



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

3 oktober 2019*

„Prejudiciële verwijzing – Overheidsopdrachten – Procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten – Richtlijn 2014/24/EU – Artikel 57, lid 4 – Facultatieve uitsluitingsgronden – Uitsluiting van een ondernemer van deelname aan een openbare aanbestedingsprocedure – Vroegtijdige beëindiging van een eerdere opdracht wegens gedeeltelijke onderaanneming – Begrip „aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen” – Draagwijdte”

In zaak C-267/18,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Curte de Apel București (rechter in eerste aanleg Boekarest, Roemenië) bij beslissing van 2 april 2018, ingekomen bij het Hof op 17 april 2018, in de procedure

Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA

tegen

Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, K. Jürimäe, D. Šváby (rapporteur), S. Rodin en N. Piçarra, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: R. Șereș, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 februari 2019,

gelet op de opmerkingen van:

- Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA, vertegenwoordigd door I. G. Iacob, R. E. Cîrlig, I. Cojocaru, A. M. Abrudan en I. Macovei, avocați,
- de Roemeense regering, vertegenwoordigd door C.-R. Canțăr, R. I. Hațieganu en L. Lițu als gemachtigden,
- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

* Procestaal: Roemeens.

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door A. Biolan, P. Ondrůšek en L. Haasbeek als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 8 mei 2019,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA (hierna: „Delta”) en Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA (hierna: „CNAIR”) als aanbestedende dienst, betreffende de uitsluiting van Delta van deelname aan een openbare aanbestedingsprocedure.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2014/24

- 3 In de overwegingen 101 en 102 van richtlijn 2014/24 staat te lezen:
„(101) De aanbestedende diensten moet [...] de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten. Verduidelijkt moet worden dat een ernstige beroepsfout de integriteit van de ondernemer kan aantasten en ertoe kan leiden dat hij niet meer in aanmerking komt voor het plaatsen van een overheidsopdracht, ook al beschikt hij over de technische bekwaamheid en de economische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

Rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing, moet hij tevens naar eigen inzicht kunnen blijven beoordelen hoeverre er sprake is van een ernstige beroepsfout, ingeval hij, voordat bij definitief, bindend besluit is vastgesteld dat er verplichte uitsluitingsgronden voorhanden zijn, met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer zijn verplichtingen heeft geschonden, waaronder de verplichtingen in verband met de betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen, tenzij in het nationale recht anders is bepaald. Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer. In het nationaal recht moet in een maximumtermijn voor dergelijke uitsluitingen voorzien worden.

Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.

- (102) Wel moeten ondernemers de mogelijkheid krijgen om maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend voorkomen. Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslagleggings- en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving, en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding. Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten. De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, getoetst worden. Het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, dient aan de lidstaten te worden overgelaten. Het moet de lidstaten meer bepaald vrijstaan te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten toelaten de desbetreffende evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen.”

- 4 Artikel 57 van deze richtlijn, met als opschrift „Uitsluitingsgronden”, bepaalt:

„[...]

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

[...]

- g) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende instantie of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;
- h) wanneer de ondernemer zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of de naleving van de selectiecriteria, of die informatie heeft achtergehouden, of niet in staat was de ondersteunende documenten die vereist zijn op grond van artikel 59 over te leggen, of

[...]

5. Aanbestedende diensten sluiten op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer uit wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in de leden 1 en 2.

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

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

Een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies mag gedurende de duur van de uitsluiting als gevolg van dat vonnis geen gebruik kunnen maken van de in dit lid geboden mogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is.

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis in de gevallen bedoeld in lid 1, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4.”

- 5 In artikel 71 van voornoemde richtlijn wordt bepaald aangaande „Onderaanneming”:

„[...]

2. In de aanbestedingsstukken kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken, of hij kan door een lidstaat worden verplicht hem te verzoeken, 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.

[...]

5. In het geval van overheidsopdrachten voor werken en in het geval van overheidsopdrachten voor diensten die ter plaatse onder rechtstreeks toezicht van de aanbestedende dienst moeten worden verleend, na de gunning van de opdracht en ten laatste wanneer met de uitvoering van de opdracht wordt begonnen, verlangt de aanbestedende dienst van de hoofdaannemer dat hij aan de aanbestedende dienst de volgende gegevens verstrekt: naam, contactgegevens en wettelijke vertegenwoordigers van zijn onderaannemers die bij de uitvoering van de werken of het verrichten van de diensten betrokken zijn, voor zover deze gegevens op dat moment bekend zijn. De aanbestedende dienst verlangt van de hoofdaannemer dat deze hem tijdens de looptijd van de opdracht in kennis stelt van alle wijzigingen in deze gegevens, alsmede van de vereiste gegevens betreffende eventuele nieuwe onderaannemers die hij nadien bij de uitvoering van de werken of de verlening van de diensten zal betrekken.

Niettegenstaande de eerste alinea kunnen de lidstaten de verplichting om de vereiste gegevens te verstrekken rechtstreeks aan de hoofdaannemer opleggen.

Indien zulks noodzakelijk is voor de toepassing van lid 6, onder b), van dit artikel worden bij de vereiste gegevens eigen verklaringen van de onderaannemers gevoegd, als bepaald in artikel 59. De uitvoeringsmaatregelen in de zin van lid 8 van dit artikel kunnen bepalen dat onderaannemers die na de gunning van de opdracht worden voorgesteld, in plaats van de eigen verklaring de certificaten en andere ondersteunende documenten overleggen.

De eerste alinea is niet van toepassing op leveranciers.

De aanbestedende diensten kunnen de in de eerste alinea genoemde verplichtingen uitbreiden of door lidstaten worden verplicht deze te uit te breiden, bijvoorbeeld tot:

- a) opdrachten voor leveringen, opdrachten voor diensten andere dan die welke ter plaatse onder rechtstreeks toezicht van de aanbestedende dienst moeten worden verleend, of tot bij de opdrachten voor werken of diensten betrokken leveranciers;
- b) onderaannemers van de onderaannemers van de hoofdaannemer of verderop in de keten van onderaannemers.

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

- a) Indien het nationaal recht van een lidstaat voorziet in een mechanisme van hoofdelijke aansprakelijkheid van de onderaannemers en de hoofdaannemer, zorgt de betrokken lidstaat ervoor dat de toepasselijke regels in overeenstemming met de in artikel 18, lid 2, genoemde voorwaarden worden toegepast.
- b) De aanbestedende diensten kunnen, conform de artikelen 59, 60 en 61, controleren, of door de lidstaten verplicht worden te controleren, of er gronden voor uitsluiting van onderaannemers in de zin van artikel 57 voorhanden zijn. In die gevallen verlangt de aanbestedende dienst dat de ondernemer overgaat tot de vervanging van een onderaannemer over wie in het onderzoek gronden tot verplichte uitsluiting aan het licht zijn gekomen. De aanbestedende dienst kan eisen of door een lidstaat worden verplicht te eisen dat de ondernemer overgaat tot vervanging van een onderaannemer over wie in het onderzoek gronden tot niet-verplichte uitsluiting aan het licht zijn gekomen.

[...]"

Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7

- 6 Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (PB 2016, L 3, blz. 16) bevat een bijlage 2, met als opschrift „Standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA)”. Deel III van deze bijlage, met als opschrift „Uitsluitingsgronden”, verduidelijkt de toepassingsmodaliteiten van artikel 57 van richtlijn 2014/24.

Roemeens recht

- 7 Artikel 167, lid 1, van Legea nr. 98/2016 privind achizițiile publice (wet nr. 98/2016 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten) van 19 mei 2016 (*Monitorul Oficial al României*, deel I, nr. 390 van 23 mei 2016), bepaalt:

„1. Elke ondernemer die zich in een van de volgende omstandigheden bevindt, wordt door de aanbestedende dienst uitgesloten van deelname aan de procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht of een raamovereenkomst:

[...]

- g) de ondernemer heeft op ernstige wijze of herhaaldelijk zijn belangrijkste verplichtingen uit hoofde van een eerdere overheidsopdracht, sectorale aanbestedingsovereenkomst of concessieovereenkomst veronachtzaamd, waarbij de niet-nakoming heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van de betreffende overeenkomst, de betaling van schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;
- h) de ondernemer heeft zich schuldig gemaakt aan valse verklaringen bij het op verzoek van de aanbestedende dienst verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of de naleving van de geschiktheids- en selectiecriteria, of heeft die informatie achtergehouden, of is niet in staat de vereiste ondersteunende documenten over te leggen; [...]

[...]

8. In de zin van hetgeen in lid 1, onder g), is bepaald, wordt als ernstige niet-nakoming van de verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst bijvoorbeeld verstaan het niet uitvoeren van de overeenkomst, of het leveren van goederen, verrichten van diensten of uitvoeren van werken met ernstige gebreken waardoor deze niet kunnen worden gebruikt voor het in de overeenkomst bepaalde doel.”

- 8 Artikel 171 van deze wet luidt:

„1. Elke ondernemer die zich in een van de in de artikelen 164 en 167 bepaalde omstandigheden bevindt, die leiden tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure, mag bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid in concreto aan te tonen ondanks het bestaan van uitsluitingsgronden.

2. Indien de aanbestedende dienst de door de ondernemer overeenkomstig lid 1 aangedragen bewijzen als toereikend beschouwt om diens betrouwbaarheid in concreto aan te tonen, sluit de aanbestedende dienst de ondernemer niet uit van de aanbestedingsprocedure.

3. De bewijzen die de ondernemer die zich in een van de in de artikelen 164 en 167 bepaalde omstandigheden bevindt aan de aanbestedende dienst kan overleggen in de zin van lid 1, hebben betrekking op de betaling of de toezegging tot betaling door de ondernemer van een vergoeding van eventuele schade die veroorzaakt is door een strafbaar feit of een ander onrechtmatig feit, het volledig ophelderen door de ondernemer van de feiten en omstandigheden waarin het strafbare feit of het andere onrechtmatige feit is begaan, door middel van actieve samenwerking met de autoriteiten die het onderzoek uitvoeren, en het nemen van concrete en passende technische, organisatorische en personeelsmaatregelen door de ondernemer, zoals het verbreken van de banden met de personen en entiteiten die betrokken waren bij het inbreukmakende gedrag, maatregelen voor de herstructurering van het personeelsbestand, de invoering van controle- en rapportagesystemen, het opzetten van een

interne auditstructuur ter controle van de naleving van wet- en regelgeving, of het vaststellen van interne regels betreffende aansprakelijkheid en het betalen van schadevergoeding, ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten of andere onrechtmatige feiten. [...]"

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

- 9 Bij besluit van 3 oktober 2014 gunde de gemeente Râmnicu Vâlcea (Roemenië) (hierna: „gemeente”) aan een tijdelijke vereniging van ondernemingen onder leiding van Delta (hierna: „TV1”), een opdracht voor bouwwerken betreffende het herstel en de modernisering van een recreatiecomplex (hierna: „opdracht 1”).
- 10 Op 7 juni 2017 beëindigde de gemeente die opdracht vroegtijdig, op grond dat TV1 zonder haar voorafgaande goedkeuring een beroep zou hebben gedaan op een onderaannemer.
- 11 Op 25 juli 2017 heeft deze gemeente op het onlineplatform genaamd „elektronisch systeem voor openbare aanbestedingen” (hierna: „ESOA-platform”) een vaststelling (hierna: „vaststelling”) geplaatst waaruit bleek dat deze opdracht vroegtijdig was beëindigd wegens een fout van TV1 en voorts dat die beëindiging haar schade had berokkend die werd geraamd op 2 345 299,70 Roemeense Lei (RON) (ongeveer 521 000 EUR).
- 12 Op 27 juli 2017 heeft de CNAIR een openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor een overheidsopdracht voor werken ter verbreding van een nationale autoweg. Zij wenste daartoe een raamovereenkomst te sluiten voor een bedrag van 210 627 629 RON (ongeveer 46 806 140 EUR) met een looptijd van 84 maanden.
- 13 In het kader van die procedure heeft de tijdelijke vereniging van ondernemingen bestaande uit Delta, Aleandri SpA en Luca Way Srl (hierna: „TV2”) een offerte ingediend.
- 14 Na consultatie van het ESOA-platform voor elke inschrijver, heeft de evaluatiecommissie van de CNAIR kennis genomen van de vaststelling en heeft zij hierover de gemeente en Delta om opheldering gevraagd.
- 15 In antwoord op dit verzoek om opheldering heeft Delta aangegeven dat deze vaststelling, gesteld dat deze de realiteit zou weerspiegelen, niet aantoonde dat zij haar contractuele verplichtingen ernstig en herhaaldelijk niet is nagekomen en voorts dat zij twee beroepen heeft ingesteld bij de Roemeense rechterlijke instanties, die momenteel aanhangig zijn en die respectievelijk zijn gericht tegen deze vaststelling en tegen het besluit om opdracht 1 te beëindigen.
- 16 De gemeente van haar kant voerde aan dat opdracht 1 terecht vroegtijdig was beëindigd omdat belangrijke onderdelen van de betrokken werken tijdens de looptijd van het contract waren uitbesteed aan een onderaannemer zonder haar voorafgaande goedkeuring.
- 17 In het licht van de ontvangen antwoorden is de evaluatiecommissie van de CNAIR tot de slotsom gekomen dat Delta niet had aangetoond dat de vaststelling was opgeschort of nietig verklaard. Aangezien daarnaast TV2 in het kader van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument had verklaard dat er geen uitsluitingsgronden op haar van toepassing waren in de vorm van ernstige beroepsfouten en dat er evenmin sprake was van een situatie die had geleid tot het voortijdig beëindigen van een eerdere overheidsopdracht, de betaling van schadevergoeding of andere, vergelijkbare sancties met betrekking tot opdracht 1, was die commissie van oordeel dat de door die vereniging ingediende offerte viel onder artikel 167, lid 1, onder g), van wet nr. 98/2016. Bijgevolg heeft de CNAIR de offerte van TV2 bij besluit van 18 december 2017 uitgesloten (hierna: „uitsluitingsbesluit”).

- 18 Delta verzocht de CNAIR derhalve om de vermeende inbreuk op de wetgeving inzake overheidsopdrachten te verhelpen door het uitsluitingsbesluit te herroepen en de door TV2 ingediende documenten en offerte opnieuw te beoordelen.
- 19 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de CNAIR niet is ingegaan op dit verzoek.
- 20 Op 8 januari 2018 heeft Delta bij de Consiliu Național de Soluționare a Contestațiilor (nationale raad voor de behandeling van bezwaarschriften, Roemenië; hierna: „CNSC”) een bezwaar ingediend, dat bij besluit van 2 februari 2018 is afgewezen. Bij dit besluit heeft de CNSC zich onbevoegd verklaard om de wettigheid van de vaststelling te onderzoeken en om een eventuele fout in de uitvoering van opdracht 1 vast te stellen. Hij heeft niettemin verduidelijkt dat op die vaststelling, zolang zij niet nietig was verklaard bij een onherroepelijk vonnis, het vermoeden van wettigheid rustte waardoor het ernstige karakter van de niet-nakoming van de uit opdracht 1 voortvloeiende verplichtingen werd aangetoond. De CNSC heeft ook gesteld dat de aanbestedende dienst zich niet had gebaseerd op die vaststelling alleen om TV2 uit te sluiten. Hij had immers stappen ondernomen om de gegevens die uit die vaststelling naar voren kwamen te beoordelen en had zich gebaseerd op de opmerkingen van partijen in het hoofdgeding. Ten slotte zou TV2 uitsluitend hebben aangevoerd dat de vaststelling onrechtmatig was, zonder bewijzen over te leggen van haar betrouwbaarheid in het licht van de uitsluitingsgronden, overeenkomstig artikel 171 van wet nr. 98/2016.
- 21 Met het oog op de nietigverklaring van het besluit van 2 februari 2018 van de CNSC heeft Delta op 16 februari 2018 de CNAIR gedagvaard voor de Curte de Apel București (rechter in eerste aanleg Boekarest, Roemenië).
- 22 Delta betwist het recht van de CNAIR om haar uit te sluiten van deelname aan de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor werken ter verbreding van een nationale autoweg op grond van het besluit tot vroegtijdige beëindiging als bedoeld in punt 10 van het onderhavige arrest. De vroegtijdige beëindiging van opdracht 1 op grond dat een deel van het werk was uitbesteed aan een onderaannemer zonder voorafgaande toestemming van de aanbestedende dienst, is immers een kleine onregelmatigheid en vormt geen niet-nakoming van een wezenlijke verplichting in het kader van de overheidsopdracht. Bijgevolg kan een dergelijke onregelmatigheid slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot uitsluiting van een ondernemer leiden, overeenkomstig overweging 101 van richtlijn 2014/24. In dat verband verwijst Delta naar punt 30 van het arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), waaruit volgt dat het begrip „ernstige fout” ziet op het gedrag van de betrokken ondernemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst.
- 23 Na te hebben vastgesteld dat het Hof nog niet in de gelegenheid is gesteld om artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 uit te leggen, heeft de Curte de Apel București beslist om de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Kan artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn [2014/24] aldus worden uitgelegd dat het beëindigen van een overheidsopdracht omdat een deel van het werk zou zijn uitbesteed aan een onderaannemer zonder toestemming van de aanbestedende dienst, een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming is bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, die leidt tot uitsluiting van een ondernemer van deelname aan een openbare aanbestedingsprocedure?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

- 24 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de in het kader van een eerdere overheidsopdracht door een ondernemer verrichte uitbesteding van een deel van de werken aan een onderaannemer, zonder toestemming van de aanbestedende dienst, die heeft geleid tot de vroegtijdige beëindiging van

die opdracht, een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens voornoemde overheidsopdracht in de zin van die bepaling vormt en rechtvaardigt dat die ondernemer van deelname aan een latere openbare aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten.

- 25 Zoals volgt uit de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24, heeft de Uniewetgever het aan de aanbestedende dienst willen laten – en alleen aan hem – om in de fase van de selectie van inschrijvers te beoordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure (arrest van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punt 34).
- 26 Die mogelijkheid waarover elke aanbestedende dienst beschikt om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure strekt er meer in het bijzonder toe om hem in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen. In het bijzonder is de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 vermelde facultatieve uitsluitingsgrond, gelezen in samenhang met overweging 101 van die richtlijn, gebaseerd op een wezenlijk element van de relatie tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld (zie in die zin arrest van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punten 29 en 30).
- 27 De totstandbrenging van een vertrouwensrelatie tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, veronderstelt dus dat deze aanbestedende dienst niet automatisch gebonden is aan de beoordeling door een andere aanbestedende dienst in het kader van een eerdere overheidsopdracht, met name om bij de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht te kunnen besteden aan het evenredigheidsbeginsel (zie in die zin arrest van 19 juni 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, punten 30 en 32). Dit beginsel vereist immers dat de aanbestedende dienst de feiten zelf onderzoekt en beoordeelt. Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 32 van zijn conclusie, volgt in dit verband uit de bewoordingen van artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 dat de door de inschrijver begane onregelmatigheid voldoende ernstig moet zijn om uit het oogpunt van het evenredigheidsbeginsel de vroegtijdige beëindiging van de opdracht te rechtvaardigen.
- 28 Hieruit volgt dat een aanbestedende dienst uit de beslissing van een andere aanbestedende dienst om een eerdere overheidsopdracht vroegtijdig te beëindigen op grond dat de gekozen inschrijver een deel van de werken heeft uitbesteed aan een onderaannemer zonder zijn voorafgaande toestemming, niet automatisch kan afleiden dat die gekozen inschrijver blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens die overheidsopdracht in de zin van artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24.
- 29 Het staat immers aan de aanbestedende dienst om zijn eigen beoordeling te verrichten van het gedrag van de bij de beëindiging van een eerdere overheidsopdracht betrokken ondernemer. In dat verband dient hij, op basis van alle relevante gegevens – met name het besluit tot vroegtijdige beëindiging – en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, zorgvuldig en onpartijdig na te gaan of die ondernemer volgens hem verantwoordelijk is voor aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een voor die ondernemer, in het kader van die overheidsopdracht, wezenlijk voorschrift waardoor de vertrouwensband met de betrokken ondernemer kan zijn verbroken.
- 30 In de omstandigheden van het hoofdgeding moet de CNAIR met name nagaan of volgens haar de uitbesteding aan een onderaannemer door TV1 zonder voorafgaande toestemming van de gemeente een aanzienlijke tekortkoming vormde en, zo ja, of deze tekortkoming de uitvoering van een wezenlijk voorschrift voor die gekozen inschrijver in het kader van opdracht 1 heeft aangetast.
- 31 Daartoe moet de CNAIR het belang van het uitbestede deel van opdracht 1 beoordelen en bepalen, zoals de advocaat-generaal in punt 45 van zijn conclusie heeft opgemerkt, of het optreden van de onderaannemer een negatieve invloed heeft gehad op de uitvoering van die opdracht.

- 32 Zij moet ook nagaan of de overeenkomst die betrekking heeft op die opdracht voor de gekozen inschrijver een verplichting tot persoonlijke uitvoering bevatte dan wel of voorafgaandelijk toestemming van de gemeente moest worden verkregen voor een uitbesteding aan een onderaannemer. Dergelijke vereisten zijn verenigbaar met artikel 71, lid 2, van richtlijn 2014/24, zoals de advocaat-generaal in wezen in punt 39 van zijn conclusie heeft opgemerkt. Uit deze bepaling volgt immers dat „de aanbestedende dienst de inschrijver [in de aanbestedingsstukken kan] verzoeken, of hij kan door een lidstaat worden verplicht hem te verzoeken, 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”. Zoals de advocaat-generaal in punt 38 van zijn conclusie heeft gesteld, is de aanbestedende dienst pas na het verkrijgen van deze informatie in staat om te beoordelen of de onderaannemer betrouwbaar is. Het verzoek om voorafgaande toestemming van de aanbestedende dienst is met name bedoeld om deze laatste in staat te stellen zich ervan te vergewissen dat er geen uitsluitingsgrond bestaat voor de onderaannemer op wie de gekozen inschrijver een beroep wil doen.
- 33 De CNAIR moet voorts nagaan of de uitbesteding aan een onderaannemer een wezenlijke wijziging vormt van de door de gekozen inschrijver ingediende offerte (zie naar analogie arrest van 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punt 39), in die zin dat hierbij voorwaarden worden ingevoerd die, indien zij in de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure waren vastgesteld, hadden kunnen leiden tot toelating van andere dan de oorspronkelijk toegelaten inschrijvers of tot de keuze van een andere dan de oorspronkelijk uitgekozen offerte (arresten van 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punt 38, en 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punt 35).
- 34 Bovendien staat het aan de CNAIR om te beoordelen of TV2, door haar niet in kennis te stellen van de vroegtijdige beëindiging van opdracht 1, niet een gedrag als bedoeld in artikel 57, lid 4, onder h), van richtlijn 2014/24 heeft aangenomen. Zoals de advocaat-generaal in wezen in punt 53 van zijn conclusie heeft opgemerkt, ziet deze bepaling zowel op actief handelen, zoals het verstrekken van valse verklaringen, als op nalaten om te handelen, aangezien het medelen van onjuiste informatie, net zoals het achterhouden van juiste informatie, invloed kan hebben op het besluit dat de aanbestedende dienst neemt.
- 35 Deze uitlegging wordt overigens bevestigd door artikel 57, lid 5, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, dat bepaalt dat „[a]anbestedende diensten [...] op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure [kunnen] uitsluiten, of door lidstaten worden verplicht dat te doen, wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in lid 4”.
- 36 In casu stond het aan TV2 om overeenkomstig de vereisten van transparantie en loyaliteit de aanbestedende dienst te informeren over haar situatie, daar de vroegtijdige beëindiging van opdracht 1 formeel was vastgesteld. Aldus had zij meteen alle informatie moeten verstrekken die had kunnen aantonen dat de kwalificatie als onderaanneming onjuist was, zodat zij haar uit opdracht 1 voortvloeiende verplichtingen was nagekomen, of dat het ontbreken van toestemming van de aanbestedende dienst in het kader van de eerdere overheidsopdracht slechts een kleine onregelmatigheid was. Dergelijke preciseringen hadden in het bijzonder kunnen worden vermeld op het in bijlage bij uitvoeringsverordening 2016/7 gevoegde standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Deel III van dit formulier, dat gewijd is aan „Uitsluitingsgronden”, bevat immers een punt C, „Gronden met betrekking tot insolventie, belangenconflicten of beroepsfouten”. In het kader van dit punt C moeten de gegadigden met name de vraag beantwoorden of zij zich schuldig hebben gemaakt aan een ernstige beroepsfout en, zo ja, worden zij verzocht om verduidelijking te verschaffen.
- 37 Indien de aanbestedende dienst ten slotte oordeelt dat is voldaan aan de in artikel 57, lid 4, onder g) of h), van richtlijn 2014/24 vermelde voorwaarden, moet hij, om te voldoen aan de vereisten van artikel 57, lid 6, van die richtlijn, gelezen in samenhang met overweging 102 ervan, aan de betrokken

ondernemer de mogelijkheid bieden om te bewijzen dat de corrigerende maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om te vermijden dat de onregelmatigheid die aan de basis lag van de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overheidsopdracht, opnieuw wordt begaan en dat zij dus zijn betrouwbaarheid kunnen aantonen ondanks het bestaan van een relevante facultatieve uitsluitingsgrond.

- 38 In die omstandigheden dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat de in het kader van een eerdere overheidsopdracht door een ondernemer verrichte uitbesteding van een deel van de werken aan een onderaannemer, zonder toestemming van de aanbestedende dienst, die heeft geleid tot de vroegtijdige beëindiging van die opdracht, een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens voornoemde opdracht in de zin van die bepaling vormt, en dus kan rechtvaardigen dat die ondernemer van deelname aan een latere openbare aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, indien de aanbestedende dienst die deze latere aanbestedingsprocedure organiseert, na een eigen beoordeling van de integriteit en de betrouwbaarheid van de ondernemer waarop de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overheidsopdracht betrekking heeft, van mening is dat een dergelijke onderaanneming leidt tot een breuk in de vertrouwensband met de betrokken ondernemer. Alvorens tot een dergelijke uitsluiting over te gaan, dient de aanbestedende dienst echter overeenkomstig artikel 57, lid 6, van die richtlijn, gelezen in samenhang met overweging 102 ervan, aan die ondernemer de mogelijkheid te bieden om de corrigerende maatregelen uiteen te zetten die hij na de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overheidsopdracht heeft genomen.

Kosten

- 39 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 (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat de in het kader van een eerdere overheidsopdracht door een ondernemer verrichte uitbesteding van een deel van de werken aan een onderaannemer, zonder toestemming van de aanbestedende dienst, die heeft geleid tot de vroegtijdige beëindiging van die opdracht, een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens voornoemde opdracht in de zin van die bepaling vormt, en dus kan rechtvaardigen dat die ondernemer van deelname aan een latere openbare aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, indien de aanbestedende dienst die deze latere aanbestedingsprocedure organiseert, na een eigen beoordeling van de integriteit en de betrouwbaarheid van de ondernemer waarop de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overheidsopdracht betrekking heeft, van mening is dat een dergelijke onderaanneming leidt tot een breuk in de vertrouwensband met de betrokken ondernemer. Alvorens tot een dergelijke uitsluiting over te gaan, dient de aanbestedende dienst echter overeenkomstig artikel 57, lid 6, van die richtlijn, gelezen in samenhang met overweging 102 ervan, aan die ondernemer de mogelijkheid te bieden om de corrigerende maatregelen uiteen te zetten die hij na de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overheidsopdracht heeft genomen.

ondertekeningen