhoud van dit punt, als de mogelijkheid zelf voor de havenautoriteit om het te wijzigen. Na verwerping van dit beroep bij beslissing van deze rechter van 18 augustus 2014, bevestigd in hoger beroep bij beslissing van de Lietuvos apeliacinis teismas (appelrechter, Litouwen) van 13 november 2014, heeft Borta cassatieberoep ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen).
- 22 Ter beslechting van het bij hem aanhangige geschil, vraagt deze rechter zich af of artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, waarnaar punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek verwijst, verenigbaar is met het Unierecht, inzonderheid met richtlijn 2004/17, voor zover dit artikel het beroep op onderaanneming verbiedt voor werken die de aanbestedende dienst aanmerkt als het „hoofdgedeelte” van de werken. Hij twijfelt ook aan de rechtmatigheid van dit punt 4.3, zoals gewijzigd, in het licht van deze richtlijn, aangezien dit punt vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig moet zijn aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning de opdracht. In dit kader vraagt de verwijzende rechter zich bovendien nog af of de havenautoriteit de eerste versie van dit punt mocht wijzigen na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, zonder schending van die richtlijn, en – inzonderheid – het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting, die daaruit voortvloeien.
- 23 Volgens die rechter is het Hof bevoegd om, bij wege van prejudiciële beslissing, uitspraak te doen over die vragen. De waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht is inderdaad lager dan de in artikel 16, onder b), van richtlijn 2004/17 vastgestelde drempel van 5 186 000 EUR, waaronder deze richtlijn niet van toepassing is. Echter, ten eerste heeft deze opdracht een duidelijk grensoverschrijdend

belang, zoals blijkt uit de deelname van twee buitenlandse ondernemingen – waaronder de gekozen inschrijver – aan de gunningsprocedure en uit de publicatie van de aanbesteding in het *Publicatieblad van de Europese Unie*. Ten tweede heeft de havenautoriteit deze aanbesteding in ieder geval willen onderwerpen aan de regels die golden voor de overheidsopdrachten bedoeld in richtlijn 2004/17, en heeft de Litouwse wetgever ervoor gekozen om bepaalde door deze richtlijn vastgestelde regels uit te breiden tot opdrachten met een waarde beneden de voornoemde drempel.

24 Daarop heeft de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Moeten de artikelen 37, 38, 53 en 54 van richtlijn 2004/17 samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot de voornoemde bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:
- a) zij in de weg staan aan een nationale regel krachtens welke, in het geval onderaannemers worden uitgenodigd voor de uitvoering van werken, het hoofdedeelte van het werk dat als zodanig is aangewezen door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver moet worden uitgevoerd?
 - b) zij in de weg staan aan een regeling die in de aanbestedingsstukken is vastgesteld met betrekking tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers, zoals die welke door de aanbestedende dienst in [het] bestreden [...] bestek is vastgesteld, die vereist dat het gedeelte dat de beroepsbekwaamheid van de betreffende ondernemer (een deelnemer aan de combinatie[overeenkomst]) vertegenwoordigt, moet overeenkomen met het specifieke gedeelte van het werk dat hij daadwerkelijk op grond van de overheidsopdracht zal uitvoeren?
- 2) Moeten de artikelen 10, 46 en 47 van richtlijn 2004/17 samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot de voornoemde bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:
- a) het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het transparantiebeginsel niet worden geschonden in het geval de aanbestedende dienst:
 - in eerste instantie in de aanbestedingsstukken voorziet in een algemene mogelijkheid tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers, maar niet formuleert hoe aan deze mogelijkheid uitvoering moet worden gegeven;
 - vervolgens in de loop van de aanbestedingsprocedure de vereisten op grond waarvan de kwalificaties van leveranciers worden beoordeeld nader formuleert door bepaalde beperkingen op te leggen met betrekking tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers;
 - vanwege deze nadere bepaling van de inhoud van de aan de kwalificaties gestelde vereisten, de [...] termijn voor het indienen van inschrijvingen verlengt en deze verlenging aankondigt in het Publicatieblad?
 - b) een beperking die wordt gesteld aan het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers niet duidelijk op voorhand hoeft te worden aangegeven indien een dergelijke beperking op grond van de bijzondere aard van de activiteiten van de aanbestedende dienst en de bijzondere kenmerken van de overheidsopdracht voorspelbaar en te rechtvaardigen is?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

- 25 De Litouwse regering heeft in haar schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting voor het Hof gesteld dat voor het antwoord op de vragen niet alleen rekening moest worden gehouden met richtlijn 2004/17, maar ook met richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van richtlijn 2004/17/EG (PB 2014, L 94, blz. 243), aangezien de Litouwse wetgever ervoor heeft gekozen een aantal bepalingen van richtlijn 2014/25 in zijn nationale recht op te nemen, nog voor deze werd vastgesteld, inzonderheid artikel 79, lid 3, ervan, met betrekking tot onderaanneming.
- 26 De Europese Commissie was een andere mening toegedaan en heeft aangevoerd dat noch richtlijn 2004/17, noch richtlijn 2014/25 moesten worden uitgelegd, maar dat de vragen moesten worden beantwoord in het licht van de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU.
- 27 Wat in de eerste plaats richtlijn 2014/25 betreft, zij er om te beginnen aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de toepasselijke richtlijn in beginsel die is welke van kracht is op het tijdstip waarop de aanbestedende dienst kiest welk type procedure hij zal volgen en definitief uitmaakt of er voor de gunning van een overheidsopdracht een verplichting bestaat om een voorafgaande oproep tot mededinging te doen. Niet van toepassing zijn daarentegen de bepalingen van een richtlijn waarvan de omzettingstermijn na dat moment is verstreken (zie in die zin arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 83 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 28 In casu is de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding op 2 april 2014 gepubliceerd, terwijl richtlijn 2014/25 op 17 april 2014 in werking is getreden en richtlijn 2004/17 met ingang van 18 april 2016 heeft ingetrokken, de datum waarop de termijn voor de omzetting ervan was verstreken. Bovendien stelt de Litouwse regering weliswaar dat zij een aantal bepalingen van richtlijn 2014/25 nog vóór de vaststelling ervan in haar nationale recht heeft opgenomen, maar heeft zij in haar schriftelijke opmerkingen ook erkend dat deze richtlijn op het moment van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde relevante feiten nog niet was omgezet.
- 29 In deze omstandigheden kan voor de beantwoording van de vragen geen rekening worden gehouden met richtlijn 2014/25.
- 30 Wat in de tweede plaats richtlijn 2004/17 betreft, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht lager is dan de in artikel 16, onder b), van richtlijn 2004/17 vastgestelde drempel van 5 186 000 EUR. Bijgevolg is deze richtlijn niet van toepassing op deze opdracht (zie naar analogie arrest van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 31 Toch is volgens de verwijzende rechter het Hof bevoegd om uitspraak te doen over de gestelde vragen, en de uitlegging van de bepalingen van die richtlijn gerechtvaardigd vanwege de in punt 23 van dit arrest uiteengezette redenen.
- 32 Ter terechtzitting voor het Hof heeft de Litouwse regering, die het eens is met de analyse van de verwijzende rechter, erop gewezen dat de aanbestedende dienst krachtens de Litouwse regelgeving kan kiezen om op de procedure voor het plaatsen van een opdracht met een waarde beneden de voornoemde drempel hetzij de regels van richtlijn 2004/17 toe te passen, hetzij de vereenvoudigde procedure waarin het nationale recht voor dit soort opdrachten voorziet. Indien die dienst, zoals in casu, kiest voor de eerste optie, dan is hij volgens deze regering verplicht om alle bepalingen van deze richtlijn toe te passen.

- 33 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat wanneer een nationale wettelijke regeling zich voor haar oplossingen voor situaties waarop de betrokken handeling van de Unie niet van toepassing is, conformeert aan de in deze handeling gekozen oplossingen, de Unie er stellig belang bij heeft dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst de overgenomen bepalingen van deze handeling op eenvormige wijze worden uitgelegd (zie in die zin arresten van 18 oktober 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punt 46, en van 7 november 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punt 22).
- 34 De uitlegging van de bepalingen van een handeling van de Unie in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen is dan ook gerechtvaardigd indien deze bepalingen door het nationale recht op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties, teneinde een gelijke behandeling te verzekeren van deze situaties en situaties die binnen deze werkingssfeer vallen (zie in die zin arresten van 18 oktober 2012, Nolan, C-583/10, EU:C:2012:638, punt 47; van 7 november 2013, Romeo, C-313/12, EU:C:2013:718, punten 22 en 23, en van 14 januari 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, punt 20).
- 35 Dit neemt niet weg dat ook volgens vaste rechtspraak, wanneer niet is voldaan aan de in de twee voorgaande punten van dit arrest uiteengezette voorwaarden, het Hof, om de rechterlijke instantie die een prejudiciële vraag heeft voorgelegd een bruikbaar antwoord te geven, bepalingen van Unierecht in aanmerking kan nemen waarvan deze rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing geen melding heeft gemaakt (arrest van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 36 Wat meer specifiek het plaatsen van een opdracht betreft die, gelet op de waarde ervan, niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 valt, kan het Hof rekening houden met de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, inzonderheid de artikelen 49 en 56 ervan, en met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, alsook de transparantieplichting, die daaruit voortvloeien, voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont. Voor dergelijke opdrachten blijven deze regels en beginselen immers gelden, ook al is richtlijn 2004/17 daarop niet van toepassing (zie in die zin arresten van 23 december 2009, Serrantoni en Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punten 22-24; van 18 december 2014, Generali-Providencia Biztosító, C-470/13, EU:C:2014:2469, punt 27, en van 6 oktober 2016, Tecnoedi Costruzioni, C-318/15, EU:C:2016:747, punt 19).
- 37 In het licht van het voorgaande dient voor elk van de vragen te worden onderzocht of de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/17 in casu haar rechtvaardiging vindt in de in de punten 33 en 34 van dit arrest uiteengezette overwegingen, of indien deze vragen dienen te worden beantwoord in het licht van de voornoemde fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, rekening houdend met de overwegingen in de punten 35 en 36 van dit arrest.

Eerste vraag, onder a)

- 38 Met zijn eerste vraag, onder a), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken, dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.

- 39 Vooraf zij erop gewezen dat aangaande onderaanneming in richtlijn 2004/17 – in artikel 37 ervan en in bijlage XVI erbij – alleen bepaalde verplichtingen inzake informatie en aansprakelijkheid van de inschrijver worden vastgesteld. In artikel 38 ervan wordt daaraan toegevoegd dat aanbestedende diensten speciale voorwaarden kunnen verbinden aan de uitvoering van een opdracht, mits dergelijke voorwaarden met name met het Unierecht verenigbaar zijn.
- 40 Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, bevat deze richtlijn daarentegen geen enkele bepaling met een inhoud die analoog is aan die van artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten. Bovendien heeft de Litouwse wetgever volgens deze rechter bij de vaststelling van deze bepaling niet aangegeven dat hij rekening heeft gehouden met deze richtlijn.
- 41 In deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, wanneer het wordt toegepast op opdrachten die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen, daarnaar rechtstreeks en onvoorwaardelijk verwijst, in de zin van de in punt 34 van dit arrest uiteengezette rechtspraak (zie naar analogie arrest van 7 juli 2011, *Agafiței e.a.*, C-310/10, EU:C:2011:467, punt 45).
- 42 Daaruit volgt dat de uitlegging van deze richtlijn, voor het antwoord op de eerste vraag, onder a), niet gerechtvaardigd is.
- 43 Niettemin kan het Hof, zoals in de punten 35 en 36 van dit arrest is uiteengezet, om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven, rekening houden met de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, inzonderheid de artikelen 49 en 56 ervan, en met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie, alsook de transparantieplichting, die daaruit voortvloeien, voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont.
- 44 Een opdracht kan een dergelijk belang hebben, gelet op met name het aanzienlijke bedrag ervan, in combinatie met de specifieke kenmerken ervan of de plaats van uitvoering van de werken. Tevens kan rekening worden gehouden met het belang van in andere lidstaten gevestigde ondernemers, mits dit reëel en niet fictief is (zie in die zin arrest van 16 april 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 45 In casu heeft de verwijzende rechter vastgesteld dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoonde. Zoals de advocaat-generaal in punt 37 van haar conclusie heeft opgemerkt, is de waarde van deze opdracht weliswaar lager dan de in artikel 16, onder b), van richtlijn 2004/17 vastgestelde drempel, maar toch relatief hoog. Bovendien betreft deze opdracht – zoals de Litouwse regering heeft benadrukt – de bouw van de kades van een zeehaven die van strategisch belang is voor de nationale veiligheid. Voorts blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat twee buitenlandse ondernemingen, waaronder de gekozen inschrijver, aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen.
- 46 Daaruit volgt dat de eerste vraag, onder a), dient te worden beantwoord in het licht van de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, inzonderheid de artikelen 49 en 56 ervan. In het bijzonder dient, om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven, te worden nagegaan of een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, geen ongerechtvaardigde belemmering kan vormen voor de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.
- 47 Hiertoe zij eraan herinnerd dat de artikelen 49 en 56 VWEU in de weg staan aan elke nationale maatregel die, zelfs wanneer hij zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing is, het gebruik van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting onmogelijk kan maken, kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken (arresten van 27 oktober 2005, *Contse e.a.*, C-234/03, EU:C:2005:644, punt 25; van 23 december 2009, *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punt 41, en van 8 september 2016, *Politanò*, C-225/15, EU:C:2016:645, punt 37).

- 48 Het is in het belang van de Unie dat overheidsopdrachten, met inbegrip van overheidsopdrachten die niet vallen onder richtlijn 2004/17, voor een zo ruim mogelijke mededinging worden opengesteld (zie in die zin arresten van 10 juli 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 29, en van 28 januari 2016, *CASTA e.a.*, C-50/14, EU:C:2016:56, punt 55). Het beroep op onderaanneming, dat de toegang van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf tot overheidsopdrachten kan bevorderen, draagt bij tot de verwezenlijking van deze doelstelling.
- 49 Een nationale bepaling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten kan de deelname van in andere lidstaten gevestigde ondernemers aan de procedure voor het plaatsen of aan de uitvoering van een overheidsopdracht als aan de orde in het hoofdgeding echter onmogelijk maken, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, omdat zij het deze ondernemers onmogelijk maakt alle of een deel van de werken die de aanbestedende dienst heeft aangemerkt als het „hoofdgedeelte” van de werken in onderaanneming te geven, dan wel voor dit deel van de werken hun diensten aan te bieden als onderaannemers.
- 50 Deze bepaling beperkt derhalve de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting.
- 51 Niettemin kan een dergelijke beperking gerechtvaardigd zijn voor zover daarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd en zij het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, dat wil zeggen dat zij geschikt is om de verwezenlijking van dat doel te verzekeren en niet verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken (zie in die zin arresten van 27 oktober 2005, *Contse e.a.*, C-234/03, EU:C:2005:644, punt 25, en van 23 december 2009, *Serrantoni en Consorzio stabile edili*, C-376/08, EU:C:2009:808, punt 44).
- 52 In het hoofdgeding blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt, ten eerste, dat artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten beoogt een correcte uitvoering van de werken te waarborgen. Zo is deze bepaling onder meer vastgesteld om een bestaande praktijk tegen te gaan die erin bestond dat een inschrijver zich beriep op een beroepsbekwaamheid alleen om de betrokken opdracht binnen te halen, met het voornemen om de werken niet zelf uit te voeren, maar deze grotendeels of nagenoeg volledig aan onderaannemers toe te vertrouwen, welke praktijk de kwaliteit en de goede uitvoering van de werken aantastte. Ten tweede beoogt artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, door het beroep op onderaanneming te beperken tot werken die „niet als het hoofdgedeelte” van de werken zijn aangemerkt, de deelname van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf aan overheidsopdrachten als mede-inschrijvers van een combinatie van ondernemers, in plaats van als onderaannemers, aan te moedigen.
- 53 Wat in de eerste plaats de doelstelling inzake de correcte uitvoering van de werken betreft, zij vastgesteld dat deze legitiem is.
- 54 Hoewel het niet is uitgesloten dat een dergelijke doelstelling bepaalde beperkingen aan het beroep op onderaanneming kan rechtvaardigen (zie in die zin arresten van 18 maart 2004, *Siemens en ARGE Telekom*, C-314/01, EU:C:2004:159, punt 45, en van 14 juli 2016, *Wrocław – Miasto na prawach powiatu*, C-406/14, EU:C:2016:562, punt 34), dient echter te worden vastgesteld dat een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten verder gaat dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken, doordat zij op algemene wijze verbiedt om een beroep op onderaanneming te doen voor de werken die de aanbestedende dienst als het „hoofdgedeelte” heeft aangemerkt.
- 55 Dit verbod geldt immers ongeacht de economische sector waarop de aan de orde zijnde opdracht betrekking heeft, de aard van de werken en de kwalificaties van de onderaannemers. Bovendien laat een dergelijk algemeen verbod geen ruimte voor een beoordeling per geval door die dienst.

- 56 De aanbestedende dienst blijft weliswaar vrij om de werken die als het „hoofdgedeelte” moeten worden aangemerkt, te omschrijven, maar dit neemt niet weg dat hij verplicht is om voor alle opdrachten te bepalen dat alle werken van dit gedeelte door de inschrijvers zelf zullen worden uitgevoerd. Artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten verbiedt bijgevolg het beroep op onderaanneming voor deze werken, met inbegrip van de gevallen waarin de aanbestedende dienst de bekwaamheid van de betrokken onderaannemers zou kunnen nagaan en na dit onderzoek zou oordelen dat een dergelijk verbod niet noodzakelijk is voor de goede uitvoering van de werken, met name gelet op de aard van de taken die de inschrijver voornemens is aan deze onderaannemers te delegeren.
- 57 Zoals de advocaat-generaal in punt 51 van haar conclusie heeft opgemerkt, had een alternatieve, minder beperkende maatregel die de verwezenlijking van het beoogde doel waarborgt erin kunnen bestaan van de inschrijvers te vereisen dat zij in hun inschrijving het deel van de opdracht dat en de werken die zij voornemens waren in onderaanneming te geven, de voorgestelde onderaannemers en hun bekwaamheid zouden aangeven. Ook zou kunnen worden gedacht aan onder meer de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om de inschrijvers te verbieden om de onderaannemers te wijzigen indien deze dienst niet de mogelijkheid heeft gehad om vooraf hun identiteit en bekwaamheid na te gaan.
- 58 Overigens, voor zover de verwijzende rechter en de Litouwse regering stellen dat artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten is vastgesteld om een bestaande praktijk tegen te gaan, die erin bestond dat inschrijvers zich beriepen op beroepsbekwaamheid alleen om de betrokken opdracht binnen te halen, met het voornemen om de werken grotendeels of nagenoeg volledig aan onderaannemers toe te vertrouwen, zij opgemerkt dat deze bepaling niet specifiek betrekking heeft op een dergelijke praktijk. Zo verbiedt deze bepaling de inschrijver om de uitvoering van alle werken die de aanbestedende dienst heeft aangemerkt als het „hoofdgedeelte van de werken” te delegeren, met inbegrip van de taken die, proportioneel, slechts een klein deel van deze werken vertegenwoordigen. Deze bepaling gaat bijgevolg verder dan noodzakelijk is om de voornoemde praktijk tegen te gaan.
- 59 Wat in de tweede plaats de rechtvaardiging betreft die is ontleend aan het aanmoedigen van ondernemingen in het midden- en kleinbedrijf om aan een opdracht deel te nemen als mede-inschrijvers, in plaats van als onderaannemers, is het inderdaad niet uitgesloten dat een dergelijke doelstelling, in bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden, een legitieme doelstelling kan zijn (zie naar analogie, arrest van 25 oktober 2007, Geurts en Vogten, C-464/05, EU:C:2007:631, punt 26).
- 60 Hoe dan ook geeft geen van de elementen waarover het Hof beschikt echter aan waarom een bepaling van een nationale regeling, als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, noodzakelijk zou zijn om dit doel te verwezenlijken.
- 61 Gelet op de voorgaande overwegingen dient op de eerste vraag, onder a), te worden geantwoord dat voor een overheidsopdracht die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 valt, maar een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, de artikelen 49 en 56 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de wet betreffende overheidsopdrachten, waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdgedeelte van de werken dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.

Tweede vraag

- 62 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 en, inzonderheid, de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting, die uit deze richtlijn voortvloeien, aldus moeten worden uitgelegd dat de

aanbestedende dienst op basis daarvan, na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, bepaalde bedingen van het bestek, zoals het in het hoofdingen aan de orde zijnde punt 4.3, kan wijzigen, wanneer deze dienst vanwege de aangebrachte wijzigingen, die zijn aangekondigd middels een publicatie in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, de termijn voor het indienen van de inschrijvingen heeft verlengd.

- 63 Vooraf zij erop gewezen dat artikel 27, lid 4, van de wet betreffende overheidsopdrachten voorziet in een dergelijke mogelijkheid om de aanbestedingsstukken te wijzigen.
- 64 Zoals de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing heeft benadrukt, bevat richtlijn 2004/17 echter geen enkele bepaling dienaangaande.
- 65 In deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat artikel 27, lid 4, van de wet betreffende overheidsopdrachten, wanneer het wordt toegepast op opdrachten die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen, daarnaar rechtstreeks en onvoorwaardelijk verwijst, in de zin van de in punt 34 van dit arrest uiteengezette rechtspraak (zie naar analogie arrest van 7 juli 2011, *Agafitei e.a.*, C-310/10, EU:C:2011:467, punt 45).
- 66 Daaruit volgt dat de uitlegging van deze richtlijn voor het antwoord op de tweede vraag niet gerechtvaardigd is.
- 67 Niettemin dient deze vraag, om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven, vanwege de in de punten 43 tot en met 45 van dit arrest uiteengezette redenen, te worden beantwoord in het licht van de fundamentele regels en algemene beginselen van het VWEU, waaronder de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling, alsook de transparantieplichting, die met name voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, en die de verwijzende rechter in het bijzonder aan de orde stelt.
- 68 Dienaangaande zij opgemerkt dat deze beginselen en deze verplichting volgens vaste rechtspraak van het Hof in het bijzonder vereisen dat de inschrijvers zich in een gelijke positie bevinden in de fase waarin zij hun offertes voorbereiden. De transparantieplichting heeft meer specifiek tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen (zie in die zin arresten van 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44, en van 14 juli 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, punt 22).
- 69 Deze beginselen en deze verplichting impliceren met name dat het voorwerp en de gunningscriteria van de betrokken opdracht vanaf het begin van de procedure voor het plaatsen ervan duidelijk worden omschreven en dat de voorwaarden en de modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, 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 ingediende inschrijvingen beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie in die zin arresten van 10 mei 2012, *Commissie/Nederland*, C-368/10, EU:C:2012:284, punten 56, 88 en 109; van 6 november 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, punt 44, en van 14 juli 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, punt 23). De transparantieplichting betekent ook dat het voorwerp en de gunningscriteria van de opdracht door de aanbestedende dienst passend moeten worden bekendgemaakt (zie in die zin arrest van 24 januari 2008, *Lianakis e.a.*, C-532/06, EU:C:2008:40, punt 40).
- 70 Uit de rechtspraak van het Hof vloeit tevens voort dat de aanbestedende dienst in beginsel in de loop van de gunningsprocedure de betekenis niet mag wijzigen van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht – waaronder de technische specificaties en de gunningscriteria – waarop de belanghebbende ondernemers zich rechtmatig hebben gebaseerd voor hun beslissing, een inschrijving voor te bereiden

of juist van deelname aan de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht af te zien (zie in die zin arresten van 10 mei 2012, Commissie/Nederland, C-368/10, EU:C:2012:284, punt 55, en van 16 april 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, punten 27-29).

- 71 Niettemin volgt daaruit niet dat elke wijziging van het bestek na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, principieel en in alle omstandigheden, verboden is.
- 72 Zo heeft de aanbestedende dienst in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid tot verbetering of aanvulling van de gegevens van het bestek die een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits alle inschrijvers daarvan op de hoogte worden gebracht (zie naar analogie, arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 40).
- 73 Het moet deze dienst ook zijn toegestaan om bepaalde wijzigingen aan het bestek aan te brengen, met name wat de voorwaarden en de modaliteiten voor het combineren van de beroepsbekwaamheid betreft, mits de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling en de transparantieplichting worden geëerbiedigd.
- 74 Dit vereiste betekent, ten eerste, dat de betrokken wijzigingen weliswaar aanzienlijk mogen zijn, maar niet dermate wezenlijk dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen. Dit zou met name het geval kunnen zijn wanneer de aard van de opdracht als gevolg van de wijzigingen gevoelig verschilt van de aanvankelijk omschreven opdracht.
- 75 Ten tweede impliceert dit vereiste dat deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende potentiële inschrijvers daarvan in dezelfde omstandigheden en op hetzelfde moment kennis kunnen nemen.
- 76 Ten derde veronderstelt dit vereiste bovendien dat die wijzigingen vóór de indiening van de offertes door de inschrijvers worden aangebracht, en voorts dat de termijn voor de indiening van deze inschrijvingen wordt verlengd wanneer het om aanzienlijke wijzigingen gaat, dat de duur van deze verlenging afhankelijk is van het belang van deze wijzigingen, en dat deze duur volstaat om de belangstellende ondernemers toe te staan hun inschrijving dientengevolge aan te passen.
- 77 Gelet op de voorgaande overwegingen, dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat voor een overheidsopdracht die niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 valt, maar een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting, die met name voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, aldus moeten worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat de aanbestedende dienst, na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, een beding van het bestek met betrekking tot de voorwaarden en de modaliteiten voor het combineren van de beroepsbekwaamheid, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, kan wijzigen, mits, ten eerste, de aangebrachte wijzigingen niet dermate wezenlijk zijn dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen, ten tweede, deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt en, ten derde, deze wijzigingen vóór de indiening van de offertes door de inschrijvers worden aangebracht, de termijn voor de indiening van deze inschrijvingen wordt verlengd wanneer het om aanzienlijke wijzigingen gaat, de duur van deze verlenging afhankelijk is van het belang van deze wijzigingen, en deze duur volstaat om de belangstellende ondernemers toe te staan hun inschrijving dientengevolge aan te passen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

Eerste vraag, onder b)

- 78 Met zijn eerste vraag, onder b), wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een beding van een bestek, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, dat vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund.
- 79 Vooraf heeft de havenautoriteit ter terechtzitting voor het Hof in wezen aangegeven dat punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek moest worden gelezen in samenhang met punt 4.2.3 van dit bestek. Volgens punt 4.2.3 moeten de inschrijvers die een gezamenlijke offerte willen indienen, in een combinatieovereenkomst het deel van de werken aangeven waarvan elke inschrijver zich tot uitvoering verbindt, waarbij erop wordt gewezen dat deze inschrijvers deze verdeling vrij bepalen. Op basis van dit punt 4.3 kan de havenautoriteit bij het onderzoek van de inschrijvingen nagaan of elk van de betrokken inschrijvers beschikt over de beroepsbekwaamheid die evenredig is met het deel van de werken waarvan hij zich krachtens deze overeenkomst tot uitvoering verbindt en dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning van de opdracht.
- 80 Zoals de advocaat-generaal in punt 56 van haar conclusie heeft opgemerkt, heeft punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek dus betrekking op het plaatsen van de opdracht en, in het bijzonder, op de mogelijkheid voor de inschrijvers die een gezamenlijke offerte indienen om hun beroepsbekwaamheid te combineren om aan de vereisten van dit bestek te voldoen.
- 81 Artikel 32, lid 3, van de wet betreffende overheidsopdrachten voorziet in die mogelijkheid.
- 82 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat deze bepaling, die van toepassing is op alle opdrachten voor werken, ongeacht de waarde ervan, de inhoud van artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 getrouw weergeeft. Bovendien heeft de verwijzende rechter aangegeven dat de nationale wetgever er bij de omzetting van deze richtlijn in het Litouwse recht voor had gekozen om een aantal bepalingen ervan uit te breiden tot opdrachten met een waarde beneden de in artikel 16, onder b), van deze richtlijn vastgestelde drempel, met name door bepalingen vast te stellen die expressis verbis analoog waren aan die van richtlijn 2004/17.
- 83 In deze omstandigheden dient te worden geoordeeld dat artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 door artikel 32, lid 3, van de wet betreffende overheidsopdrachten op rechtstreekse en onvoorwaardelijke wijze toepasselijk is gemaakt op opdrachten die van de werkingssfeer van deze richtlijn zijn uitgesloten.
- 84 Bijgevolg dient de eerste vraag, onder b), gelet op de in de punten 33 en 34 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, te worden onderzocht in het licht van artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17.
- 85 Krachtens deze bepaling heeft iedere ondernemer, wanneer de aanbestedende dienst een kwalitatief selectie criterium vaststelt dat eisen betreffende de technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid bevat, het recht om zich voor welbepaalde opdrachten te beroepen op de draagkracht van andere diensten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die diensten, mits hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aantoont dat de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die diensten (zie naar analogie arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Overeenkomstig deze bepaling strekt dit recht zich uit tot combinaties van ondernemers die een gezamenlijke inschrijving indienen, welke combinaties zich onder dezelfde voorwaarden kunnen beroepen op de draagkracht van de deelnemers daaraan of andere diensten.

- 86 Richtlijn 2004/17 verzet zich er echter niet tegen dat de uitoefening van het in artikel 54, lid 6, van die richtlijn neergelegde recht in uitzonderlijke omstandigheden wordt beperkt (zie naar analogie, arrest van 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 39).
- 87 In het bijzonder kan niet worden uitgesloten dat de voor de uitvoering van deze opdracht noodzakelijke bekwaamheid waarover een derde dienst beschikt, gelet op de aard en de doelstellingen van een bepaalde opdracht, en op de betrokken werken, in bijzondere omstandigheden niet kan worden overgedragen aan de betrokken inschrijver, zodat deze zich slechts op die bekwaamheid kan beroepen indien de derde dienst rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de betrokken opdracht (zie in die zin arrest van 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 41).
- 88 In dergelijke omstandigheden kan de aanbestedende dienst, met het oog op de correcte uitvoering van deze opdracht, in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk nauwkeurige regels vaststellen op grond waarvan een ondernemer zich op de bekwaamheid van andere diensten kan beroepen, mits deze regels verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van die opdracht (zie in die zin arrest van 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punten 54-56).
- 89 Evenmin kan meteen al worden uitgesloten dat in bijzondere omstandigheden, gelet op de aard van de betrokken werken en op het voorwerp en de doelstelling van de opdracht, de voor de goede uitvoering van deze opdracht noodzakelijke bekwaamheid van de verschillende deelnemers aan een combinatie van ondernemers die een gezamenlijke inschrijving indient, tussen deze deelnemers niet kan worden overgedragen. In een dergelijk geval heeft de aanbestedende dienst gegronde redenen om te vereisen dat elk van deze deelnemers de werken uitvoert die overeenstemmen met zijn eigen bekwaamheid.
- 90 In casu stellen de havenautoriteit en de Litouwse regering in wezen dat punt 4.3 van het in het hoofdingaan aan de orde zijnde bestek beoogt te voorkomen dat een inschrijver, om de aanbesteding binnen te halen, zich beroept op een bekwaamheid die hij niet voornemens is te gebruiken, en, omgekeerd, dat een inschrijver toegang krijgt tot de opdracht en een deel van de werken kan uitvoeren, zonder evenwel te beschikken over de bekwaamheid en de middelen die noodzakelijk zijn voor de goede uitvoering van deze werken.
- 91 Dienaangaande kan inderdaad niet worden uitgesloten dat, gelet op het technische karakter en het belang van de in het hoofdingaan aan de orde zijnde werken, de correcte uitvoering ervan vereist dat indien meerdere inschrijvers een gezamenlijke offerte indienen, elk van deze inschrijvers de specifieke taken uitvoert die, gelet op het voorwerp en de aard van deze werken of taken, overeenstemmen met zijn eigen beroepsbekwaamheid.
- 92 Dit lijkt echter niet de draagwijdte van punt 4.3 van het in het hoofdingaan aan de orde zijnde bestek te zijn. Zoals de advocaat-generaal in de punten 63 en 64 van haar conclusie in wezen heeft opgemerkt, vereist dit punt immers een louter rekenkundige overeenstemming tussen de bijdrage van elke betrokken inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid en het deel van de werken waarvan hij zich tot uitvoering verbindt en dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren bij gunning van de opdracht. Dit punt houdt echter geen rekening met de aard van de door elke inschrijver uit te voeren taken, noch met de eigen technische bekwaamheid van elk van hen. Punt 4.3 staat er dus niet aan in de weg dat een van de betrokken inschrijvers specifieke taken uitvoert waarvoor hij in werkelijkheid niet over de vereiste ervaring of bekwaamheid beschikt.
- 93 Bovendien hebben de havenautoriteit en de Litouwse regering benadrukt dat punt 4.3 van het in het hoofdingaan aan de orde zijnde bestek de betrokken inschrijvers niet belette om een beroep te doen op onderaanneming voor de uitvoering van de werken die „niet als het hoofdedeelte” van de werken waren aangemerkt en dat de beroepsbekwaamheid van de onderaannemers, overeenkomstig punt 4.4 van dit bestek, niet werd nagegaan. Indien dit het geval is, hetgeen de verwijzende rechter dient na te

gaan, dan zou moeten worden geoordeeld dat dit punt 4.3, ten eerste, niet waarborgt dat de inschrijvers de bekwaamheid die zij hebben opgegeven bij het plaatsen van de opdracht en waarmee de havenautoriteit rekening heeft gehouden voor het onderzoek van de offertes, daadwerkelijk zullen gebruiken. Ten tweede sluit het niet uit dat de werken die „niet als het hoofdedeelte” van de werken zijn aangemerkt worden uitgevoerd door onderaannemers die niet over de vereiste beroepsbekwaamheid beschikken.

- 94 Daaruit volgt dat punt 4.3 van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde bestek niet geschikt is om de verwezenlijking van de nagestreefde doelstellingen te garanderen.
- 95 Bijgevolg dient te worden geoordeeld dat de uit dit punt voortvloeiende beperking van het in artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 vastgestelde recht niet gerechtvaardigd is gelet op het voorwerp en de doelstelling van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht.
- 96 In deze omstandigheden dient op de eerste vraag, onder b), te worden geantwoord dat artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17 aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een beding van een bestek, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, dat vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund.

Kosten

- 97 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) **Voor een overheidsopdracht die niet valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013, maar een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, moeten de artikelen 49 en 56 VWEU aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een bepaling van een nationale regeling als artikel 24, lid 5, van de Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten), waarin wordt bepaald dat indien een beroep wordt gedaan op onderaannemers om een overheidsopdracht voor werken uit te voeren, het hoofdedeelte van de werken dat als zodanig is omschreven door de aanbestedende dienst, door de gekozen inschrijver zelf moet worden uitgevoerd.**
- 2) **Voor een dergelijke overheidsopdracht moeten de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting, die met name voortvloeien uit de artikelen 49 en 56 VWEU, aldus worden uitgelegd dat zij er niet aan in de weg staan dat de aanbestedende dienst, na de publicatie van de aankondiging van de opdracht, een beding van het bestek met betrekking tot de voorwaarden en de modaliteiten voor het combineren van de beroepsbekwaamheid, zoals het in het hoofdgeding aan de orde zijnde punt 4.3, kan wijzigen, mits, ten eerste, de aangebrachte wijzigingen niet dermate wezenlijk zijn dat zij potentiële inschrijvers zouden hebben aangetrokken die zonder deze wijzigingen geen offerte zouden kunnen indienen, ten tweede, deze wijzigingen passend worden bekendgemaakt en, ten derde, deze wijzigingen vóór de indiening van de offertes door de inschrijvers worden aangebracht, de termijn voor de indiening van deze inschrijvingen wordt verlengd wanneer**

het om aanzienlijke wijzigingen gaat, de duur van deze verlenging afhankelijk is van het belang van deze wijzigingen, en deze duur volstaat om de belangstellende ondernemers toe te staan hun inschrijving dientengevolge aan te passen, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

- 3) Artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1336/2013, moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een beding van een bestek, zoals het in het hoofdingaan aan de orde zijnde punt 4.3, dat vereist dat wanneer een gezamenlijke offerte wordt ingediend door meerdere inschrijvers, de bijdrage van elke inschrijver om te voldoen aan de toepasselijke vereisten inzake beroepsbekwaamheid evenredig is aan het deel van de werken dat hij daadwerkelijk zal uitvoeren indien de betrokken opdracht hem wordt gegund.

ondertekeningen