



Jurisprudentie

ESAPROJEKT ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

4 mei 2017 *

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie — Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemers — Artikel 48, lid 3 — Mogelijkheid om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten — Artikel 51 — Mogelijkheid om de inschrijving aan te vullen — Artikel 45, lid 2, onder g) — Uitsluiting van deelneming aan een overheidsopdracht wegens ernstige fout”

In zaak C-387/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen) bij beslissing van 25 juli 2014, ingekomen bij het Hof op 14 augustus 2014, in de procedure

Esaprojekt sp. z o.o.

tegen

Województwo Łódzkie,

in tegenwoordigheid van:

Konsultant Komputer sp. z o.o.,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

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

advocaat-generaal: M. Bobek,

griffier: X. Lopez Bancelari, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 21 september 2016,

gelet op de opmerkingen van:

— de Województwo Łódzkie, vertegenwoordigd door M. Popielarczyk en A. Faliszek-Rosiak, radcy prawni, en door P. Krystynowicz en M. Kaczmarczyk als gemachtigden,

* Procestaal: Pools.

- de Poolse regering, vertegenwoordigd door B. Majczyna en D. Lutostańska als gemachtigden,
 - de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli, avvocato dello Stato,
 - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door J. Hottiaux en A. Tokár als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 24 november 2016,
- het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114, met rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44).
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Esaprojekt sp. z o.o. en de Województwo Łódzkie (aanbestedende dienst Łódź, Polen) (hierna: „aanbestedende dienst”) over de selectievoorwaarden voor een door de ondernemer, Konsultant Komputer sp. z o.o., in het kader van een gunningsprocedure voor een overheidsopdracht voor de levering van informaticasystemen voor ziekenhuizen in Polen ingediende inschrijving.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

- 3 In overweging 46 van richtlijn 2004/18 heet het:

„De gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria waarbij het discriminatieverbod en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht worden genomen en de beoordeling van de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Derhalve mogen slechts twee gunningscriteria worden toegepast, namelijk het criterium van de ‚laagste prijs’ en het criterium van de ‚economisch voordeligste inschrijving’.

Teneinde de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling bij de gunning van opdrachten te waarborgen, moet worden voorzien in de door de jurisprudentie bevestigde verplichting om de nodige transparantie te garanderen teneinde iedere inschrijver de mogelijkheid te bieden redelijkerwijs kennis te nemen van de criteria en de nadere regelingen die zullen worden toegepast ter bepaling van de economisch voordeligste inschrijving. [...]”

- 4 Artikel 1, lid 2, onder a), van die richtlijn luidt als volgt:

„Overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.”

- 5 Artikel 2 van deze richtlijn, met als opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten”, bepaalt:

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

- 6 Artikel 44 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „Controle van de geschiktheid en selectie van de deelnemers, en gunning van de opdrachten”, bepaalt:

„1. Opdrachten worden gegund op basis van de in artikel 53 en 55 bepaalde criteria, rekening houdend met artikel 24, nadat de aanbestedende diensten de geschiktheid van de niet ingevolge de artikelen 45 en 46 uitgesloten ondernemers hebben gecontroleerd op grond van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, genoemd in de artikelen 47 tot en met 52, en, in voorkomend geval, de niet-discriminerende criteria als bedoeld in lid 3.

2. De aanbestedende diensten kunnen minimeisen inzake draagkracht en bekwaamheden overeenkomstig de artikelen 47 en 48 stellen waaraan de gegadigden en de inschrijvers moeten voldoen.

De in de artikelen 47 en 48 bedoelde inlichtingen en de minimeisen inzake draagkracht en bekwaamheden moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Deze minimeisen worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.

[...]

- 7 Artikel 45 van die richtlijn, met als opschrift „Persoonlijke situatie van de gegadigde of inschrijver”, bepaalt in lid 2:

„Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer:

[...]

- g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die ingevolge deze afdeling kunnen worden verlangd, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

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

- 8 Artikel 48 van die richtlijn, met als opschrift „Technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid”, luidt:

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

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

- a) [...]

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

[...]

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

4. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zoals bedoeld in artikel 4, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.

[...]”

- 9 Artikel 51 van richtlijn 2004/18, met als opschrift „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.”

Pools recht

- 10 Richtlijn 2004/18 is in Pools recht omgezet bij de Ustawa Prawo zamówień publicznych (aanbestedingswet; codificatie, Dz. U. van 2013, volgnummers 907, 984, 1047 en 1473, en Dz. U. van 2014, volgnummer 423; hierna: „aanbestedingswet”).

- 11 Artikel 24, lid 2, punten 3 en 4, van de aanbestedingswet luidt als volgt:

„[V]an de aanbestedingsprocedure worden tevens uitgesloten de ondernemers die:

3) valse inlichtingen hebben verstrekt die de uitkomst van de procedure beïnvloeden of kunnen beïnvloeden;

4) niet hebben aangetoond dat zij voldoen aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure.”

- 12 Artikel 26, leden 2b en 4, van die wet bepaalt:

„2b. De ondernemer kan zich beroepen op de vakkennis en de ervaring, de technische bekwaamheid en het ter uitvoering van de opdracht geschikte personeel of de financiële draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. In dat geval moet de ondernemer ten opzichte van de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, inzonderheid door overlegging van een schriftelijke verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer voor de duur van de uitvoering van de opdracht de nodige middelen ter beschikking te stellen [...]

4. De aanbestedende dienst verzoekt tevens om binnen een door hem gestelde termijn toelichtingen bij de in artikel 25, lid 1, bedoelde verklaringen of documenten te verstrekken.”

13 Artikel 93, lid 1, punt 7, van deze wet bepaalt:

„De aanbestedende dienst annuleert de procedure voor het plaatsen van de opdracht indien [...] de procedure aangetast is door een gebrek dat niet kan worden hersteld en in de weg staat aan de sluiting van een overeenkomst voor de uitvoering van de overheidsopdracht die niet nietig kan worden verklaard.”

14 § 1, lid 6, van het Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (besluit van de voorzitter van de ministerraad van 19 februari 2013 betreffende de stukken die de aanbestedende dienst van de ondernemer kan verlangen, en betreffende de vorm waarin deze stukken kunnen worden ingediend; Dz. U. van 2013, volgnummer 231) luidt:

„Wanneer de ondernemer zich overeenkomstig de in artikel 26, lid 2b, van de [aanbestedings]wet vastgestelde regels beroept op de draagkracht van andere entiteiten om aan te tonen dat hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 22, lid 1, van de wet, kan de aanbestedende dienst met het oog op de beoordeling van de vraag of de ondernemer voldoende gebruik zal kunnen maken van de middelen van de andere entiteiten om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren, en of de relatie tussen de ondernemer en deze entiteiten garandeert dat hij daadwerkelijk hun middelen zal kunnen aanwenden, verzoeken om:

- 1) voor de in artikel 22, lid 1, punt 4, van de [aanbestedings]wet bedoelde voorwaarden de documenten over te leggen die zijn opgesomd in lid 1, punten 9 tot en met 11, alsook andere documenten betreffende de economische en financiële draagkracht zoals bedoeld in de aankondiging van de opdracht of het bestek;
- 2) documenten over te leggen, met name betreffende:
 - a) de omvang van de middelen van de andere entiteit die ter beschikking staan van de ondernemer;
 - b) de wijze waarop de ondernemer bij de uitvoering van de opdracht gebruik zal maken van de middelen van de andere entiteit;
 - c) de aard van de verhouding die tussen de ondernemer en de andere entiteit zal worden gevestigd;
 - d) de mate waarin de andere entiteit zal meewerken aan de uitvoering van de opdracht, alsook de duur van haar medewerking.”

Hoofddeding en prejudiciële vragen

- 15 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de aanbestedende dienst een procedure is begonnen voor de gunning van een overheidsopdracht die betrekking heeft op de „modernisering van de bestaande IT-systemen en de invoering van nieuwe IT-systemen in gezondheidsinstellingen die vallen onder de regionale administratieve instantie te Łódź (Polen) in het kader van het project voor diensten van het regionale systeem voor medische informatie (RSIM-diensten)”. De aanbesteding is gepubliceerd in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 29 november 2013 onder nummer 2013/S 232-402292.
- 16 Voor het plaatsen van die opdracht heeft de aanbestedende dienst gekozen voor een openbare procedure en het voorwerp van de opdracht verdeeld in verschillende percelen, die betrekking hadden op verschillende instellingen. Zo heeft hij de geïnteresseerde ondernemers toegestaan niet alleen voor de volledige opdracht, maar ook voor een deel ervan inschrijvingen in te dienen.

- 17 Het hoofdgeding heeft met name betrekking op de gunning van perceel nr. 3, met betrekking tot de aankoop en de levering van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de administratieve (grijze) en de medische (witte) afdeling van het regionaal Nicolaas Copernicus-ziekenhuis te Piotrków Tribunalski (Polen). De opdracht heeft betrekking op standaardsoftware die ondernemer moet leveren, installeren en configureren in het kader van de uitvoering van de overeenkomst.
- 18 Punt 6.1 en nr. 6.1.2 van het bestek bepalen dat elke inschrijver die een offerte indient voor perceel nr. 3 ter rechtvaardiging van zijn ervaring met name moest aantonen dat hij minstens twee opdrachten had uitgevoerd, die telkens betrekking hadden op een levering, een installatie, een configuratie en een implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem (HIS) voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis met ten minste 200 bedden, met een waarde van minstens 450 000 Poolse zloty (PLN) (ongeveer 101 676,08 EUR), inclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw).
- 19 Hiertoe moest elke ondernemer onder meer een lijst overleggen van de belangrijkste leveringen die waren verricht in de laatste drie jaar vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn of, in voorkomend geval, gedurende een kortere periode, met opgave van het voorwerp, de waarde, de uitvoeringsdatum en de instanties waarvoor deze leveringen waren verricht, met de bewijzen waaruit bleek dat deze leveringen naar behoren waren uitgevoerd.
- 20 De ondernemer Konsultant Komputer heeft in zijn inschrijving een lijst van leveringen met twee rubrieken ingediend, die betrekking had op de levering, de installatie, de configuratie en de implementatie van twee geïntegreerde ziekenhuissystemen, die waren geleverd aan, respectievelijk, het gespecialiseerde regionale ziekenhuis J. Korczak te Słupsk (Polen) en het gespecialiseerde ziekenhuis J. Śniadecki te Nowy Sącz (Polen), door het consortium dat bestond uit Konsultant IT sp. z o.o. en Konsultant Komputer.
- 21 De aanbestedende dienst heeft de inschrijving van Konsultant Komputer gekozen, omdat deze volgens hem de economisch voordeligste was voor perceel nr. 3.
- 22 Als uitgesloten inschrijver in het kader van die procedure heeft Esaprojekt bij de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen, Polen) beroep ingesteld tegen de beslissing van de aanbestedende dienst die de inschrijving van Konsultant Komputer had gekozen. Esaprojekt verweet de aanbestedende dienst in wezen dat hij niet had vastgesteld dat de betrokken inschrijving was gebaseerd op onjuiste informatie en niet voldeed aan de in nr. 6.1.2 van het bestek bepaalde voorwaarden. Bijgevolg had deze inschrijving overeenkomstig artikel 24, lid 2, punt 3, van de aanbestedingswet moeten worden afgewezen.
- 23 Bij beslissing van 7 april 2014 heeft de Krajowa Izba Odwoławcza de aanbestedende dienst gelast de keuze voor de economisch voordeligste inschrijving voor perceel nr. 3 in te trekken en Konsultant Komputer overeenkomstig artikel 26, lid 4, van de aanbestedingswet te verzoeken om nadere gegevens over de omvang van de opdrachten die zij in haar inschrijving had vermeld. De aanbestedende dienst heeft bijgevolg zijn beslissing ingetrokken en Konsultant Komputer verzocht om aanvulling van de documenten op basis waarvan kon worden vastgesteld dat was voldaan aan de in nr. 6.1.2 van het bestek bepaalde voorwaarde inzake kennis en ervaring om te kunnen inschrijven.
- 24 In antwoord op dit verzoek heeft Konsultant Komputer bij brief van 29 april 2014 aangegeven, ten eerste, dat de door haar vermelde opdracht betrekking had op de functionaliteiten die de aanbestedende dienst had omschreven als de grijze afdeling en, ten tweede, dat de bij haar inschrijving gevoegde lijst van leveringen betrekking had op de uitvoering van twee opdrachten, namelijk opdracht nr. 51/2/2010 van 5 oktober 2010 en opdracht nr. 62/2010 van 6 december 2010.

- 25 Uit de door Konsultant Komputer verstrekte informatie bleek echter dat de prestaties voor het gespecialiseerde regionale ziekenhuis J. Korczak te Słupsk in werkelijkheid waren uitgevoerd in het kader van twee afzonderlijke overeenkomsten, waarvan de ene geen betrekking had op een witte afdeling en de andere niet op een grijze.
- 26 Gelet op deze verduidelijkingen heeft de aanbestedende dienst geoordeeld dat de prestaties die waren uitgevoerd voor het gespecialiseerde regionale ziekenhuis J. Korczak te Słupsk niet voldeden aan de in nr. 6.1.2 van het bestek bepaalde voorwaarde dat elke opdracht alle daarin opgesomde elementen moest omvatten, namelijk een levering, een installatie, een configuratie en een implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem (HIS) voor de witte en de grijze afdeling. De aanbestedende dienst heeft Konsultant Komputer bijgevolg verzocht om haar dossier op dit punt aan te vullen.
- 27 Hiertoe heeft Konsultant Komputer een nieuwe lijst van leveringen overgemaakt waarin zij een beroep deed op de ervaring van een andere entiteit, Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o., voor twee leveringen, namelijk de eerste voor het openbaar ziekenhuis van Janów Lubelski en de tweede voor het districtsziekenhuis van de gezondheidsdienst van de spoorwegen te Lublin (Polen). Zij heeft tevens een verbintenis van Medinet Systemy Informatyczne overgelegd om als raadgever en consultant de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen, en opnieuw de levering voor het gespecialiseerde ziekenhuis J. Śniadecki te Nowy Sącz vermeld.
- 28 De aanbestedende dienst was tevreden met dit antwoord en heeft opnieuw de inschrijving van Konsultant Komputer gekozen, aangezien deze de economisch voordeligste was voor perceel nr. 3.
- 29 Esaprojekt heeft bij de Krajowa Izba Odwoławcza beroep ingesteld tot vernietiging van de beslissing van de aanbestedende dienst, tot herbeoordeling van de inschrijvingen en tot uitsluiting van Konsultant Komputer, op grond dat zij valse informatie had ingediend en niet heeft aangetoond dat zij voldeed aan de voorwaarden om aan de procedure deel te nemen, met name de in nr. 6.1.2 van het bestek bepaalde voorwaarden.
- 30 Volgens de Krajowa Izba Odwoławcza rijst in het hoofdgeding in de eerste plaats de vraag of de artikelen 2 en 51 van richtlijn 2004/18 eraan in de weg staan dat een ondernemer bij het aanvullen van documenten op verzoek van de aanbestedende dienst een beroep doet op andere prestaties dan die welke hij in zijn oorspronkelijke inschrijving had vermeld, en dienaangaande een beroep kan doen op prestaties die zijn verricht door een andere entiteit, op wier middelen hij in zijn oorspronkelijke inschrijving geen beroep had gedaan.
- 31 In de tweede plaats twijfelt deze rechter aan de mogelijkheid voor de ondernemer om in de omstandigheden van het hoofdgeding gebruik te maken van het in artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 vastgestelde recht om een beroep te doen op de bekwaamheden van derde entiteiten wanneer hij alleen niet voldoet aan de minimumvereisten om deel te nemen aan de procedure voor de gunning van een opdracht voor diensten.
- 32 Overigens vraagt de Krajowa Izba Odwoławcza zich ook af in welke omstandigheden een ondernemer verantwoordelijk kan worden gesteld voor een ernstige fout, en dus van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten in de zin van artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18.
- 33 Daarop heeft de Krajowa Izba Odwoławcza de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
- „1) Staat artikel 51 [van richtlijn 2004/18], gelezen in samenhang met de in artikel 2 van deze richtlijn neergelegde beginselen van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en van transparantie, toe dat een ondernemer die toelichting bij de stukken verstrekt of aanvullende stukken overlegt, in die context andere opdrachten (dat wil zeggen leveringen) vermeldt dan die

welke hij heeft genoemd in de bij de offerte gevoegde lijst van leveringen? Mag hij meer bepaald verwijzen naar opdrachten die door een andere entiteit zijn uitgevoerd, wanneer hij in de offerte niet heeft aangegeven dat hij gebruik kan maken van diens middelen?

- 2) Moet artikel 51 van richtlijn 2004/18, gelet op het arrest van 10 oktober 2013, Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)], waaruit blijkt dat ‚het beginsel van gelijke behandeling aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat een aanbestedende dienst na afloop van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een overheidsopdracht een gegadigde verzoekt documenten over te leggen waarin diens situatie wordt beschreven, zoals de gepubliceerde balans, en waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, voor zover de stukken van die aanbesteding niet uitdrukkelijk de overlegging ervan voorschreven op straffe van uitsluiting van de inschrijving’, aldus worden uitgelegd dat de overlegging van aanvullende stukken slechts is toegestaan wanneer het gaat om stukken waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij reeds bestonden vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offertes of van de verzoeken om aan de procedure te mogen deelnemen, of aldus dat het Hof slechts één van de mogelijkheden heeft genoemd en dat de overlegging van aanvullende stukken ook in andere gevallen is toegestaan, bijvoorbeeld wanneer achteraf stukken worden overgelegd die niet dateren van vóór het verstrijken van deze termijn, maar die de objectieve bevestiging vormen dat is voldaan aan een deelnemingsvoorwaarde?
- 3) Wanneer de tweede vraag aldus wordt beantwoord dat ook andere aanvullende stukken dan de in het arrest van 10 oktober 2013, Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)], genoemde kunnen worden overgelegd, kunnen dan aanvullende stukken worden verstrekt die afkomstig zijn van de ondernemer, van onderaannemers of van andere entiteiten op wier bekwaamheden de ondernemer een beroep doet, wanneer deze stukken in de offerte niet zijn vermeld?
- 4) Staat artikel 44 [van richtlijn 2004/18], gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, onder a), [van deze richtlijn] en het in artikel 2 [ervan] neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 48, lid 3, [van deze richtlijn] in die zin dat de kennis en de ervaring van twee entiteiten die elk op zich niet beschikken over de door de aanbestedende dienst verlangde kennis en ervaring, worden samengeteld, wanneer deze ervaring ondeelbaar is (dat wil zeggen dat een ondernemer volledig moet voldoen aan de voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen) en de uitvoering van de opdracht ondeelbaar is (dat wil zeggen één geheel vormt)?
- 5) Staat artikel 44 [van richtlijn 2004/18], gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, onder a), [van deze richtlijn] en het in artikel 2 [ervan] neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer een beroep doet op de ervaring van een combinatie van ondernemers, in die zin dat een ondernemer die als lid van een combinatie van ondernemers een opdracht heeft uitgevoerd, een beroep kan doen op de uitvoering van de opdracht door deze combinatie, ongeacht zijn aandeel in de uitvoering van deze opdracht, of kan hij slechts een beroep doen op de eigen ervaring die hij zelf daadwerkelijk heeft verworven bij de uitvoering van het deel van de opdracht dat hem binnen de combinatie was toegewezen?
- 6) Kan artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18, volgens hetwelk van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen of die inlichtingen niet heeft verstrekt, aldus worden uitgelegd dat een ondernemer die valse inlichtingen heeft verstrekt die invloed op de uitkomst van de procedure hadden of konden hebben, van de procedure wordt uitgesloten, met dien verstande dat de schuld voor de desbetreffende misleiding louter voortvloeit uit de verstrekking van valse inlichtingen aan de aanbestedende dienst die het besluit van deze dienst tot uitsluiting van de ondernemer (en tot afwijzing van zijn offerte) beïnvloeden, ongeacht of de ondernemer opzettelijk en doelbewust heeft gehandeld, dan wel onopzettelijk, lichtvaardig,

onachtzaam of zonder de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen? Kan slechts worden aangenomen dat een ondernemer „zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van [...] inlichtingen [...] of [die] inlichtingen niet heeft verstrekt” wanneer de betrokkene valse gegevens heeft verstrekt (die niet overeenstemmen met de realiteit), of kan dit ook worden aangenomen wanneer de ondernemer weliswaar correcte informatie heeft verstrekt, maar dit heeft gedaan op een wijze die erop gericht is de aanbestedende dienst ervan te overtuigen dat de ondernemer voldoet aan de door hem gestelde vereisten, hoewel dit niet het geval is?

- 7) Staat artikel 44 [van richtlijn 2004/18], gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, onder a), ervan en het in artikel 2 [van die richtlijn] neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer op zodanige wijze een beroep doet op zijn ervaring dat hij twee of meer overeenkomsten als één opdracht voorstelt, hoewel de aanbestedende dienst noch in de aankondiging noch in het bestek in deze mogelijkheid heeft voorzien?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste tot en met derde prejudiciële vraag

- 34 Met zijn eerste tot en met derde vraag, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 51 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 2 van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een ondernemer, na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, aan de aanbestedende dienst, als bewijs dat hij voldoet aan de voorwaarden om aan een overheidsopdrachtenprocedure deel te nemen, documenten overlegt die in zijn oorspronkelijke inschrijving niet zijn vermeld, zoals een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om deze ondernemer bekwaamheden en middelen ter beschikking te stellen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de betrokken opdracht.
- 35 Voor de beantwoording van die vragen zij eraan herinnerd dat aanbestedende diensten volgens overweging 46 en artikel 2 van richtlijn 2004/18 ondernemers op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze moeten behandelen (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 60).
- 36 Zo vereisen de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie 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. Voorts heeft de transparantieplichting ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, ten eerste, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, ten tweede, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 37 Bovendien blijkt reeds uit de rechtspraak dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting zich verzetten tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Bijgevolg mag de

aanbestedende dienst een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 38 Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat artikel 2 van richtlijn 2004/18 niet eraan in de weg staat dat de gegevens van de inschrijvingen gericht kunnen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 39 Daartoe moet de aanbestedende dienst zich met name ervan vergewissen dat het verzoek om een inschrijving toe te lichten, niet ertoe leidt dat de betrokken inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 64 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 40 Bovendien moet de aanbestedende dienst in de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid wat de mogelijkheid betreft om de inschrijvers te verzoeken hun offerte nader toe te lichten, de inschrijvers gelijk en op loyale wijze behandelen, zodat een verzoek om toelichting aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de inschrijver of inschrijvers tot wie dit verzoek was gericht (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 41 In casu heeft Konsultant Komputer de aanbestedende dienst na het verstrijken van de termijn voor de indiening van de inschrijvingen voor de betrokken overheidsopdracht documenten overgelegd die niet waren vermeld in haar oorspronkelijke inschrijving. Zoals in punt 27 van dit arrest is aangegeven, heeft deze ondernemer inzonderheid melding gemaakt van een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om hem de voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht noodzakelijke middelen ter beschikking te stellen.
- 42 Dergelijke nadere gegevens zijn echter niet louter een eenvoudige precisering of een verbetering van kennelijke materiële fouten, in de zin van de in punt 38 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, maar vormen in werkelijkheid een wezenlijke en aanzienlijke wijziging van de oorspronkelijke inschrijving, die eerder lijkt op de indiening van een nieuwe inschrijving.
- 43 Zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in punt 30 van zijn conclusie, raakt een dergelijke mededeling immers rechtstreeks essentiële elementen van de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, namelijk de identiteit van de ondernemer die misschien de betrokken overheidsopdracht zal binnenhalen, en de verificatie van de bekwaamheden van deze ondernemer, en dus zijn geschiktheid om de betrokken opdracht uit te voeren, in de zin van artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18.
- 44 In deze omstandigheden zou de aanbestedende dienst, door te aanvaarden dat de betrokken ondernemer de desbetreffende documenten indient om zijn oorspronkelijke inschrijving aan te vullen, deze ondernemer ten onrechte bevoordelen ten opzichte van de andere inschrijvers en bijgevolg schending begaan van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie van ondernemers en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht, die krachtens artikel 2 van richtlijn 2004/18 gelden voor aanbestedende diensten.
- 45 Uit het voorgaande volgt dat op de eerste tot en met derde vraag moet worden geantwoord dat artikel 51 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 2 van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een ondernemer, na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, aan de aanbestedende dienst, als bewijs dat hij voldoet aan

de voorwaarden om aan een overheidsopdrachtenprocedure deel te nemen, documenten overlegt die in zijn oorspronkelijke inschrijving niet zijn vermeld, zoals een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om deze ondernemer bekwaamheden en middelen ter beschikking te stellen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de betrokken opdracht.

Vierde vraag

- 46 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, door de kennis en de ervaring van twee entiteiten, die elk op zich niet beschikken over de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht gevraagde bekwaamheden, samen te tellen, in het geval de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is en dus door één ondernemer moet worden uitgevoerd.
- 47 Voor het antwoord op deze vraag zij er vooraf aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak iedere ondernemer krachtens artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18 het recht heeft om voor een welbepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht of de bekwaamheden van andere entiteiten, ongeacht de aard van zijn banden met die entiteiten, mits bij de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat de gegadigde of de inschrijver werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijk middelen van die entiteiten (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 48 Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, verzetten de bepalingen van richtlijn 2004/18 zich er echter niet tegen dat de uitoefening van het in artikel 47, lid 2, en artikel 48, lid 3, van die richtlijn neergelegde recht in uitzonderlijke omstandigheden wordt beperkt (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 49 Het is immers niet uitgesloten dat werkzaamheden bijzonderheden vertonen die een bepaalde bekwaamheid vereisen die niet kan worden verkregen door de beperktere bekwaamheid van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen. In een dergelijke situatie zou de aanbestedende dienst mogen verlangen dat één ondernemer het minimumniveau van de betrokken bekwaamheid heeft of, in voorkomend geval – krachtens artikel 44, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 – dat de bekwaamheid door een beperkt aantal ondernemers wordt geleverd, voor zover dat vereiste verband zou houden met en in verhouding zou staan tot het voorwerp van de opdracht (arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 Zoals in punt 18 van dit arrest is aangegeven, vereisten de specificaties van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht van de inschrijvers dat zij ten minste twee in een specifiek domein uitgevoerde overeenkomsten overlegden.
- 51 Na een verzoek van de aanbestedende dienst heeft Konsultant Komputer, als bewijs dat zij beschikt over de voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijn de overheidsopdracht noodzakelijke bekwaamheden, een beroep gedaan op de ervaring van een andere entiteit, die bestond in twee door Medinet Systemy Informatyczne uitgevoerde leveringen, zoals vermeld in punt 27 van dit arrest.
- 52 Zoals de advocaat-generaal in punt 46 van zijn conclusie opmerkt, berust de prejudiciële vraag echter op de door de verwijzende rechter geverifieerde premisse dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht ondeelbaar is, zodat het minimumniveau van de betrokken bekwaamheid door één ondernemer moet worden bereikt, en niet door een beroep te doen op de bekwaamheden van verschillende ondernemers. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing oordeelt de Krajowa Izba

Odwoławcza bovendien dat de uitsluiting van de mogelijkheid om een beroep te doen op de ervaring van verschillende ondernemers verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de betrokken opdracht.

- 53 In deze omstandigheden, en gelet op de in de punten 48 en 49 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, kan de betrokken ondernemer geen beroep doen op de bekwaamheden van een derde entiteit om te bewijzen dat hij beschikt over de bekwaamheden die zijn vereist voor de uitvoering van de in het hoofdgeding aan de orde zijn de overheidsopdracht.
- 54 Bijgevolg dient op de vierde vraag te worden geantwoord dat artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer niet toestaat een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, door de kennis en de ervaring van twee entiteiten, die elk op zich niet beschikken over de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht gevraagde bekwaamheden, samen te tellen, in het geval de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is in die zin dat deze door één ondernemer moet worden uitgevoerd, en dat een dergelijke uitsluiting van de mogelijkheid om een beroep te doen op de ervaring van verschillende ondernemers verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de betrokken opdracht, die bijgevolg door één ondernemer moet worden uitgevoerd.

Vijfde vraag

- 55 Met zijn vijfde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, toestaat een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, ongeacht de aard van zijn deelneming aan de uitvoering van deze opdracht.
- 56 Deze vraag heeft betrekking op het in punt 20 van dit arrest vermelde feit dat in het hoofdgeding de geïntegreerde ziekenhuissystemen voor de betrokken ziekenhuizen zijn geleverd door een combinatie van twee ondernemingen, namelijk Konsultant Komputer en Konsultant IT.
- 57 Voor het antwoord op die vraag moet eraan worden herinnerd dat het volgens artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 aan de aanbestedende dienst staat om de geschiktheid van de gegadigden of de inschrijvers te controleren op grond van de in de artikelen 47 tot en met 52 van deze richtlijn genoemde criteria.
- 58 Bovendien kan de aanbestedende dienst ingevolge artikel 44, lid 2, van die richtlijn eisen dat ondernemers voldoen aan minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht alsook technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid, overeenkomstig de artikelen 47 en 48 van deze richtlijn.
- 59 Inzonderheid bepaalt artikel 48, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 dat de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid van de ondernemer, onder meer rekening houdend met de aard en de omvang van de verrichte prestaties, kunnen worden aangetoond aan de hand van een lijst van de werken die de afgelopen vijf jaar werden verricht en aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht.

- 60 Overeenkomstig de in punt 47 van dit arrest in herinnering gebrachte rechtspraak heeft een ondernemer krachtens artikel 48, lid 3, van die richtlijn het recht om voor een welbepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit, zoals een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, mits ten overstaan van de aanbestedende dienst wordt aangetoond dat die ondernemer werkelijk kan beschikken over de voor de uitvoering van die opdracht noodzakelijke middelen van die entiteit.
- 61 In deze context vormt de door een ondernemer verworven ervaring een bijzonder belangrijk criterium voor de kwalitatieve selectie van deze ondernemer, aangezien de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 op basis daarvan de geschiktheid van de gegadigden of de inschrijvers om een bepaalde overheidsopdracht uit te voeren kan nagaan.
- 62 Wanneer een ondernemer een beroep doet op de ervaring van een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, moet deze bijgevolg worden beoordeeld aan de hand van de concrete deelneming van deze ondernemer en dus van zijn daadwerkelijke bijdrage aan de uitoefening van een in het kader van een bepaalde overheidsopdracht van die combinatie vereiste activiteit.
- 63 Zoals de Poolse regering in haar schriftelijke opmerkingen terecht heeft opgemerkt, verwerft een ondernemer immers daadwerkelijk ervaring, niet louter door lid te zijn van een combinatie van ondernemingen, ongeacht zijn bijdrage daaraan, maar alleen door rechtstreeks deel te nemen aan de uitvoering minstens van een perceel van de opdracht, waarvan die combinatie de totale uitvoering verzekert.
- 64 Daaruit volgt dat een ondernemer voor de door de aanbestedende dienst vereiste ervaring geen beroep mag doen op de door de andere leden van een combinatie van ondernemingen verrichte prestatie waaraan hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen.
- 65 Gelet op het voorgaande dient op de vijfde vraag te worden geantwoord dat artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, niet toestaat een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, wanneer hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen aan de uitvoering van deze opdracht.

Zesde vraag

- 66 Met zijn zesde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18, op basis waarvan een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, onder meer wanneer hij zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, aldus moet worden uitgelegd dat het kan worden toegepast wanneer deze inlichtingen de uitkomst van de aanbesteding kunnen beïnvloeden, ongeacht of deze ondernemer opzettelijk heeft gehandeld.
- 67 Voor het antwoord op deze vraag zij eraan herinnerd dat in artikel 45, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/18 een reeks – respectievelijk verplichte en facultatieve – gronden voor uitsluiting van een inschrijver van deelneming aan een overheidsopdracht zijn vastgesteld, die verband houden met diens persoonlijke situatie.
- 68 Inzonderheid kan een ondernemer op grond van artikel 45, lid 2, onder g), van die richtlijn worden uitgesloten van deelneming aan een overheidsopdracht wanneer hij zich „in ernstige mate schuldig” heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, of die inlichtingen niet heeft verstrekt.

- 69 Met zijn vraag wenst de Krajowa Izba Odwoławcza te vernemen of het voor de toepassing van die bepaling noodzakelijk is dat de inschrijver opzettelijk heeft gehandeld en dat de aan de aanbestedende dienst overgelegde inlichtingen de uitkomst van de aanbesteding hebben beïnvloed of hadden kunnen beïnvloeden.
- 70 Dienaangaande zij in de eerste plaats opgemerkt dat de bewoordingen van artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18 geen verwijzing naar de opzettelijke gedraging van de ondernemer bevatten. Bijgevolg kan de vaststelling van een dergelijke gedraging niet worden beschouwd als een noodzakelijk element om een dergelijke ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht uit te sluiten.
- 71 Om de inschrijver te beschouwen als „in ernstige mate schuldig” in de zin van die bepaling en hem bijgevolg van een overheidsopdracht uit te sluiten, volstaat het daarentegen dat hij verantwoordelijk kan worden gehouden voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht.
- 72 Bijgevolg is een aanbestedende dienst, om een ondernemer die valse verklaringen heeft afgelegd te bestraffen door hem uit te sluiten van deelneming aan een overheidsopdracht – anders dan met name de Poolse regering en de Europese Commissie suggereren – niet verplicht het bewijs te leveren dat deze ondernemer een opzettelijke fout heeft begaan.
- 73 In de tweede plaats zij opgemerkt dat volgens de bewoordingen van artikel 45, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid bepalen.
- 74 Daaruit volgt dat de begrippen in dat artikel 45, lid 2, eerste alinea, waaronder het begrip „in ernstige mate schuldig”, in het nationale recht kunnen worden gepreciseerd en verduidelijkt, evenwel met eerbiediging van het Unierecht (zie in die zin arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punt 26).
- 75 In casu voorziet artikel 24, lid 2, punt 3, van de aanbestedingswet in de mogelijkheid om ondernemers die valse inlichtingen hebben verstrekt die de uitkomst van de procedure beïnvloeden of kunnen beïnvloeden, van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.
- 76 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing hebben de verklaringen en de informatie die de betrokken ondernemer heeft verstrekt daadwerkelijk invloed gehad op de uitkomst van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde procedure voor de gunning van een opdracht. Volgens de Krajowa Izba Odwoławcza heeft Konsultant Komputer immers juist op basis van deze verklaringen en deze informatie de aanbesteding binnengehaald.
- 77 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat de betrokken ondernemer door dergelijke verklaringen en informatie te verstrekken verantwoordelijk is voor een nalatigheid die een beslissende invloed heeft gehad op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van de bedoelde overheidsopdracht, zodat deze ondernemer „in ernstige mate schuldig” kan worden geacht in de zin van artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18. Bijgevolg kan een dergelijke houding de beslissing van de aanbestedende dienst om deze ondernemer van de betrokken overheidsopdracht uit te sluiten, rechtvaardigen.
- 78 Gelet op de voorgaande overwegingen, dient op de zesde vraag te worden geantwoord dat artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18, op basis waarvan een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, onder meer wanneer hij zich „in ernstige mate schuldig” heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, aldus moet worden uitgelegd dat het kan worden toegepast wanneer de betrokken ondernemer verantwoordelijk is voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst,

namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht, ongeacht of wordt vastgesteld dat deze ondernemer een opzettelijke fout heeft gemaakt.

Zevende vraag

- 79 Met zijn zevende vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, hoewel de aanbestedende dienst noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek uitdrukkelijk in een dergelijke mogelijkheid heeft voorzien.
- 80 Voor het antwoord op die vraag moet vooraf worden opgemerkt dat – zoals in punt 57 van dit arrest in herinnering is gebracht – volgens artikel 44, lid 1, van richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst de geschiktheid van de gegadigden of de inschrijvers om de betrokken opdracht uit te voeren moet controleren op grond van de in de artikelen 47 tot en met 52 van deze richtlijn gestelde vereisten.
- 81 Van hun kant moeten de gegadigden of de inschrijvers aan de aanbestedende dienst bewijzen dat zij daadwerkelijk beschikken of zullen beschikken over de bekwaamheden die noodzakelijk zijn om de goede uitvoering van de betrokken overheidsopdracht te verzekeren.
- 82 Dienaangaande heeft de aanbestedende dienst gegronde redenen om, in beginsel in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, uitdrukkelijk het vereiste aan te geven om over zekere bekwaamheden te beschikken, en een concrete regeling volgens welke de inschrijver zijn geschiktheid moet aantonen om de betrokken opdracht binnen te halen en uit te voeren. Evenzo kan de aanbestedende dienst in uitzonderlijke omstandigheden, gelet op de aard van de betrokken werken en het voorwerp en het doel van de opdracht, voorzien in beperkingen, met name wat betreft het beroep op een beperkt aantal ondernemers, overeenkomstig artikel 44, lid 2, van richtlijn 2004/18 (zie in die zin arresten van 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punten 39-41, en 5 april 2017, *Borta*, C-298/15, EU:C:2017:266, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 83 Wanneer de aanbestedende dienst beslist om van een dergelijke mogelijkheid gebruik te maken, staat het echter aan hem om zich ervan te vergewissen dat de specifieke regels die hij vaststelt 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 40 en 56).
- 84 Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, heeft de aanbestedende dienst in casu weliswaar in de aanbestedingsstukken niet uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid voor de inschrijver om zich te beroepen op twee of meer overeenkomsten als één opdracht, maar dit neemt niet weg dat een dergelijke mogelijkheid ook noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek uitdrukkelijk is uitgesloten.
- 85 In deze omstandigheden kan a priori niet worden uitgesloten dat de voor de uitvoering van de betrokken opdracht noodzakelijke ervaring, die de ondernemer niet in het kader van één overeenkomst, maar van twee of meer verschillende overeenkomsten heeft verworven, als voldoende kan worden beschouwd door de aanbestedende dienst en dat deze ondernemer op basis daarvan bijgevolg de betrokken overheidsopdracht kan binnenhalen.

- 86 Zoals de advocaat-generaal in punt 62 van zijn conclusie heeft opgemerkt, zou het immers, indien in beginsel aan de vereisten voor een bepaalde opdracht kan worden voldaan door de bekwaamheden en de ervaring van verschillende ondernemers samen te tellen, a fortiori onlogisch zijn om de mogelijkheid van het combineren van de bekwaamheden en de ervaring die door dezelfde ondernemer in verschillende overeenkomsten daadwerkelijk is verworven a priori uit te sluiten.
- 87 Bijgevolg, en voor zover – zoals in het hoofdgeding – de mogelijkheid om een beroep te doen op verschillende in het kader van meerdere overeenkomsten verworven ervaringen noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek is uitgesloten, staat het aan de aanbestedende dienst, onder toezicht van de bevoegde nationale rechters, om na te gaan of op basis van de gecombineerde ervaring van twee of meer overeenkomsten, gelet op de aard van de betrokken werken en op het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken opdracht, een correcte uitvoering van deze opdracht kan worden verzekerd.
- 88 Gelet op het voorgaande, dient op de zevende vraag te worden geantwoord dat artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers aldus moet worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, tenzij de aanbestedende dienst een dergelijke mogelijkheid heeft uitgesloten op grond van vereisten die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken overheidsopdracht.

Kosten

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

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

- 1) Artikel 51 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 juncto artikel 2 van deze richtlijn moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een ondernemer, na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen voor een overheidsopdracht, aan de aanbestedende dienst, als bewijs dat hij voldoet aan de voorwaarden om aan een overheidsopdrachtenprocedure deel te nemen, documenten overlegt die in zijn oorspronkelijke inschrijving niet zijn vermeld, zoals een door een derde entiteit uitgevoerde overeenkomst en de verbintenis van deze entiteit om deze ondernemer bekwaamheden en middelen ter beschikking te stellen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de betrokken opdracht.
- 2) Artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers moet aldus worden uitgelegd dat het een ondernemer niet toestaat een beroep te doen op de draagkracht van een andere entiteit, in de zin van artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, door de kennis en de ervaring van twee entiteiten, die elk op zich niet beschikken over de voor de uitvoering van een bepaalde opdracht gevraagde bekwaamheden, samen te tellen, in het geval de aanbestedende dienst meent dat de betrokken opdracht ondeelbaar is, en dat een dergelijke uitsluiting van de mogelijkheid om een beroep te doen op de ervaring van verschillende ondernemers verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de betrokken opdracht, die bijgevolg door één ondernemer moet worden uitgevoerd.

- 3) Artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan vermelde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers moet aldus worden uitgelegd dat het een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, niet toestaat een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, wanneer hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen aan de uitvoering van deze opdracht.
- 4) Artikel 45, lid 2, onder g), van richtlijn 2004/18, op basis waarvan een ondernemer van deelneming aan een overheidsopdracht kan worden uitgesloten, onder meer wanneer hij zich „in ernstige mate schuldig” heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de door de aanbestedende dienst gevraagde inlichtingen, moet aldus worden uitgelegd dat het kan worden toegepast wanneer de betrokken ondernemer verantwoordelijk is voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht, ongeacht of wordt vastgesteld dat deze ondernemer een opzettelijke fout heeft gemaakt.
- 5) Artikel 44 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 48, lid 2, onder a), van deze richtlijn en het in artikel 2 ervan neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers moet aldus worden uitgelegd dat het een ondernemer toestaat een beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, tenzij de aanbestedende dienst een dergelijke mogelijkheid heeft uitgesloten op grond van vereisten die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken overheidsopdracht.

ondertekeningen