



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tiende kamer)

6 november 2014*

„Overheidsopdrachten — Beginselen van gelijke behandeling en transparantie — Richtlijn 2004/18/EG — Gronden voor uitsluiting van deelneming — Artikel 45 — Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver — Verplichte verklaring omtrent de persoon die is genoemd als ‚technisch directeur‘ — Geen verklaring in de inschrijving — Uitsluiting van de opdracht zonder mogelijkheid deze omissie te herstellen”

In zaak C-42/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) bij beslissing van 5 december 2012, ingekomen bij het Hof op 28 januari 2013, in de procedure

Cartiera dell’Adda SpA

tegen

CEM Ambiente SpA,

wijst

HET HOF (Tiende kamer),

samengesteld als volgt: C. Vajda (rapporteur), kamerpresident, E. Juhász en D. Šváby, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: L. Carrasco Marco, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 mei 2014,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

- Cartiera dell’Adda SpA, vertegenwoordigd door S. Soncini, avvocato,
- CEM Ambiente SpA, vertegenwoordigd door E. Robaldo, P. Ferraris en F. Caliandro, avvocati,
- de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door S. Varone, avvocato dello Stato,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Pignataro-Nolin en A. Tokár als gemachtigden,

* Procestaal: Italiaans.

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

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 2009 (PB L 314, blz. 64; hierna: „richtlijn 2004/18”).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Cartiera dell'Adda SpA (hierna: „Cartiera dell'Adda”) en CEM Ambiente SpA (hierna: „CEM Ambiente”) over een besluit van die laatste, in haar hoedanigheid van aanbestedende dienst, om het tijdelijke samenwerkingsverband van ondernemingen in oprichting (hierna: „TSO”) gevormd door Cartiera dell'Adda en Cartiera di Cologno Monzese SpA (hierna: „CCM”), met die laatste vennootschap als opdrachtgever van het TSO, uit te sluiten van een selectieprocedure omdat zij heeft nagelaten samen met de inschrijving van het TSO een verklaring neer te leggen omtrent de persoon die als technisch directeur van CCM was genoemd.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 In artikel 1, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18 wordt het begrip overheidsopdrachten voor diensten voor de toepassing van deze richtlijn omschreven als andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bij die richtlijn bedoelde diensten. In punt 16 van bijlage II A ervan worden „Straatreiniging en afvalverzameling; afvalwaterverzameling en -verwerking en aanverwante diensten” genoemd.
- 4 Artikel 2 van richtlijn 2004/18, „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, luidt:
„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen.”
- 5 Artikel 45, leden 1 en 3, van richtlijn 2004/18, „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”, bepaalt:

„1. Van deelneming aan een overheidsopdracht wordt uitgesloten, iedere gegadigde of inschrijver jegens wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om een of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft:

[...]

De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.

Zij kunnen bepalen dat om dwingende redenen van algemeen belang kan worden afgeweken van de in de eerste alinea bedoelde verplichting.

Met het oog op de toepassing van dit lid verzoeken de aanbestedende diensten de gegadigden of inschrijvers indien nodig om de in lid 3 bedoelde documenten te verstrekken en kunnen zij, indien zij twijfels over de persoonlijke situatie van die gegadigden/inschrijvers hebben, de bevoegde autoriteiten verzoeken om de inlichtingen die zij nodig achten over de persoonlijke situatie van die gegadigden of inschrijvers. Wanneer de inlichtingen betrekking hebben op een gegadigde of inschrijver die in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst gevestigd is, kan de aanbestedende dienst om de medewerking van de bevoegde autoriteiten verzoeken. Naargelang van het nationale recht van de lidstaat waarin de gegadigde of de inschrijver gevestigd is, kunnen deze verzoeken betrekking hebben op rechtspersonen en/of natuurlijke personen, met inbegrip, in voorkomend geval, van de bedrijfsleider of van enig persoon met vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid bij de gegadigde of de inschrijver.

[...]

3. Als voldoende bewijs dat de ondernemer niet verkeert in een van de situaties bedoeld in lid 1 en in lid 2, sub a, b, c, e en f, wordt door de aanbestedende diensten aanvaard:

- a) voor lid 1 en lid 2, sub a, b, en c, een uittreksel uit zijn strafregister of, bij gebreke daarvan, een gelijkwaardig document, afgegeven door een bevoegde rechterlijke of administratieve instantie van het land van oorsprong of van herkomst, waaruit blijkt dat aan de betrokken eisen is voldaan;

[...]

Wanneer een document of getuigschrift niet door het betrokken land wordt afgegeven, of daarin niet alle in lid 1 en in lid 2, sub a, b en c, bedoelde gevallen worden vermeld, kan dit worden vervangen door een verklaring onder ede – of, in de lidstaten waar niet in een eed is voorzien, door een plechtige verklaring – die door betrokkene ten overstaan van een bevoegde rechterlijke of administratieve instantie, een notaris of een bevoegde beroepsorganisatie van het land van oorsprong of herkomst wordt afgelegd.”

- 6 Artikel 51 van deze richtlijn, „Aanvullende documentatie en inlichtingen”, bepaalt:

„De aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten.”

Italiaans recht

- 7 Artikel 38, leden 1 en 2, van decreto legislativo nr. 163 – Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (wetsdecreet nr. 163 – wetboek overheidsopdrachten voor werken, diensten en leveringen tot omzetting van de richtlijn 2004/17/EG en 2004/18/EG; hierna: „d.lgs. nr. 163/2006”) van 12 april 2006 (gewoon supplement bij GURI nr. 100 van 2 mei 2006) luidt als volgt:

„1. De volgende personen zijn uitgesloten van deelneming aan procedures voor de gunning van concessies en het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, komen niet in aanmerking voor opdrachten in onderaanbesteding en kunnen in dit verband geen overeenkomsten sluiten:

[...]

- b) personen jegens wie een procedure aanhangig is voor de toepassing van een preventieve maatregel als bedoeld in artikel 3 van wet nr. 1423 van 27 december 1956 of op grond van een weigeringsgrond als bedoeld in artikel 10 van wet nr. 575 van 31 mei 1965; de uitsluiting en het verbod zijn van toepassing wanneer de betrokken procedure aanhangig is jegens de rechthebbende of de technisch directeur, als het gaat om een eenpersoonsonderneming; [...]
- c) personen die bij een in kracht van gewijsde gegaan rechterlijk vonnis, een onherroepelijk geworden strafrechtelijke beschikking of een vonnis tot oplegging van een straf op verzoek van partijen in de zin van artikel 444 van de Codice di procedura penale [wetboek van strafvordering] zijn veroordeeld voor ernstige strafbare feiten tegen de Staat of de Gemeenschap die in strijd zijn met hun beroepsgedragsregels; zijn hoe dan ook uitgesloten personen die bij een in kracht van gewijsde gegaan rechterlijk vonnis zijn veroordeeld voor een of meer van de hierna genoemde strafbare feiten als omschreven in de in artikel 45, lid 1, van richtlijn 2004/18/EG genoemde handelingen van gemeenschapsrecht: deelneming aan een criminele organisatie, omkoping, fraude, witwassen van geld; de uitsluiting en het verbod zijn van toepassing wanneer het rechterlijk vonnis of de beschikking is gewezen of gegeven jegens de rechthebbende of de technisch directeur, als het gaat om een eenpersoonsonderneming; [...]

[...]

2. De gegadigde of inschrijver toont aan dat hij voldoet aan de vereisten door overlegging van een vervangende verklaring overeenkomstig de voorschriften van de geconsolideerde tekst van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake administratieve documenten bedoeld in decreto del Presidente della Repubblica [presidentieel decreet] nr. 445 van 28 december 2000, waarin hij alle strafrechtelijke veroordelingen opgeeft, daaronder begrepen de veroordelingen die niet zijn opgenomen in het strafregister. [...]"

- 8 Artikel 46, lid 1, van d.lgs. nr. 163/2006 luidt:

„Binnen de grenzen van de artikelen 38 tot en met 45 verzoeken de aanbestedende diensten inschrijvers indien nodig om een aanvulling of toelichting op de inhoud van de ingediende certificaten, documenten of verklaringen.”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 9 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat CEM Ambiente door middel van een openbare aankondiging van opdracht een procedure heeft ingeleid voor de sluiting van een overeenkomst inzake de afname van papier en karton afkomstig uit het gescheiden ophalen van vast stadsafval voor de periode van 1 april 2011 tot en met 31 maart 2014. Die overeenkomst zou worden gegund aan de inschrijver die de hoogste prijzen biedt voor de afname van de aangegeven hoeveelheden van deze materialen, volgens de procedure die in het bestek bij deze aanbesteding was aangegeven.
- 10 In artikel 8 van dit bestek, waarvan een afschrift is gehecht aan het dossier dat aan het Hof is overgelegd, wordt een aantal uitsluitingsgronden voor deelneming aan de gunningsprocedure genoemd. Daaronder vallen onvolledigheid of onregelmatigheid van een van de documenten en/of een van de vervangende verklaringen die ertoe strekken aan te tonen dat aan de algemene en bijzondere vereisten is voldaan, met uitzondering van zuiver formele, voor de beoordeling van de inschrijving niet-beslissende onregelmatigheden, die kunnen worden hersteld.
- 11 Bij besluit van 21 december 2010 heeft CEM Ambiente het TSO van deze gunningsprocedure uitgesloten op grond dat in de inschrijving van dit samenwerkingsverband een verklaring ontbrak omtrent Galbiati, die was genoemd als technisch directeur van CCM, waarin overeenkomstig artikel 38 van d.lgs. nr. 163/2006 was verklaard dat geen strafrechtelijke procedures tegen hem

aanhangig waren en hij niet bij een in kracht van gewijsde gegane uitspraak was veroordeeld. Aangezien de enige andere inschrijver eveneens van de selectieprocedure was uitgesloten, heeft CEM Ambiente de procedure afgesloten wegens gebrek aan deelnemers en een nieuwe gunningsprocedure ingeleid.

- 12 Nadat CCM kennis had genomen van het besluit het TSO uit te sluiten van de eerste selectieprocedure, heeft zij aan CEM Ambiente een verklaring doen toekomen waarin zij heeft uiteengezet dat geen van de uitsluitingsgronden in dat artikel op Galbiati van toepassing was. Daarnaast heeft zij aangegeven dat Galbiati per vergissing was genoemd als technisch directeur en slechts een lid van de raad van bestuur van CCM zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid was. Dientengevolge was geen verklaring uit hoofde van artikel 38 van d.lgs. nr. 163/2006 vereist.
- 13 Aangezien een antwoord van CEM Ambiente op deze mededelingen uitbleef, hebben Cartiera dell'Adda en CCM bij de verwijzende rechter een beroep aanhangig gemaakt waarin zij nietigverklaring van het besluit tot uitsluiting van het TSO van de eerste gunningsprocedure en intrekking van de aankondiging van een nieuwe procedure hebben gevorderd. Bij vonnis van 25 mei 2011 heeft deze rechterlijke instantie het beroep toegewezen, maar de vordering tot gunning van de overeenkomst aan hen afgewezen.
- 14 Op 23 juni 2011 heeft CEM Ambiente hogere voorziening tegen dit vonnis ingesteld bij de Consiglio di Stato. De dag daarop heeft Cartiera dell'Adda zich tot de verwijzende rechter gewend met een vordering tot uitvoering van het vonnis.
- 15 Bij zijn arrest van 31 maart 2012 heeft de Consiglio di Stato de hogere voorziening van CEM Ambiente toegewezen op grond dat de niet-overlegging van een verklaring als in geding uitsluiting van de inschrijvende onderneming van de selectieprocedure moet meebrengen, althans wanneer, zoals in casu, het ontbreken van een dergelijke verklaring krachtens de lex specialis tot uitsluiting van deze procedure leidt. De Consiglio di Stato oordeelde dat de litigieuze procedure niet zag op een verplichting een onvolledig of op enig punt gebrekkig document aan te vullen of te herstellen, maar op het zuivere nalaten een verplichte verklaring over te leggen.
- 16 In het kader van de procedure voor de verwijzende rechter waarin uitvoering is gevorderd, heeft Cartiera dell'Adda op 26 juni 2012 een memorie neergelegd waarin zij stelde dat het gezag van gewijsde van dit arrest van de Consiglio di Stato in strijd was met artikel 45 van richtlijn 2004/18 en daarnaast verzocht het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken.
- 17 Bij beschikking van 28 juni 2012 heeft de verwijzende rechter vastgesteld dat bij hem tevens een schadevordering aanhangig was wegens vertraging in de uitvoering van zijn vonnis van 25 mei 2011 en beslist dat de instantie moest worden voortgezet volgens de voorschriften voor de gewone procedure. Het door Cartiera dell'Adda gevorderde bedrag aan schadevergoeding belooft meer dan 9 miljoen EUR.
- 18 De verwijzende rechter vraagt zich in wezen af of het recht van de Unie zich verzet tegen een uitlegging van een nationale bepaling tot omzetting van artikel 45 van richtlijn 2004/18 in nationaal recht volgens welke de aanbestedende dienst een inschrijver die in zijn verzoek tot deelneming heeft nagelaten te verklaren dat jegens een persoon die is geïdentificeerd als technisch directeur geen procedure aanhangig is en deze niet is veroordeeld in de zin van deze nationale bepaling, van de aanbestedingsprocedure moet uitsluiten, zelfs als de inschrijver kan bewijzen dat deze persoon per vergissing de hoedanigheid van technisch directeur is toegekend en hij hoe dan ook aan de voorwaarden voldeed om de vereiste verklaring over te kunnen leggen.
- 19 In het kader van de verwijzingsbeslissing merkt de verwijzende rechter bovendien op dat de in artikel 46 van d.lgs. nr. 163/2006 neergelegde bevoegdheid van de aanbestedende dienst om tijdens de procedure om de toelichting of aanvullingen te verzoeken die hij noodzakelijk acht, enkel van

toepassing is in de gevallen die in deze bepaling limitatief zijn opgesomd, zodat deze aanbestedende dienst in gevallen waarin verklaringen niet zijn overgelegd, de procedure niet naar eigen inzicht kan voortzetten.

- 20 Voor het overige meent de verwijzende rechter met een beroep op met name de arresten Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17), Kapferer (C-234/04, EU:C:2006:178), Kempster (C-2/06, EU:C:2008:78) en Fallimento Olimpiclub (C-2/08, EU:C:2009:506) dat een nationale beslissing die gezag van gewijsde heeft verworven, zoals het arrest van de Consiglio di Stato van 31 maart 2012, niet kan worden uitgevoerd voor zover zij in strijd is met het recht van de Unie. Uit de rechtspraak van het Hof vloeit voort dat de toetsing van de voorwaarden voor deelneming aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten een materiële toetsing moet zijn – dat wil zeggen dat moet worden nagegaan of de voorwaarden voor deelneming aan deze procedures zijn vervuld – en niet alleen moet zien op de formele volledigheid van de administratieve documenten in de binnen de termijn ingediende inschrijvingen. Kortom, de verwijzende rechter vraagt zich af of artikel 38, lid 1, sub b en c, van d.lgs. nr. 163/2006 in overeenstemming is met artikel 45 van richtlijn 2004/18.
- 21 Daarop heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Verzet het [Unie]recht zich tegen de uitlegging dat de aanbestedende dienst een onderneming die in haar verzoek tot deelneming aan de aanbestedingsprocedure heeft nagelaten te vermelden dat jegens haar technisch directeur geen van de in artikel 38, lid 1, sub b en c, van d.lgs. nr. 163/2006 bedoelde procedures aanhangig is en geen van de in diezelfde bepaling genoemde veroordelingen is uitgesproken, van die procedure moet uitsluiten, ook al heeft zij afdoende aangetoond dat de term ‚technisch directeur’ slechts bij vergissing is gebruikt?
- 2) Verzet het [Unie]recht zich tegen de uitlegging dat de aanbestedende dienst een onderneming die dienstig en afdoend bewijs heeft geleverd dat jegens de personen die de in artikel 38, lid 1, sub b en c, van d.lgs. nr. 163/2006 bedoelde verklaringen moeten afleggen geen van de in diezelfde bepaling bedoelde procedures aanhangig is en geen van de aldaar genoemde veroordelingen is uitgesproken, van de aanbestedingsprocedure moet uitsluiten ten gevolge van het feit dat zij een bepaling van de lex specialis waarbij de aanbestedingsprocedure is ingeleid, niet in acht heeft genomen?”
- 22 Bij beschikking van de president van het Hof van 18 juli 2013 is het verzoek van de verwijzende rechter om de onderhavige zaak te behandelen volgens de versnelde procedure van artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof afgewezen.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Ontvankelijkheid

- 23 CEM Ambiente en de Italiaanse regering merken op dat het verzoek om een prejudiciële beslissing is gerezen in het kader van een beroep tot uitvoering van een vonnis van de verwijzende rechter – en van een beroep tot schadevergoeding vanwege vertraging bij deze uitvoering – dat evenwel is gewijzigd bij het arrest van de Consiglio di Stato van 31 maart 2012 dat gezag van gewijsde heeft verworven, zodat de rechtmatigheid van het besluit om het TSO uit te sluiten van de selectieprocedure die in het hoofdgeding aan de orde is, bij het onderzoek van deze beroepen door de verwijzende rechter niet meer ter discussie kan worden gesteld. Zij leiden daaruit af dat de door de verwijzende rechter gestelde vragen hypothetisch zijn en derhalve niet-ontvankelijk.

- 24 Dezelfde belanghebbenden voeren tevens aan dat de verwezen vragen uitgaan van een ander feitencomplex dan de Consiglio di Stato in zijn arrest van 31 maart 2012 heeft vastgesteld. De feitelijke omstandigheid waarop de eerste vraag berust, te weten een materiële vergissing in de toekenning van de hoedanigheid van technisch directeur aan Galbiati, is namelijk door deze rechter niet vastgesteld. Met betrekking tot de tweede vraag heeft de verwijzende rechter nagelaten te vermelden dat de door hem genoemde bewijzen te laat zijn overgelegd.
- 25 Bovendien meent de Italiaanse regering dat de gestelde vragen geen betrekking hebben op de uitlegging van het recht van de Unie, maar op het onderzoek van het feitencomplex van het hoofdgeding. Er zou namelijk getoetst moeten worden of is voldaan aan de voorwaarden voor herstel van een onvolledig document, hetgeen de Consiglio di Stato heeft uitgesloten.
- 26 In de eerste plaats dient eraan te worden herinnerd dat artikel 267 VWEU volgens vaste rechtspraak aan de nationale rechterlijke instanties een onbeperkte bevoegdheid toekent zich tot het Hof te wenden indien zij menen dat een bij hen aanhangig geding vragen over de uitlegging of de geldigheid van bepalingen van het recht van de Unie opwerpt waarover ter beslechting van het hun voorgelegde geschil moet worden beslist. De nationale rechterlijke instanties mogen die bevoegdheid overigens uitoefenen op elk tijdstip in de procedure dat zij daarvoor geschikt achten (arrest *Bericap Záródástechnikai*, C-180/11, EU:C:2012:717, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 27 Het Hof heeft daaruit afgeleid dat een regel van nationaal recht op grond waarvan rechterlijke instanties die niet in laatste aanleg uitspraak doen, zijn gebonden door het rechtsoordeel van de hogere rechterlijke instanties, deze instanties niet de bevoegdheid ontnemt, het Hof vragen voor te leggen over de uitlegging van het recht van de Unie waar bedoeld oordeel betrekking op heeft. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat het de niet in laatste aanleg uitspraak doende rechter vrijstaat zich met zijn vragen tot het Hof te wenden indien hij meent dat het rechtsoordeel van de hogere rechter hem tot een met het recht van de Unie strijdig vonnis zou kunnen brengen (zie arresten *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punten 25 en 27, en *Interedil*, C-396/09, EU:C:2011:671, punt 35).
- 28 Daaruit volgt dat het arrest van de Consiglio di Stato van 31 maart 2012, ook al heeft het gezag van gewijsde, er niet aan in de weg staat dat de verwijzende rechter prejudiciële vragen stelt aan het Hof, als hij meent dat dit arrest in strijd kan zijn met het recht van de Unie.
- 29 Ten tweede moet er, met betrekking tot de hypothetische aard van de prejudiciële vragen, aan worden herinnerd dat er een vermoeden van relevantie rust op de vragen betreffende de uitlegging van Unierecht die de nationale rechter stelt binnen het juridische en feitelijke kader dat hij onder zijn verantwoordelijkheid bepaalt en waarvan het niet aan het Hof staat de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (zie met name arrest *Genil* 48 en *Comercial Hostalera de Grandes Vinos*, C-604/11, EU:C:2013:344, punt 26).
- 30 In het onderhavige geval kan niet worden vastgesteld dat de vragen hypothetisch zijn. Zij zijn gesteld in het kader van een procedure waarin *Cartiera dell'Adda* met name schadevergoeding vordert voor de vertraging in de uitvoering van het vonnis van de verwijzende rechter van 25 mei 2011 waarbij het besluit van *CEM Ambiente* tot uitsluiting van het TSO van de selectieprocedure die in het hoofdgeding aan de orde is, nietig werd verklaard. Derhalve zijn deze vragen, die de overeenstemming van het nationale recht met het Unierecht betreffen, niet irrelevant voor de beslechting van het hoofdgeding. Bovendien kan, ondanks het arrest van de Consiglio di Stato van 31 maart 2012, niet a priori worden vastgesteld dat het geding zonder voorwerp is geraakt.

- 31 Ten derde volstaat het met betrekking tot de vermeende onnauwkeurigheden en tekortkomingen in de uiteenzetting van de feiten van het hoofdgeding vast te stellen – zoals tevens blijkt uit punt 29 van dit arrest – dat het uitsluitend de taak is van de nationale rechter de feitelijke context vast te stellen van het geding dat aanleiding heeft gegeven tot deze vragen en het niet aan het Hof staat om zich uit te spreken over de beoordeling daarvan door deze rechter (zie in die zin arrest Van Delft e.a., C-345/09, EU:C:2010:610, punt 114).
- 32 Ten vierde en tot slot blijkt uit de bewoordingen van de gestelde vragen dat de verwijzende rechter het Hof niet verzoekt om een onderzoek van het feitencomplex, maar om een uitlegging van het recht van de Unie die nuttig is om het bij hem aanhangige geding te beslechten.
- 33 Bijgevolg zijn de prejudiciële vragen ontvankelijk.

Ten gronde

- 34 Vooraf moet worden opgemerkt dat de verwijzende rechter artikel 45 van richtlijn 2004/18 in zijn vragen weliswaar niet noemt, maar uit de verwijzingsbeslissing zelf, en met name uit de alinea waarmee de vragen worden ingeleid, blijkt dat deze rechter zich afvraagt of artikel 38, lid 1, sub b en c, van d.lgs. nr. 163/2006 in overeenstemming is met dat artikel 45.
- 35 Voorts wordt enkel in de tweede vraag melding gemaakt van een marktdeelnemer die deelneemt aan een aanbesteding en een bepaling in de aanbestedingsdocumenten van de gunningsprocedure die in het hoofdgeding aan de orde is, zoals de aankondiging van de opdracht en het bestek, niet in acht heeft genomen. Niettemin is de uitsluitingsgrond in de twee vragen dezelfde. Zoals blijkt uit punt 10 van dit arrest, wordt deze grond ook vermeld in artikel 8 van het bestek.
- 36 Derhalve moet het ervoor worden gehouden dat de verwijzende rechter met zijn vragen, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, in wezen wenst te vernemen of artikel 45 van richtlijn 2004/18 aldus moeten worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de uitsluiting van een marktdeelnemer van een gunningsprocedure op grond dat deze marktdeelnemer de in de aanbestedingsdocumenten neergelegde verplichting niet is nagekomen om op straffe van uitsluiting aan zijn inschrijving een verklaring te hechten dat jegens de persoon die in die inschrijving als technisch directeur van de marktdeelnemer wordt genoemd, geen strafrechtelijke procedures aanhangig zijn en deze persoon niet bij strafrechtelijke uitspraak is veroordeeld, wanneer na de termijn voor het neerleggen van de inschrijvingen aan de aanbestedende dienst een dergelijke verklaring is medegedeeld of wordt aangetoond dat de hoedanigheid van technisch directeur bij vergissing aan deze persoon is toegekend.
- 37 Met betrekking tot de vraag of de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 valt, heeft de Europese Commissie ter terechtzitting gesteld dat deze opdracht een overheidsopdracht voor diensten is als omschreven in artikel 1, lid 2, sub d, van deze richtlijn en meer in het bijzonder in punt 16 van bijlage II A ervan.
- 38 CEM Ambiente is daarentegen van mening dat deze opdracht een koopovereenkomst van roerende zaken betreft of hoogstens, in het licht van de verplichting afval te verwerken die erin besloten ligt, een concessie van diensten. Daarom valt de opdracht volgens haar in geen geval binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/18.
- 39 Ten eerste moet eraan worden herinnerd dat, mocht de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is binnen de werkingssfeer van die richtlijn vallen – hetgeen aan de verwijzende rechter ter beoordeling staat – artikel 45, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18 een aantal gronden voor de uitsluiting van een inschrijver bevat, die verband houden met zijn persoonlijke situatie. Lid 3 van dat artikel somt de

documenten op die aanbestedende diensten moeten aanvaarden als voldoende bewijs dat de ondernemer niet verkeert in een van de situaties bedoeld in lid 1 en in lid 2, met uitzondering van de in lid 2, sub d en g, genoemde situaties.

- 40 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt niet dat in het hoofdingen betwist wordt dat de uitsluitingsgronden in artikel 38, lid 1, sub b en c, van d.lgs. nr. 163/2006 en de verplichting om een in lid 2 van dat artikel genoemde „vervangende verklaring” over te leggen verenigbaar zijn met deze bepalingen van richtlijn 2004/18. Evenmin wordt beweerd dat de uitsluiting van een inschrijver van de opdracht wegens niet-inachtneming van deze verplichting op zich in strijd met deze richtlijn is. De verwijzende rechter betwijfelt echter of het verenigbaar is met het recht van de Unie dat deze inschrijver na neerlegging van zijn inschrijving het verzuim om daaraan een dergelijke verklaring te hechten niet meer kan herstellen, hetzij door mededeling van een dergelijke verklaring aan de aanbestedende dienst hetzij door aan te tonen dat de hoedanigheid van technisch directeur bij vergissing aan de betrokken persoon was toegekend.
- 41 In dat verband staat vast dat uit de documenten voor de opdracht die in het hoofdingen aan de orde is, naar voren komt dat de in artikel 38 van d.lgs. nr. 163/2006 bedoelde „vervangende verklaring” omtrent de persoon die is genoemd als technisch directeur van de betrokken marktdeelnemer, op straffe van uitsluiting van de aanbestedingsprocedure aan de inschrijving van die marktdeelnemer moest worden gehecht en dat a posteriori enkel zuiver formele, voor de beoordeling van de inschrijving niet-beslissende onregelmatigheden konden worden hersteld.
- 42 Het Hof heeft al geoordeeld dat een aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht dient te nemen, zodat hij gehouden is een marktdeelnemer uit te sluiten die een stuk of een gegeven dat volgens de aanbestedingsdocumenten op straffe van uitsluiting moest worden overgelegd, niet heeft medegedeeld (zie in die zin arrest Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punt 40).
- 43 Deze strikte verplichting die op aanbestedende diensten rust, vindt zijn oorsprong in het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting die eruit voortvloeit, waaraan deze diensten krachtens artikel 2 van richtlijn 2004/18 zijn onderworpen.
- 44 Het beginsel van gelijke behandeling vereist dat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. De transparantieplichting heeft ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (zie in die zin arrest Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punten 108-111).
- 45 Daaruit volgt dat artikel 45 van richtlijn 2004/18, in samenhang met artikel 2 ervan, zich in omstandigheden als die van het hoofdingen niet verzet tegen de uitsluiting van een inschrijver op grond dat hij aan zijn inschrijving geen vervangende verklaring heeft gehecht omtrent de persoon die in deze inschrijving is genoemd als technisch directeur. Inzonderheid kan de aanbestedende dienst, voor zover hij overweegt dat deze omissie geen zuiver formele onregelmatigheid is, deze inschrijver niet toestaan zijn omissie naderhand, na verstrijken van de termijn die is gesteld voor het neerleggen van inschrijvingen, op enigerlei wijze te herstellen.

- 46 Voor het overige kan artikel 51 van deze richtlijn, dat bepaalt dat de aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de uit hoofde van de artikelen 45 tot en met 50 overgelegde verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten, niet aldus worden uitgelegd dat deze dienst elke rectificatie kan toestaan voor omissies die volgens de uitdrukkelijke bepalingen van de aanbestedingsdocumenten moeten leiden tot uitsluiting van de inschrijver.
- 47 In de tweede plaats moet eraan worden herinnerd dat concessieovereenkomsten voor diensten, mocht de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is een concessie van diensten zijn, weliswaar ten tijde van de feiten van het hoofdgeding niet binnen de werkingssfeer vielen van een van de richtlijnen waarbij de wetgever van de Unie de materie van de overheidsopdrachten heeft geregeld, maar de openbare autoriteiten die dergelijke overeenkomsten sloten, niettemin de fundamentele regels van het VWEU, met name de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, in acht dienden te nemen (zie in die zin arresten *Parking Brixen*, C-458/03, EU:C:2005:605, punten 46-49, en *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, punt 33), voor zover de betrokken opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoonde, met name gelet op het belang en de plaats van uitvoering ervan (zie in die zin arrest *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.*, C-159/11, EU:C:2012:817, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 Voor zover de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde is een dergelijk belang vertoont, hetgeen aan de verwijzende rechter ter beoordeling staat, vergen het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting die eruit voortvloeit, zoals blijkt uit de punten 42 en 44 van dit arrest, dat de aanbestedende dienst de criteria in acht neemt die hij zelf heeft vastgesteld, zodat hij gehouden is een marktdeelnemer uit te sluiten die een stuk of een gegeven dat volgens de aanbestedingsdocumenten op straffe van uitsluiting moest worden overgelegd, niet heeft medegedeeld.
- 49 Derhalve moet worden vastgesteld dat de uitsluiting van een inschrijver als *Cartiera dell'Adda* van een opdracht zoals die in het hoofdgeding aan de orde is, in overeenstemming is met het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting als fundamentele regels van het VWEU.
- 50 Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat artikel 45 van richtlijn 2004/18, in samenhang met artikel 2 ervan, alsook het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting, aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen de uitsluiting van een marktdeelnemer van een gunningsprocedure op grond dat deze marktdeelnemer de in de aanbestedingsdocumenten neergelegde verplichting niet is nagekomen om op straffe van uitsluiting aan zijn inschrijving een verklaring te hechten dat jegens de persoon die in die inschrijving als technisch directeur van de marktdeelnemer wordt genoemd, geen strafrechtelijke procedures aanhangig zijn en deze persoon niet bij strafrechtelijke uitspraak is veroordeeld, zelfs indien na het verstrijken van de termijn voor het neerleggen van de inschrijvingen aan de aanbestedende dienst een dergelijke verklaring is medegedeeld of wordt aangetoond dat de hoedanigheid van technisch directeur bij vergissing aan deze persoon is toegekend.

Kosten

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

Het Hof (Tiende kamer) verklaart voor recht:

Artikel 45 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1177/2009 van de

Commissie van 30 november 2009, in samenhang met artikel 2 ervan, alsook het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplichting, moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich niet verzetten tegen de uitsluiting van een marktdeelnemer van een gunningsprocedure op grond dat deze marktdeelnemer de in de aanbestedingsdocumenten neergelegde verplichting niet is nagekomen om op straffe van uitsluiting aan zijn inschrijving een verklaring te hechten dat jegens de persoon die in die inschrijving als technisch directeur van de marktdeelnemer wordt genoemd, geen strafrechtelijke procedures aanhangig zijn en deze persoon niet bij strafrechtelijke uitspraak is veroordeeld, zelfs indien na het verstrijken van de termijn voor het neerleggen van de inschrijvingen aan de aanbestedende dienst een dergelijke verklaring is medegedeeld of wordt aangetoond dat de hoedanigheid van technisch directeur bij vergissing aan deze persoon is toegekend.

ondertekeningen