



Datum van
inontvangstneming

:

12/08/2020

Zaak C-295/20

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

2 juli 2020

Verwijzende rechter:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litouwen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

2 juli 2020

Verzoekster:

„Sanresa” UAB

Verweerster:

Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos

Voorwerp van het hoofdgeding

Het hoofdgeding betreft de uitlegging en toepassing van materieelrechtelijke bepalingen betreffende de classificatie van, alsmede de beoordeling of is voldaan aan, de vereisten voor het recht van dienstverrichters om een activiteit uit te oefenen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging en toepassing van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (hierna: „richtlijn 2014/24”) en verordening (EG) nr. 1013/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de overbrenging van afvalstoffen (hierna: „verordening nr. 1013/2006”); artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”).

Prejudiciële vragen

1. Moeten artikel 18, lid 2, artikel 56, lid 1, eerste alinea, onder b), en tweede alinea, artikel 58, lid 1, eerste alinea, onder a), en artikel 58, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 en de artikelen 3 tot en met 6 en andere bepalingen van verordening nr. 1013/2006 (samen of afzonderlijk beschouwd, maar zonder beperking hiertoe) aldus worden uitgelegd dat een aan een ondernemer verleende toestemming die noodzakelijk is voor het overbrengen van afvalstoffen van een lidstaat van de Europese Unie naar een andere, moet worden geëvalueerd als een vereiste voor de uitvoering van een overheidsopdracht voor diensten en niet als een vereiste met betrekking tot het recht van uitoefening van een activiteit?
2. Indien de bovenbedoelde toestemming om afvalstoffen over te brengen moet worden beschouwd als een criterium voor de selectie van de dienstverrichter (geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen), moeten de beginselen van transparantie en eerlijke mededinging, zoals vastgesteld in artikel 18, lid 1, eerste en tweede alinea, artikel 58, lid 1, eerste alinea, onder a), en artikel 58, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2014/24, en de beginselen van vrij verkeer van personen, goederen en diensten, zoals verankerd in artikel 26, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en de artikelen 7 tot en met 9 van verordening nr. 1013/2006 (samen of afzonderlijk beschouwd, maar zonder beperking hiertoe) dan aldus worden uitgelegd en toegepast dat de voorwaarden voor de openbare aanbesteding van afvalbeheerdiensten, met name wat betreft de uiterste datum voor ontvangst van de inschrijvingen, ten aanzien van binnenlandse of buitenlandse dienstverrichters die afvalstoffen over de grenzen van de lidstaten van de Europese Unie willen overbrengen, voorwaarden moeten scheppen die hun onbeperkte deelname aan dergelijke aanbestedingsprocedures mogelijk maken, en dat zij onder meer de bovenbedoelde toestemming moeten kunnen overleggen indien deze op een latere datum is verleend dan de uiterste datum voor ontvangst van de inschrijvingen?
3. Indien de bovenbedoelde toestemming om afvalstoffen over te brengen in overeenstemming met de artikelen 49 en 70 van richtlijn 2014/24 en bijlage V, deel C, punt 17, bij deze richtlijn moet worden beschouwd als een vereiste voor de uitvoering van een overheidsopdracht, moeten de aanbestedingsbeginselen, zoals vastgesteld in artikel 18 van richtlijn 2014/24, en de algemene procedure voor de gunning van opdrachten, zoals vastgesteld in artikel 56 van die richtlijn, dan aldus worden uitgelegd dat bij openbare aanbestedingsprocedures de inschrijving van een deelnemer die de toestemming niet heeft overgelegd, niet mag worden afgewezen?
4. Moeten artikel 18, artikel 56, lid 1, eerste alinea, onder b), artikel 58, lid 1, eerste alinea, onder a), en artikel 58, lid 2, van richtlijn 2014/24 aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen nationale wetgeving op grond

waarvan aanbestedende diensten het recht hebben vooraf in de aanbestedingsstukken van een overheidsopdracht een evaluatieprocedure voor inschrijvingen vast te stellen volgens welke het recht van dienstverrichters om een activiteit uit te oefenen (geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen) gedeeltelijk of helemaal niet zal worden geverifieerd, ook al is dit recht een voorwaarde voor de rechtmatige uitvoering van de overheidsopdracht en zijn de aanbestedende diensten mogelijk vooraf op de hoogte van de noodzaak van dit recht?

5. Moeten artikel 18 en artikel 42, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 en artikel 2, punt 35, en de artikelen 5 en 17 van verordening nr. 1013/2006, evenals andere bepalingen van die verordening, aldus worden uitgelegd dat aanbestedende diensten bij de aanbesteding van afvalbeheerdiensten dergelijke diensten enkel op rechtmatige wijze kunnen aanbesteden wanneer zij in de aanbestedingsstukken van de overheidsopdracht de kwantiteit en samenstelling van de afvalstoffen en andere belangrijke voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht (zoals verpakking) duidelijk en nauwkeurig definiëren?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 18, leden 1 en 2, artikel 42, lid 1, eerste alinea, artikel 49, artikel 56, lid 1, eerste alinea, onder b), en tweede alinea, artikel 58, lid 1, eerste alinea, onder a), artikel 58, lid 2, tweede alinea, en artikel 70 van richtlijn 2014/24 en bijlage V, deel C, punt 17, en bijlage XI bij die richtlijn.

Artikel 2, punt 35, de artikelen 3 tot en met 9, en artikel 17 van verordening nr. 1013/2006.

Artikel 26, lid 2, VWEU.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 35 (met als opschrift „Inhoud van aanbestedingsstukken” van de viešųjų pirkimų įstatymas (Litouwse wet betreffende overheidsopdrachten) bepaalt:

„1. De aanbestedende dienst verstrekt in de aanbestedingsstukken alle informatie over de voorwaarden en procedures van de aanbesteding.

2. In de aanbestedingsstukken:

[...]

(2) moeten gronden voor uitsluiting van leveranciers of dienstverrichters worden aangegeven, evenals de kwalificatievereisten, en, indien van toepassing, de vereiste normen voor het kwaliteitsbeheersysteem en/of de vereiste normen voor het milieubeheersysteem, met inbegrip van vereisten voor afzonderlijke leden van

een groep leveranciers of dienstverrichters die een gezamenlijk verzoek tot deelname of een gezamenlijke inschrijving indienen;

(3) moet de inlichting worden verstrekt dat, indien de kwalificatie van de leverancier of dienstverrichter met betrekking tot het recht om de desbetreffende activiteit uit te oefenen niet of niet volledig is geverifieerd, de leverancier of dienstverrichter zich ten opzichte van de aanbestedende dienst ertoe verplicht de opdracht enkel te laten uitvoeren door personen die dat recht hebben;

[...]

(5) moet een lijst van stukken worden gespecificeerd waaruit blijkt dat geen gronden voor uitsluiting van leveranciers of dienstverrichters van toepassing zijn, er is voldaan aan de kwalificatievereisten en, indien van toepassing, de vereiste normen voor het kwaliteitsbeheersysteem en/of de vereiste normen voor het milieubeheersysteem zijn nageleefd; moet worden gespecificeerd dat de leverancier of dienstverrichter een Uniform Europees Aanbestedingsdocument moet indienen in overeenstemming met de vereisten van artikel 50 van deze wet; en moet, bij een openbare procedure, worden vermeld of de in artikel 59, lid 4, van deze wet bedoelde mogelijkheid om de inschrijving van de leverancier of dienstverrichter eerst te evalueren en vervolgens zijn kwalificaties te onderzoeken van toepassing zal zijn;

[...]

(8) moeten de benaming en de kwantiteit (het volume) van de goederen, diensten of werkzaamheden, de aard van de met de goederen te verrichten diensten en de termijn voor de levering van de goederen of verrichting van de diensten of de uitoefening van de werkzaamheden worden gespecificeerd;

[...]

4. De aanbestedende dienst stelt aanbestedingsstukken op in overeenstemming met de bepalingen van deze wet. De aanbestedingsstukken moeten nauwkeurig, duidelijk en eenduidig zijn, zodat leveranciers of dienstverrichters inschrijvingen kunnen indienen en de aanbestedende dienst de goederen kan inkopen of de diensten kan afnemen die zij nodig heeft.”

Artikel 47 (met als opschrift „Verificatie van de kwalificaties van de leverancier of dienstverrichter”) van de wet betreffende overheidsopdrachten bepaalt onder meer:

„1. De aanbestedende dienst moet vaststellen of een leverancier of dienstverrichter bekwaam en betrouwbaar is en kan voldoen aan de voorwaarden van de aanbesteding en heeft derhalve het recht om in een aankondiging van een opdracht of andere aanbestedingsstukken de noodzakelijke kwalificatievereisten voor kandidaten of inschrijvers te specificeren, evenals de documenten of informatie waaruit blijkt dat deze vereisten zijn nageleefd. De

kwalificatievereisten voor kandidaten of inschrijvers die door de aanbestedende dienst worden vastgesteld, mogen de mededinging niet op kunstmatige wijze beperken en moeten in verhouding staan tot en verband houden met het voorwerp van de opdracht en nauwkeurig en duidelijk zijn. Bij de verificatie van de kwalificaties van de leverancier of dienstverrichter bestaat de mogelijkheid om het volgende in aanmerking te nemen:

(1) de geschiktheid om de desbetreffende activiteiten uit te oefenen;

[...]

2. De aanbestedende dienst heeft het recht om in de aanbestedingsstukken te vereisen dat een leverancier of dienstverrichter het recht heeft om de activiteiten uit te oefenen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht. Bij aanbestedingsprocedures voor diensten kan de aanbestedende dienst van dienstverrichters eisen dat zij beschikken over een speciale vergunning of dat zij lid zijn van een bepaalde organisatie als dit vereist is voor diegenen die de desbetreffende diensten willen verrichten in hun land van herkomst.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Op 7 oktober 2018 heeft de Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos (afdeling Milieubescherming van het Litouwse ministerie van Milieu, hierna: „verweerster” of „aangebestede dienst”) een openbare internationale aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor diensten inzake het beheer van gevaarlijke afvalstoffen (hierna: „aangebestedingsprocedure”).
- 2 De aanbestedingsvoorwaarden bepaalden onder meer het volgende:

„Voorwerp van de aanbesteding: Diensten inzake het beheer van gevaarlijke afvalstoffen met betrekking tot de gevaarlijke afvalstoffen die zijn opgeslagen op het terrein van ‚Ūrus’ ir Ko BUAB [...] (die een gevaar voor het milieu vormen, zijn opgeslagen in containers die in verval verkeren en op de grond op elkaar zijn gestapeld, die worden aangetast door gewicht, neerslag, luchttemperatuur en andere omgevingsfactoren en gevaarlijke chemicaliën bevatten die toegankelijk zijn voor onbevoegden). De situatie veroorzaakt een verhoogd risico en er moet snel een oplossing worden gevonden om een milieuramp te voorkomen [...]

Een dienstverrichter die deelneemt aan de aanbestedingsprocedure, moet voldoen aan de kwalificatievereisten zoals vastgesteld in deze paragraaf. De kwalificatie van de dienstverrichter moet zijn verworven vóór de uiterste datum voor ontvangst van de inschrijvingen. De aanbestedende dienst verzoekt enkel de dienstverrichter wiens inschrijving kan worden geselecteerd in overeenstemming met de resultaten van de evaluatie, om overlegging van documenten, zoals opgenomen in de tabel in deze paragraaf, waaruit blijkt dat is voldaan aan de kwalificatievereisten [...]

De dienstverrichter moet voldoen aan alle vastgestelde kwalificatievereisten:

hij moet het recht hebben om de activiteit uit te oefenen die vereist is voor de uitvoering van de opdracht en meer bepaald moet hij beschikken over een uitgebreid uittreksel uit het register voor rechtspersonen van het VĮ Registru centras (centrum van registers, een staatsbedrijf) of een ander door een bevoegde autoriteit afgegeven officieel document tot staving van het recht van uitoefening van de activiteit die vereist is voor de uitvoering van de opdracht, namelijk het beheer van gevaarlijke afvalstoffen. [...] (punt 1 van de tabel van paragraaf 23) (hierna: „bestreden aanbestedingsvoorwaarde”).

[...]

Indien de kwalificatie van de dienstverrichter met betrekking tot het recht om de desbetreffende activiteit uit te oefenen niet of niet volledig is geverifieerd, verplicht de dienstverrichter zich ten opzichte van de aanbestedende dienst ertoe de opdracht enkel te laten uitvoeren door personen die dat recht hebben (paragraaf 23.1.2).

- 3 In het kader van de aanbestedingsprocedure hebben vier dienstverrichters een inschrijving ingediend: „Sanresa” UAB (hierna: „verzoekster”), die gezamenlijk optreedt met „Ekometrija” UAB en „Palemono keramikos gamykla” AB en een beroep doet op twee onderaannemers, Fortum Waste Solution A/S (Denemarken) en ALS Czech republik s.r.o. (Tsjechië); „Švykai” UAB; een groep dienstverrichters bestaande uit „Žalvaris” UAB en „Toksika” UAB; en „Eko Balt” UAB.
- 4 Op 22 november 2018 heeft de aanbestedende dienst verzoekster gevraagd enkele gegevens te verstrekken ter verduidelijking van haar inschrijving, onder meer met betrekking tot de verdeling van de respectievelijke afvalbeheersactiviteiten tussen haar partners en onderaannemers en met betrekking tot de vraag aan welke specifieke onderaannemer toestemming was verleend om de internationale overbrenging van afvalstoffen uit te voeren.
- 5 Op 7 december 2018 heeft de aanbestedende dienst, nadat zij de door verzoekster verstrekte informatie had bestudeerd, verzoekster geïnformeerd dat de internationale overbrenging van afvalstoffen valt onder verordening nr. 1013/2006, op grond waarvan toestemming vereist is om een overbrenging uit te voeren, en dat aan geen van de door verzoekster ingeschakelde ondernemers toestemming was verleend.
- 6 Op 21 mei 2019 heeft de aanbestedende dienst besloten tot afwijzing van de inschrijving van verzoekster, de rangschikking van de inschrijvingen en de geselecteerde inschrijver (de groep dienstverrichters bestaande uit „Žalvaris” UAB en „Toksika” UAB) bekendgemaakt en een overheidsopdracht voor diensten gegend aan de geselecteerde inschrijver.

- 7 Verweerster heeft haar besluit tot afwijzing van verzoeksters inschrijving onder meer gemotiveerd door te verwijzen naar de steeds groter wordende bedreiging voor het milieu als gevolg van de onbeheerde afvalstoffen en de niet-naleving van de aanbestedingsvoorwaarden betreffende de verplichting voor dienstverrichters om het recht te hebben van uitoefening van de activiteit die vereist was voor de uitvoering van de opdracht [verzoekster moest beschikken over toestemming van de Aplinkos apsaugos agentūra (bureau voor milieubescherming) om de internationale overbrenging van afvalstoffen uit te voeren in overeenstemming met de bepalingen van verordening nr. 1013/2006 en, heeft, ondanks het voorstel om dit te doen, geen beroep gedaan op nieuwe onderaannemers die toestemming zouden hebben of deze toestemming niet nodig zouden hebben].
- 8 Op 30 mei 2019 heeft verzoekster bij verweerster bezwaar tegen de afwijzing van haar inschrijving gemaakt. Verzoekster heeft aangevoerd dat zij voldeed aan het kwalificatievereiste voor dienstverrichters overeenkomstig de aanbestedingsvoorwaarden, aangezien daarin geen vereiste was opgenomen om een toestemming voor internationale overbrenging van afvalstoffen bij de inschrijving te voegen. Volgens verzoekster moest deze toestemming worden gezien als een vereiste voor de uitvoering van de opdracht en niet als een kwalificatievereiste. Zij heeft daarnaast opgemerkt dat zij hoe dan ook geen toestemming kon verkrijgen voor het overbrengen van afvalstoffen, omdat de precieze hoeveelheid en samenstelling van de afvalstoffen niet werden genoemd in de aanbestedingsvoorwaarden.
- 9 Op 10 juni 2019 heeft verweerster besloten tot afwijzing van verzoeksters bezwaar en in dat besluit heeft zij in wezen de redenen herhaald die zij in haar eerdere besluiten had genoemd.
- 10 Op 20 juni 2019 heeft verzoekster beroep ingesteld bij de Vilniaus apygardos teismas (rechter in eerste aanleg Vilnius, Litouwen), dat werd verworpen. Op 16 oktober 2019 heeft verzoekster hoger beroep ingesteld bij de Lietuvos apeliacinis teismas (rechter in tweede aanleg, Litouwen), dat bij uitspraak van 18 december 2019 werd verworpen.
- 11 De rechters hebben in wezen geoordeeld dat de aanbestedende dienst in overeenstemming met artikel 47 van de wet betreffende overheidsopdrachten de kwalificaties van de dienstverrichters moest verifiëren, wat inhield dat zij het vereiste met betrekking tot het recht van uitoefening van een activiteit kon opnemen in de aanbestedingsvoorwaarden; zij hebben de bestreden aanbestedingsvoorwaarde geclassificeerd als een kwalificatievereiste voor de dienstverrichter en geoordeeld dat de argumenten van verweerster, namelijk dat verzoekster de aanbestedende dienst op grond van verordening nr. 1013/2006 de toestemming voor overbrenging moest verstrekken, omdat zij voornemens was afvalstoffen over te brengen naar een andere lidstaat van de Europese Unie, gegrond waren, en ten slotte hebben zij verklaard dat het feit dat een dergelijk document niet werd genoemd in de aanbestedingsvoorwaarden niets afdoet aan deze conclusie, aangezien het document is opgenomen in de bindende bepalingen

van het Unierecht en het verzoek om het document derhalve geen inbreuk op het beginsel van openbare aanbesteding vormde.

- 12 Op 17 januari 2020 heeft verzoekster cassatieberoep ingesteld bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Litouwen; hierna „cassatierechter”).

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 13 Uit de stukken blijkt dat de waarde van de overheidsopdracht voor diensten die op 7 oktober 2019 is gegund, namelijk 1 167 500 EUR exclusief btw, de minimale internationale aanbestedingswaarde overschrijdt en derhalve valt het geschil tussen partijen zonder twijfel binnen de werkingssfeer van het Unierecht op het gebied van overheidsopdrachten (richtlijn 2014/24). De toepassing van verordening nr. 1013/2006 is niet verbonden aan de waarde van de overbrenging van afvalstoffen, maar hangt samen met het voorwerp (de afvalstoffen in kwestie) en het territoriale aspect. Het geschil tussen partijen valt derhalve binnen de werkingssfeer van deze Unierechtelijke handeling.
- 14 In de onderhavige zaak betreft het geschil tussen partijen de rechtmatigheid van de evaluatie van de inschrijvingen die zijn ingediend door verzoekster en de geselecteerde inschrijver wat de naleving van de vastgestelde vereisten betreft.

Vereiste om, tijdens de openbare aanbestedingsprocedure, de toestemming voor de uitvoering van de internationale overbrenging van afvalstoffen uit hoofde van verordening nr. 1013/2006 over te leggen

- 15 Volgens de verwijzende kamer betreft de cruciale rechtsvraag, die onder meer verband houdt met de uitlegging en toepassing van de bepalingen van richtlijn 2014/24 en verordening nr. 1013/2006, de correcte classificatie van de aanbestedingsvoorwaarden – met andere woorden, de vraag of hier sprake is van een vereiste inzake het recht van dienstverrichters van uitoefening van een activiteit dan wel een vereiste voor de uitvoering van de overheidsopdracht. Het antwoord op deze vraag is geen doel op zich, maar in essentie de basis voor de evaluatie van de rechtmatigheid van het besluit van de aanbestedende dienst om verzoeksters inschrijving af te wijzen.
- 16 In deze context moet worden gewezen op de vaste rechtspraak van de cassatierechter, volgens welke bij het oplossen van geschillen tussen aanbestedende diensten en leveranciers of dienstverrichters de inhoud van de voorwaarde van belang is en niet de naam die hieraan door de aanbestedende dienst wordt gegeven; de correcte classificatie van de voorwaarden van de aanbestedingsstukken zal de juiste toepassing van de bepalingen van de wet betreffende overheidsopdrachten op verschillende aanbestedingsprocedures waarborgen evenals, dienovereenkomstig, de correcte beslechting van het geschil.

- 17 Daarnaast moet worden opgemerkt dat het vereiste om samen met de inschrijving de toestemming voor de internationale overbrenging van afvalstoffen over te leggen, niet uitdrukkelijk wordt genoemd in de bestreden aanbestedingsvoorwaarde. Dit wordt niet betwist door de partijen.
- 18 Verweerster heeft de bestreden aanbestedingsvoorwaarde aldus geclassificeerd dat deze betrekking heeft op het vereiste om het recht te hebben een internationale overbrenging van afvalstoffen uit te voeren. De rechters die de zaak hebben onderzocht, hebben dit standpunt bevestigd.
- 19 De cassatierechter heeft meermaals verklaard dat de kwalificatie van de leverancier of dienstverrichter duidt op zijn capaciteit en bereidheid om de in het kader van de overheidsopdracht aangegane verplichtingen naar behoren uit te voeren; dat dit een objectieve categorie (een rechtsfeit) is die wijst op het bestaan van bepaalde feiten uit het verleden (bv. de winstgevendheid van de activiteit) of het heden (bv. de bekwaamheid van het personeel van de onderneming); en dat de kwalificatie moet zijn verworven vóór de uiterste datum voor ontvangst van de inschrijvingen, zoals vastgesteld in de aanbestedingsstukken. Hetzelfde standpunt wordt in wezen uiteengezet in de rechtspraak van het Hof van Justitie (zie arrest van het Hof van 10 oktober 2013, ██████████ C-336/12, EU:C:2013:647, punt 42).
- 20 In de rechtspraak van de cassatierechter in verband met de classificatie van aanbestedingsvoorwaarden als een vereiste betreffende de capaciteit van de leverancier of dienstverrichter dan wel als een vereiste voor de uitvoering van de opdracht wordt onder meer opgemerkt dat bij een dergelijke beoordeling moet worden bepaald of het desbetreffende vereiste in de aanbestedingsvoorwaarden op rechtstreekse en ondubbelzinnige wijze is vastgesteld en op zodanige wijze dat de evaluatie of aan dat vereiste is voldaan, gerelateerd is aan de uiterste datum voor ontvangst van de inschrijvingen; dat ook een evaluatie noodzakelijk is van de toepasselijke wettelijke bepalingen op grond waarvan de leverancier of dienstverrichter verplicht is om in het bezit te zijn van een bepaalde vergunning om een activiteit uit te oefenen.
- 21 Gedurende de procedure heeft verzoekster steeds aangevoerd dat de toestemming waarom door verweerster is verzocht, volgens de bepalingen van verordening nr. 1013/2006 veeleer de uitvoering van een specifieke opdracht betreft en niet de kwalificatie van de dienstverrichter. Volgens de verwijzende kamer lijkt een dergelijke uitlegging van verordening nr. 1013/2006, gezien de bepalingen ervan, a priori niet ongegrond.
- 22 Volgens de bepalingen van verordening nr. 1013/2006 is de toestemming om een internationale overbrenging van afvalstoffen uit te voeren immers eerder ad hoc dan algemeen van aard, aangezien een overbrenging van afvalstoffen onder meer als rechtmatig wordt erkend wanneer deze wordt gemeld bij de bevoegde autoriteiten, deze autoriteiten toestemming hebben verleend en de overbrenging wordt uitgevoerd zoals aangegeven in de kennisgeving of de vervoersdocumenten en in overeenstemming met de bepalingen van de verordening.

- 23 Volgens de verwijzende kamer sluit het loutere feit dat een bepaald document waarin aan een ondernemer toestemming wordt verleend, zeer specifieke informatie bevat niet per se de mogelijkheid uit dat deze toestemming wordt geclassificeerd als bewijs van het recht van uitoefening van een activiteit.
- 24 De verwijzende kamer is echter van mening dat de toestemming om afvalstoffen over te brengen van een lidstaat naar een andere voor een vrij korte periode geldig is en dat het, zelfs wanneer toestemming is verkregen om de desbetreffende afvalstoffen over te brengen, niet mogelijk is om de toestemming voor een andere gelegenheid te gebruiken, met name omdat het doel waarvoor de toestemming is verleend reeds is vervuld. De samenstelling van diverse overbrengingen van afvalstoffen kan bovendien verschillen en zelfs wanneer deze gelijk blijft, kunnen het land van doorvoer en het land van bestemming verschillen. De verlening en geldigheid van de toestemming voor overbrenging en de mogelijkheid om deze te gebruiken zijn derhalve niet enkel afhankelijk van de betrouwbaarheid en inspanningen van de entiteit die om de toestemming verzoekt, maar ook van andere specifieke omstandigheden.
- 25 Bovendien hebben de bevoegde autoriteiten van de respectievelijke landen (de landen van verzending, bestemming of doorvoer) op grond van verordening nr. 1013/2006 een vrij ruime beoordelingsvrijheid om toestemming te verlenen of te weigeren, zodat er een aanzienlijk risico bestaat dat een dienstverrichter aan wie een overheidsopdracht voor de overbrenging van afvalstoffen is gegund en die het contract heeft gesloten, of diens partner uiteindelijk niet in staat is om de opdracht op rechtmatige wijze uit te voeren.
- 26 De verwijzende kamer betwijfelt of het risico dat geen toestemming wordt verleend, moet worden overgedragen aan de aanbestedende diensten die de inschrijver hebben geselecteerd en die een contract met hem hebben gesloten. Als de bestreden aanbestedingsvoorwaarde echter als een kwalificatievereiste wordt uitgelegd, zou het onvermijdelijk zijn dat op de dienstverrichter een bepaald risico in verband met de administratieve last van het verkrijgen van toestemming voor de overbrenging en de economische last van het verkrijgen van een borgsom (artikel 6 van verordening nr. 1013/2006) komen te rusten
- 27 In dit opzicht is de cassatierechter ten slotte van oordeel dat een beslissing over de classificatie van de bestreden aanbestedingsvoorwaarde, rekening houdend met het ad-hockarakter van de toestemming voor de overbrenging, onder andere moet worden gebaseerd op de bepalingen van richtlijn 2014/24, a fortiori artikel 58 daarvan en bijlage XI bij deze richtlijn. Noch dat artikel, noch de preambule van de richtlijn bevat echter duidelijkere bepalingen die het mogelijk maken om de daadwerkelijke inhoud van de bestreden aanbestedingsvoorwaarde nauwkeurig vast te stellen bij de beoordeling van de vraag of de toestemming om afvalstoffen over te brengen een element is dat van belang is voor de kwalificaties van dienstverrichters. Met andere woorden, het is onduidelijk of de Uniewetgever bij het definiëren van het begrip „geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen” heeft beoogd daaronder situaties te begrijpen die onder meer de afgifte en het

gebruik van een ad-hocvergunning voor de uitoefening van een activiteit omvatten.

Beoordeling van het recht van de dienstverrichter om een activiteit uit te oefenen (artikel 35, leden 2 en 3, van de wet betreffende overheidsopdrachten)

- 28 Indien wordt beslist dat de bestreden aanbestedingsvoorwaarde moet worden geclassificeerd als een vereiste voor dienstverrichters om te beschikken over het recht van uitoefening van een activiteit en dat dit vereiste voortvloeit uit de aanbestedingsprocedure en de toepassing van de bepalingen van verordening nr. 1013/2006, zodat dienstverrichters aan dat vereiste moeten voldoen, roept dit aanvullende vragen op met betrekking tot de beoordeling van de capaciteit van dienstverrichters, gezien paragraaf 23.1.2 van de aanbestedingsvoorwaarden, waarin artikel 35, leden 2 en 3, van de wet inzake overheidsopdrachten wordt geciteerd.
- 29 Verzoekster baseert haar standpunt dat de afwijzing van haar inschrijving onrechtmatig is, onder meer op het feit dat haar inschrijving niet kon worden afgewezen op basis van de inhoud van de bestreden aanbestedingsvoorwaarde en de systemische toepassing van paragraaf 23.1.2 van de aanbestedingsvoorwaarden, aangezien verweerder zelf in de aanbestedingsvoorwaarden had opgemerkt dat het recht van de dienstverrichter om een activiteit uit te oefenen slechts gedeeltelijk zou worden geverifieerd.
- 30 De verwijzende kamer merkt op dat in Litouwen geruime tijd (tot begin 2017) een gedeeltelijk onjuiste praktijk werd toegepast, waarbij in de aanbestedingsstukken van overheidsopdrachten helemaal geen vereisten werden vastgesteld met betrekking tot het recht van leveranciers of dienstverrichters om een activiteit uit te oefenen of de vereisten te abstract werden geformuleerd en een algemene voorwaarde werd vastgesteld zonder dat werd gespecificeerd welk specifiek recht de leverancier of dienstverrichter moest hebben of welke bewijsstukken hiervan moesten worden verstrekt. De cassatierechter was indertijd van oordeel dat uit het transparantiebeginsel ook het vereiste voortvloeide om de dwingende rechtsregels na te leven die in andere gespecialiseerde wetgeving waren vastgesteld, wat in wezen betekende dat de leverancier of dienstverrichter zelf ervoor verantwoordelijk was om in overeenstemming met de omschrijving van het voorwerp van de aanbestedingsprocedure en met andere bepalingen inzake technische specificaties te controleren of hij beschikte over alle vereiste certificaten, vergunningen, attesten en andere vergelijkbare documenten tot staving van het feit dat hij over een specifiek recht beschikte.
- 31 Deze rechtspraak van de cassatierechter werd toegepast tot 14 februari 2017, toen een arrest in een civiele procedure een omslag in de bestaande nationale rechtspraak teweegbracht. In dit arrest, dat onder meer voortbouwde op het arrest van het Hof van Justitie van 2 juni 2016 in de zaak ██████ (C-27/15, EU:C:2016:404), werd het volgende vastgesteld: (a) de voorrang van de toepassing van specifieke wetgeving boven de duidelijkheid van de

aanbestedingsvoorwaarden betekent dat de aanbestedende diensten een te ruime beoordelingsvrijheid hebben, wat leidt tot een risico op misbruik door deze diensten; (b) de aanbestedende diensten mogen inschrijvingen van leveranciers of dienstverrichters niet afwijzen op basis van vereisten die niet duidelijk vooraf zijn vastgesteld, zelfs wanneer de vereisten voortvloeien uit dwingende rechtsregels; (c) indien in de aanbestedingsvoorwaarden niet duidelijk vereisten inzake het recht van uitoefening van een activiteit zijn vermeld die in andere dwingende rechtshandelingen zijn vastgesteld en de leveranciers of dienstverrichters niet aan deze vereisten voldoen, moeten de leveranciers of dienstverrichters de gelegenheid krijgen om eventuele tekortkomingen in hun inschrijvingen te verhelpen; (d) een dergelijke rectificatiemogelijkheid ziet eveneens op de toestemming voor de leverancier of dienstverrichter om nieuwe entiteiten–partners of onderaannemers – in te schakelen voor de uitvoering van een overheidsopdracht wanneer hijzelf niet in staat of gerechtigd is om bepaalde werkzaamheden te verrichten (of bepaalde diensten te verlenen).

- 32 Op te merken valt dat de Litouwse wetgever bij de omzetting van de bepalingen van richtlijn 2014/24 een nieuwe versie van de wet betreffende overheidsopdrachten heeft vastgesteld. In artikel 35, leden 2 en 3, van deze wet is aan aanbestedende diensten uitdrukkelijk het recht gegeven om de in een bepaald geval aan de orde zijnde capaciteit van leveranciers of dienstverrichters niet te verifiëren (of slechts gedeeltelijk te verifiëren) teneinde te voorkomen dat inschrijvingen worden afgewezen op basis van kwalificatievereisten die niet duidelijk zijn gedefinieerd.
- 33 Bij de uitlegging van die bepaling heeft de cassatierechter opgemerkt dat de wet betreffende overheidsopdrachten in wezen een weerspiegeling is van de praktijk in rechtsbetrekkingen tussen particulieren, waarbij het genot van het desbetreffende recht van uitoefening van een activiteit in contractuele rechtsbetrekkingen wordt gewaarborgd, in plaats van in precontractuele rechtsbetrekkingen (ook al is het de aanbestedende diensten in feite niet verboden om een dergelijk capaciteitsvereiste vast te stellen in de aanbestedingsstukken van een overheidsopdracht); voordat een overheidsopdracht wordt gegund, moeten de aanbestedende diensten in elk geval nagaan of de betrokken entiteiten het recht hebben om de contractuele verplichtingen aan te gaan en na te komen.
- 34 Gelet op de verplichtingen die voor de aanbestedende diensten uit het transparantiebeginsel voortvloeien, omvat de uitdrukking „kwalificatie is niet geverifieerd” bovendien niet alleen een verzoek om een document over te leggen waaruit het desbetreffende recht blijkt, maar hoofdzakelijk de formulering (vaststelling) in de aanbestedingsvoorwaarden van het vereiste dat leveranciers of dienstverrichters over een dergelijke capaciteit beschikken – met andere woorden, de kwalificatie wordt geacht te zijn geverifieerd wanneer de desbetreffende vereisten zijn vastgesteld in de aanbestedingsvoorwaarden en de aanbestedende dienst bij het beoordelen van een inschrijving verzoekt om overlegging van de relevante stukken.

- 35 Op grond van de rechtspraak van de cassatierechter tussen 2017 en 2019 moet worden geconcludeerd dat, indien een aanbestedende dienst niet of niet volledig zou verifiëren of leveranciers of dienstverrichters het recht hebben om een activiteit uit te oefenen, de leverancier of dienstverrichter wiens inschrijving wordt geselecteerd, verplicht zou zijn om vóór de gunning van de overheidsopdracht aan de aanbestedende dienst bewijsstukken over te leggen waaruit een dergelijk recht blijkt, ongeacht de datum van afgifte daarvan, en dat, wanneer de leverancier of dienstverrichter niet over een dergelijk recht beschikt, hij nieuwe entiteiten zou kunnen inschakelen, namelijk partners of onderaannemers.
- 36 De verwijzende kamer wenst te vernemen of een dergelijke nationale wetgeving, op grond waarvan de aanbestedende diensten een onbeperkt recht behouden om niet te verifiëren of leveranciers of dienstverrichter beschikken over het recht om een activiteit uit te oefenen, ook al is het mogelijk dat deze diensten op de hoogte zijn (of moeten zijn) van de noodzaak van een dergelijk recht en begrijpen (of moeten begrijpen) dat de behoorlijke uitvoering van de overheidsopdracht in het geding kan komen, verenigbaar is met de beginselen van transparantie en bescherming van het gewettigd vertrouwen en met de praktijk van rationele afhandeling van openbare aanbestedingsprocedures.

Rechtmatigheid van de aanbestedingsvoorwaarden waarin het voorwerp van de opdracht wordt gedefinieerd

- 37 De verwijzende kamer heeft ook vragen omtrent de aanbestedingsvoorwaarden waarin het voorwerp van de aanbestedingsprocedure wordt gedefinieerd en omtrent enkele bepalingen van de technische specificaties. Uit de aanbestedingsvoorwaarden blijkt duidelijk dat de aanbestedende dienst geen volledige kennis heeft van de precieze samenstelling en kwantiteit van de afvalstoffen die moeten worden verwijderd.
- 38 In deze context hebben de cassatierechter en het Hof van Justitie er onder andere meermaals op gewezen dat de technische specificaties voldoende nauwkeurig moeten zijn om inschrijvers in staat te stellen het voorwerp van de opdracht te bepalen en om aanbestedende diensten in staat te stellen de opdracht te plaatsen; zij moeten duidelijk worden aangegeven, zodat alle inschrijvers weten waarop de door de aanbestedende dienst gestelde eisen betrekking hebben (arrest van het Hof van Justitie van 10 mei 2012, Commissie/Nederland, C-368/10, EU:C:2012:284).
- 39 Maar zelfs indien het tegenovergestelde het geval zou zijn – dus indien verweerster op rechtmatige wijze een niet-alomvattende definitie van het voorwerp van de opdracht zou kunnen verstrekken – twijfelt de verwijzende kamer aan de rechtmatigheid van een dergelijke situatie in het licht van de bepalingen van verordening nr. 1013/2006, met name wanneer de bestreden aanbestedingsvoorwaarde zou worden geclassificeerd als een vereiste met betrekking tot het recht van uitoefening van een activiteit. Artikel 2, punt 35, van verordening nr. 1013/2006 maakt duidelijk dat onder andere sprake is van een

illegale overbrenging wanneer deze plaatsvindt op een wijze die feitelijk niet met de kennisgeving of de vervoersdocumenten overeenstemt. De rechtmatigheid van de overbrenging van afvalstoffen hangt derhalve onder meer af van de naleving van de oorspronkelijke voorwaarden waaronder de toestemming voor de overbrenging van afvalstoffen is verleend.

- 40 Artikel 17 van verordening nr. 1013/2006 bepaalt dat in het geval van wezenlijke wijzigingen in de bijzonderheden en/of voorwaarden de betrokken bevoegde autoriteiten en de ontvanger daarvan onverwijld, en indien mogelijk voordat de overbrenging aanvangt, op de hoogte moeten worden gesteld; in dergelijke gevallen is een nieuwe kennisgeving vereist. Dit betekent dat de vervoerder de kennisgevingsprocedure in wezen opnieuw moet starten wanneer de daadwerkelijke samenstelling en kwantiteit van de gevaarlijke afvalstoffen bekend worden tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht.
- 41 In de aanbestedingsvoorwaarden heeft de aanbestedende dienst aangegeven dat de dienstverrichter de afvalstoffen onder code 19 12 11 („overig afval van mechanische afvalverwerking dat gevaarlijke stoffen bevat”) of code 16 10 01 („waterig vloeibaar afval dat gevaarlijke stoffen bevat”) moet beheren wanneer de samenstelling van de afvalstoffen in de door haar onderzochte containers zou veranderen of de samenstelling opnieuw zou worden vastgesteld op basis van niet eerder onderzochte containers t. De verwijzende kamer heeft twijfels omtrent een dergelijk niet-alomvattend alternatief voor de definitie van het voorwerp van de procedure voor zover dit de toepassing van de bepalingen van verordening nr. 1013/2006 betreft.
- 42 Op grond van artikel 5 van die verordening moeten de kennisgever en de ontvanger een contract sluiten voor de nuttige toepassing of verwijdering van de afvalstoffen. Het is niet duidelijk of de partijen bij een dergelijk contract overeenstemming kunnen bereiken over een overbrenging van afvalstoffen onder de bovengenoemde codes voor gevaarlijke afvalstoffen wanneer niet alle vereiste gegevens over de samenstelling van de afvalstoffen beschikbaar zijn.
- 43 Gelet op een en ander heeft de verwijzende kamer gegronde redenen om te betwijfelen of aanbestedende diensten op grond van de algemene wetgeving inzake overheidsopdrachten (richtlijn 2014/24) en de toepasselijke bepalingen van verordening nr. 1013/2006 bij het aanbesteden van afvalbeheerdiensten niet verplicht zijn de kwantiteit en samenstelling van de te verwijderen en verwerken afvalstoffen en andere relevante informatie daarover zo precies en nauwkeurig mogelijk te definiëren, in plaats van dit over te laten aan de dienstverrichters, die zich hieraan moeten aanpassen wanneer de overheidsopdracht wordt uitgevoerd.