



Datum van
inontvangstneming

:

17/07/2017

Zaak C-35/17

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

Datum van indiening:

24 januari 2017

Verwijzende rechter:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

16 januari 2017

Verzoekende partijen:

Saferoad Grawil sp. z o.o.

Saferoad Kabex sp. z o.o.

Verwerende partij:

Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

In de procedure die aanhangig is bij de Krajowa Izba Odwoławcza (bijzondere rechter voor aanbestedingsgeschillen) is in geding welke rechtsgevolgen het verstrijken van een gestanddoeningstermijn van de inschrijving van een ondernemer vóór sluiting van de overeenkomst heeft.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Toelaatbaarheid van de uitsluiting van een ondernemer of afwijzing van zijn inschrijving wegens het verstrijken van de gestanddoeningstermijn voor de inschrijving; verenigbaarheid met het recht en evenredigheid van het vereiste een zekerheid te handhaven totdat de overeenkomst wordt gesloten.

De rechtsgrondslag voor de verwijzing is artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

Vraag 1: Moet artikel 2 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, mede in het licht van het evenredigheidsbeginsel, aldus worden uitgelegd dat:

1) een ondernemer op grond van deze bepaling van de procedure kan worden uitgesloten of zijn inschrijving kan worden afgewezen wegens het verstrijken van de gestanddoeningstermijn voor de inschrijving indien een dergelijke sanctie niet rechtstreeks en onmiddellijk volgt uit wettelijke bepalingen of de voorwaarden voor de gunning van de opdracht die door de opdrachtgever zijn beschreven in de aankondiging van de opdracht of het bestek, terwijl de ondernemer geïnteresseerd is in de overeenkomst;

2) de inschrijving van de ondernemer op grond van deze bepaling kan vervallen door verstrijken van de gestanddoeningstermijn voor de inschrijving en daardoor niet meer bestaat in de procedure voor de gunning van de opdracht, hoewel de ondernemer niet formeel van de procedure is uitgesloten noch zijn inschrijving is afgewezen, zoals in punt 1 wordt beschreven, zodat met hem geen overeenkomst kan worden gesloten (een verbod geldt de overeenkomst te sluiten), hoewel de ondernemer geïnteresseerd is in de overeenkomst, indien het verval van de inschrijving en het verbod de overeenkomst te sluiten niet rechtstreeks en onmiddellijk volgt uit wettelijke bepalingen of de voorwaarden voor de gunning van de opdracht die door de opdrachtgever zijn beschreven in de aankondiging van de opdracht of het bestek?

Vraag 2: Moet artikel 2 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, mede in het licht van het evenredigheidsbeginsel, aldus worden uitgelegd dat opdrachtgevers kunnen verlangen dat ondernemers de door hen gegeven cautie voor de inschrijving zonder onderbreking handhaven totdat de overeenkomst wordt gesloten, zonder dat in bepalingen, de aankondiging van de opdracht of in het bestek een maximale, redelijke periode is aangegeven gedurende welke ondernemers gehouden zijn hun cautie te handhaven?

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

Artikel 2 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

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (aanbestedingswet; hierna: „Ustawa Pzp”) (Dz. U. 2015, volgnr. 2164, zoals gewijzigd)

Artikel 7, lid 1, van de Ustawa Pzp:

„De opdrachtgever bereidt de procedure voor het plaatsen van opdrachten voor en voert deze uit op een manier die eerlijke mededinging en gelijke behandeling van ondernemers waarborgt.”

Artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp:

„Van de procedure voor het plaatsen van een opdracht worden tevens uitgesloten de ondernemers die: [...] uiterlijk bij verstrijken van de termijn voor het indienen van inschrijvingen, voor de verlengde gestanddoeningstermijn of binnen de in artikel 46, lid 3, genoemde termijn geen cautie hebben gegeven, of niet hebben ingestemd met de verlenging van de gestanddoeningstermijn”.

Artikel 24, lid 4, van de Ustawa Pzp:

„De inschrijving van een uitgesloten ondernemer geldt als afgewezen”.

Artikel 45, leden 1 en 2, van de Ustawa Pzp:

„1. De opdrachtgever verlangt van de ondernemers cautie indien de waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan de bedragen in de bepalingen die zijn vastgesteld krachtens artikel 11, lid 8.

2. Indien de waarde van de opdracht lager is dan de bedragen in de bepalingen die zijn vastgesteld krachtens artikel 11, lid 8, kan de opdrachtgever van de ondernemers cautie verlangen.”

Artikel 46 van de Ustawa Pzp:

„1. Behoudens het bepaalde in lid 4a restitueert de opdrachtgever de cautie onverwijld na de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving of de nietigverklaring van de procedure aan alle ondernemers met uitzondering van de ondernemer wiens inschrijving is gekozen als de economisch meest voordelige inschrijving.

1a. Aan de ondernemer wiens inschrijving is gekozen als de economisch meest voordelige restitueert de opdrachtgever de cautie onverwijld na sluiting van de overeenkomst voor de uitvoering van de overheidsopdracht en stellen van zekerheid voor de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst, indien zulks wordt verlangd. [...]

3. De opdrachtgever verlangt een nieuwe cautie van de ondernemer aan wie de cautie krachtens lid 1 is gerestitueerd indien zijn inschrijving na een beslissing op beroep is gekozen als economisch meest voordelige. De ondernemer geeft cautie binnen de door de opdrachtgever gestelde termijn. [...]

[...]

5. De opdrachtgever behoudt de cautie met rente indien de ondernemer wiens inschrijving is gekozen:

1) heeft geweigerd de overeenkomst voor de uitvoering van de overheidsopdracht te ondertekenen onder de voorwaarden die in de inschrijving zijn omschreven;

[...]”

Artikel 85 van de Ustawa Pzp:

„1. De opdrachtgever is gehouden de inschrijving gestand te doen tot aan verstrijken van de termijn die is gesteld in het bestek, echter niet langer dan:

1) 30 dagen, indien de waarde van de opdracht lager is dan de bedragen in de bepalingen die zijn vastgesteld krachtens artikel 11, lid 8;

2) 90 dagen, indien de waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan de tegenwaarde in Poolse zloty (PLN) van 20 000 000 EUR, indien het gaat om werken, en 10 000 000 EUR, indien het gaat om leveringen of diensten;

3) 60 dagen, indien de waarde van de opdracht anders is dan de bedragen in de punten 1 en 2.

2. De ondernemer kan de gestanddoeningstermijn uit eigen beweging of op verzoek van de opdrachtgever verlengen. De opdrachtgever kan de ondernemers slechts eenmaal, ten minste drie dagen vóór verstrijken van de gestanddoeningstermijn, verzoeken om instemming met de verlenging van deze termijn met een bepaalde periode, die echter niet langer mag zijn dan 60 dagen.

3. Een weigering om in te stemmen met de in lid 2 bedoelde verlenging bewerkstelligt niet dat de cautie wordt verbeurd.

4. De verlenging van de gestanddoeningstermijn is enkel toelaatbaar indien gelijktijdig de geldigheidsduur van de cautie wordt verlengd, of, indien dat niet mogelijk is, indien een nieuwe cautie wordt gegeven voor de verlengde gestanddoeningstermijn. Als de gestanddoeningstermijn wordt verlengd na de keuze van de meest voordelige inschrijving is enkel de ondernemer wiens inschrijving is gekozen als de economisch meest voordelige gehouden een nieuwe cautie te geven of deze te verlengen.

5. De gestanddoeningstermijn begint te lopen bij verstrijken van de termijn voor het indienen van de inschrijvingen.”

Artikel 89, lid 1, van de Ustawa Pzp:

„De opdrachtgever wijst de inschrijving af indien:

1) deze onverenigbaar is met de wet;

[...]”

Artikel 93, lid 1, van de Ustawa Pzp:

„De opdrachtgever verklaart de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht nietig indien:

1) er geen enkele inschrijving is ingediend die niet dient te worden afgewezen of er geen enkel verzoek tot toelating tot de procedure is ingediend door een ondernemer die niet dient te worden uitgesloten, behoudens de punten 2 en 3;

2) in een prijsaanvraagprocedure niet ten minste twee inschrijvingen zijn ingediend die niet dienen te worden afgewezen;

3) in een elektronischeveilingprocedure minder dan twee verzoeken tot deelname aan de elektronische veiling zijn ingediend of geen enkele inschrijving is ingediend;

4) de economisch meest voordelige inschrijving of inschrijving met de laagste prijs een hoger bedrag opgeeft dan de opdrachtgever voornemens is voor de financiering van de opdracht te bestemmen, tenzij de opdrachtgever dit bedrag kan verhogen tot de prijs van de economisch meest voordelige inschrijving;

5) in de in artikel 91, lid 5, genoemde gevallen aanvullende inschrijvingen met dezelfde prijs zijn ingediend;

6) zich een wezenlijke verandering in de omstandigheden heeft voorgedaan, waardoor de procedure of de uitvoering van de opdracht niet in het openbare belang is, hetgeen niet voorzienbaar was;

7) de procedure is aangetast 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.”

Artikel 94 van de Ustawa Pzp:

„[...]”

3. Indien de ondernemer wiens inschrijving is gekozen, weigert de overeenkomst voor de uitvoering van de overheidsopdracht te sluiten of niet de vereiste zekerheid voor de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst stelt, kan de opdrachtgever onder de resterende inschrijvingen de economisch meest voordelige kiezen zonder deze opnieuw te onderzoeken en te beoordelen, tenzij de in artikel 93, lid 1, genoemde gronden voor de nietigverklaring van de procedure aanwezig zijn.”

Artikel 182, lid 6, van de Ustawa Pzp:

„Indien na verstrijken van de termijn voor het indienen van inschrijvingen beroep wordt ingesteld, wordt de gestanddoeningstermijn geschorst totdat de Krajowa Izba Odwoławcza uitspraak heeft gedaan op het beroep.”

Artikel 184 van de Ustawa Pzp (beroepsprocedure):

„Uiterlijk 7 dagen vóór verstrijken van de geldigheidstermijn van de cautie roept de opdrachtgever de ondernemers op straffe van uitsluiting van de procedure op, de geldigheid van de cautie te verlengen of een nieuwe cautie te geven voor de periode die noodzakelijk is tot aan het sluiten van de overeenkomst. Indien het beroep wordt ingesteld na de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving, wordt de oproep enkel gericht aan de ondernemer wiens inschrijving is gekozen als de economisch meest voordelige.”

Artikel 14 van de Ustawa Pzp:

„Op de handelingen van de opdrachtgever en de ondernemers in de aanbestedingsprocedure zijn de bepalingen van de wet van 23 april 1964 houdende de Kodeks cywilny (burgerlijk wetboek) (Dz. U. nr. 16, volgnr. 93, zoals gewijzigd) van toepassing, tenzij de wet anders bepaalt.”

Artikel 66 van de Kodeks cywilny:

„1. Een tegenover een wederpartij afgegeven wilsverklaring om een overeenkomst te sluiten is een aanbod als zij de wezenlijke onderdelen van die overeenkomst bevat.

2. Als de aanbieder in het aanbod geen termijn heeft opgegeven waarbinnen hij een antwoord verwacht, vervalt een aanbod gedaan in aanwezigheid van een wederpartij of met behulp van een middel voor communicatie op afstand wanneer het niet onverwijld wordt aangenomen. Een op een andere manier gedaan aanbod vervalt door verloop van de tijd waarbinnen de aanbieder onder gebruikelijke omstandigheden een zonder ongerechtvaardigde vertraging verzonden antwoord kon verwachten.”

Artikel 68 van de Kodeks cywilny:

„De aanvaarding van een aanbod onder voorbehoud van wijzigingen of inhoudelijke aanvullingen geldt als een nieuw aanbod.”

Artikel 68¹ van de Kodeks cywilny:

„1. Onder ondernemers geldt een antwoord op een aanbod onder voorbehoud van wijzigingen of aanvullingen die de wezenlijke inhoud van het aanbod niet aantasten als een aanvaarding ervan. In een dergelijk geval geldt de overeenkomst tussen partijen met de in het aanbod bepaalde inhoud onder inachtneming van het voorbehoud in het antwoord erop.

2. Het voorafgaande lid is niet van toepassing indien in het aanbod is aangegeven dat het enkel zonder voorbehoud kan worden aanvaard, de aanbieder het voorbehoud onverwijld heeft afgewezen of de andere partij in het antwoord op het aanbod de aanvaarding ervan afhankelijk had gesteld van de instemming van de aanbieder met het voorbehoud bij de overeenkomst en hij deze instemming niet onverwijld heeft ontvangen.”

Artikel 70⁴ van de Kodeks cywilny:

„1. In de veulings- of aanbestedingsvoorwaarden kan deelname aan de veiling of aanbesteding afhankelijk worden gesteld van de betaling van een bepaald bedrag aan de organisator of van een overeenkomstige zekerstelling voor de betaling van dit bedrag (cautie).”

2. Indien de deelnemer aan een veiling of aanbesteding, ondanks dat zijn inschrijving is gekozen, weigert een overeenkomst te sluiten waarvan de geldigheid afhangt van bijzondere wettelijke vereisten, kan de organisator van de veiling of aanbesteding het geïnde bedrag behouden of verhaal nemen op de als zekerheid gestelde zaak. In de overige gevallen wordt de gegeven cautie onverwijld gerestitueerd en vervalt de gestelde zekerheid. Indien de organisator van de veiling of aanbesteding weigert de overeenkomst te sluiten, kan de deelnemer wiens inschrijving is gekozen een bedrag ten belope van tweemaal de gegeven cautie of schadevergoeding vorderen.”

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 De zaak heeft betrekking op een procedure gevoerd door de Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu (algemene directie nationale wegen en autowegen, afdeling Poznań) voor „complex onderhoud gedurende het kalenderjaar volgens het systeem ‚Behoud van standaarden’ van snelweg S11 op het traject knooppunt Poznań-noord – knooppunt Poznań-west km 0+000-km 25+694 (S11c), km 0+000-km 1+605 (S5e) en op het traject knooppunt Poznań Krzesiny – knooppunt Kórnik-zuid van km 0+000 tot km 14+810 (S11a) en alle onderdelen ervan”, bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 22 juli 2015 onder het nummer 2015/S 139-257004.

- 2 Overeenkomstig het bestek van de overheidsopdracht was de gestanddoeningstermijn van de inschrijving 90 dagen. De inschrijvingen moesten uiterlijk op 11 september 2015 worden ingediend. De volgende ondernemers hebben een inschrijving ingediend:
- 1) KBU Sp. z o.o.,
 - 2) combinatie van inschrijvers: Saferoad Grawil Sp. z o.o. en Saferoad Kabex Sp. z o.o.,
 - 3) combinatie van inschrijvers: „GNOM” Sp. z o.o. en „N.R.” Sp. z o.o.,
 - 4) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A.,
 - 5) combinatie van inschrijvers: FBSerwis S.A en Ferroser Infraestructuras S.A.,
 - 6) combinatie van inschrijvers: BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. Komandytowa en Firma-Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa „BADERA” Tadeusz Badera,
 - 7) Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.
 - 8) Mota-Engil Central Europe S.A.
- 3 Op 22 december 2015 heeft de opdrachtgever krachtens artikel 85, leden 2 en 4, van de Ustawa Pzp de ondernemers opgeroepen de gestanddoeningstermijn van de inschrijving met 60 dagen te verlengen. Alle ondernemers behalve Mota-Engil Central Europe S.A. hebben ingestemd met de verlenging van de gestanddoeningstermijn.
- 4 Mota-Engil Central Europe S.A. heeft naar aanleiding van de oproep van de opdrachtgever geen cautie gegeven voor de verlengde gestanddoeningstermijn en heeft niet ingestemd met de verlenging van de gestanddoeningstermijn.
- 5 KBU Sp. z o.o. heeft binnen de termijn een verklaring neergelegd over de verlenging van de gestanddoeningstermijn en tegelijkertijd aanvullende zekerheid voor de cautie gesteld. De door KBU Sp. z o.o. verlengde gestanddoeningstermijn is op 31 maart 2016 verstreken. Pas op 7 juni 2016 heeft de opdrachtgever een schrijven ontvangen waaruit naar voren kwam dat de ondernemer de gestanddoeningstermijn wenste te verlengen. De opdrachtgever stelt dat de bepaling van artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp, krachtens welke ondernemers die niet instemmen met de gestanddoeningstermijn worden uitgesloten, ook ziet op ondernemers die hun instemming niet binnen zodanige tijd hebben gegeven dat de verlenging van de gestanddoeningstermijn zonder onderbreking gewaarborgd is. Bovendien wijzen de bewoordingen van artikel 85, lid 4, van de Ustawa Pzp erop dat de verlenging van de gestanddoeningstermijn enkel toelaatbaar is indien gelijktijdig de geldigheidsduur van de cautie wordt

verlengd, of, indien dat niet mogelijk is, indien een nieuwe cautie wordt gesteld voor de verlengde gestanddoeningstermijn. Door de gestanddoeningstermijn voor de inschrijving pas na verstrijken van de oorspronkelijke termijn en van de geldigheid van de cautie te verlengen heeft KBU Sp. z o.o. de aangehaalde bepaling geschonden. De opdrachtgever was daarom gedwongen deze ondernemer uit te sluiten. KBU Sp. z o.o. heeft het optreden van de opdrachtgever niet ter discussie gesteld.

- 6 De overige ondernemers hebben één voor één de gestanddoeningstermijn van hun inschrijving (en de zekerheid, zolang noodzakelijk) verlengd. In deze procedure zijn 3 beroepen ingediend bij de Krajowa Izba Odwoławcza, hetgeen meermaals heeft geleid tot schorsing van de gestanddoeningstermijn voor de inschrijvingen, zodat deze termijnen steeds opgeschoven. De gestanddoeningstermijnen zijn voor deze resterende ondernemers op de volgende data verstreken:

– combinatie van inschrijvers Saferoad Grawil Sp. z o.o. en Saferoad Kabex Sp. z o.o.: 31 januari 2017

– combinatie van inschrijvers „GNOM” Sp. z o.o. en „N.R.” Sp. z o.o.: 8 maart 2016

– Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A.: 29 juli 2016

– combinatie van inschrijvers FBSerwis S.A en Ferroser Infraestructuras S.A.: 30 september 2016

– combinatie van inschrijvers BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. Komandytowa en Firma-Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa „BADERA” Tadeusz Badera: 10 maart 2016

– Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A.: 5 februari 2017.

- 7 De opdrachtgever heeft de inschrijving van Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. gekozen. In de gegevens over de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving heeft de opdrachtgever de ondernemers er tevens van op de hoogte gesteld dat KBU Sp. z o.o. was uitgesloten omdat de gestanddoeningstermijn was onderbroken en Mota-Engil Central Europe S.A. was uitgesloten omdat voor de verlengde gestanddoeningstermijn geen cautie was gegeven. De grondslag voor de uitsluiting van beide ondernemers was artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp en overeenkomstig artikel 24, lid 4, van de Ustawa Pzp golden hun inschrijvingen als afgewezen. Als gevolg van deze handelwijze van de opdrachtgever zijn deze ondernemers niet opgenomen in de rangschikking van inschrijvingen aan de hand van de beoordelingscriteria van de inschrijvingen.

- 8 Tegelijkertijd heeft de opdrachtgever de ondernemers op de hoogte gesteld dat de gestanddoeningstermijn voor de inschrijvingen van de combinatie van inschrijvers

„GNOM” Sp. z o.o. en „N.R.” Sp. z o.o., van de combinatie van inschrijvers BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. Komandytowa en Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa „BADERA” Tadeusz Badera, van Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A., en van de combinatie van inschrijvers FBSerwis S.A. en Ferroser Infraestructuras S.A. was verstreken en daarbij de tijdstippen aangegeven waarop deze waren verstreken. Deze ondernemers zijn echter wel opgenomen in de rangschikking en Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. werd als tweede geplaatst in de rangschikking van inschrijvingen.

- 9 Op 5 juli 2016 heeft de opdrachtgever de cautie gerestitueerd aan alle ondernemers, met uitzondering van de gekozen ondernemer, en op 2 augustus 2016 heeft hij de cautie gerestitueerd aan Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A.
- 10 De verzoekende partij heeft beroep ingesteld bij de Krajowa Izba Odwoławcza (hierna: „KIO”) en de opdrachtgever onder meer verweten dat haar inschrijving niet als economisch meest voordelige inschrijving was gekozen en dat de beoordeling van het criterium kwaliteit van de inschrijvingen niet correct was verlopen. De verzoekende partij vorderde nietigverklaring van de keuze van de inschrijving van Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. als de economisch meest voordelige inschrijving en afwijzing van deze inschrijving wegens onverenigbaarheid met het bestek, althans een hernieuwd onderzoek van deze inschrijving en haar eigen inschrijving en keuze van haar inschrijving als economisch meest voordelige.
- 11 Met betrekking tot de combinatie van inschrijvers „GNOM” Sp. z o.o. en „N.R.” Sp. z o.o., de combinatie van inschrijvers BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. Komandytowa en Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa „BADERA” Tadeusz Badera, Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. Kalisz, en de combinatie van inschrijvers FBSerwis S.A. en Ferroser Infraestructuras S.A. heeft de verzoekende partij gesteld dat de opdrachtgever artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp heeft geschonden door hen niet uit te sluiten wegens het verstrijken van de gestanddoeningstermijn van de inschrijvingen en hun inschrijvingen dientengevolge niet af te wijzen krachtens artikel 24, lid 4, van de Ustawa Pzp, althans dat hij artikel 89, lid 1, punt 1, van de Ustawa Pzp heeft geschonden door de inschrijvingen van deze ondernemers niet af te wijzen wegens het verstrijken van de gestanddoeningstermijn. In verband daarmee heeft zij uitsluiting van deze ondernemers gevorderd, althans afwijzing van de inschrijvingen van deze ondernemers, niet-opneming van hun inschrijvingen in de rangschikking van de inschrijvingen en overeenkomstige aanpassing van de punten van de ondernemers wier inschrijvingen niet moesten worden afgewezen.
- 12 In zijn verweerschrift heeft de opdrachtgever zijn tot dusverre ingenomen standpunt gehandhaafd en verwerping van het beroep gevorderd.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

Verzoekster

- 13 Verzoekster beroept zich op de omvangrijke rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties. Volgens deze rechtspraak mag een inschrijving waarvan de gestanddoeningstermijn is verstreken, niet als economisch meest voordelige inschrijving worden gekozen. Dientengevolge is het ook niet gerechtvaardigd deze inschrijvingen op te nemen in de rangschikking en punten toe te kennen in het kader van de criteria voor de beoordeling van inschrijvingen. De gestanddoeningstermijn moet ononderbroken zijn. Deze termijn mag niet worden onderbroken noch na onderbreking opnieuw worden vastgesteld. De ononderbroken bindende kracht van de inschrijving is een rechtstreekse voorwaarde voor de keuze van de inschrijving in de procedure. Als dat niet zo was, zou sprake zijn van een nieuwe inschrijving met dezelfde inhoud. De bindende werking van een inschrijving is een constitutief, inherent element van een inschrijving.
- 14 Volgens een in een deel van de rechtspraak gekozen invalshoek is artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp de grondslag voor de uitsluiting van een ondernemer van de procedure in alle gevallen waarin de gestanddoeningstermijn niet is verlengd. De opdrachtgever heeft het recht niet alleen een ondernemer uit te sluiten die naar aanleiding van een oproep daartoe niet uitdrukkelijk heeft ingestemd met de verlenging van de gestanddoeningstermijn, maar zelfs die ondernemers die dat, ook zonder specifieke oproep, niet binnen een bepaalde termijn uit eigen beweging hebben gedaan. Een ondernemer die na de termijn die is bepaald voor de gestanddoening van de inschrijvingen wil deelnemen aan het vervolg van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht, dient een eenduidige verklaring af te geven die geen aanleiding voor twijfels biedt.
- 15 Volgens de rechtspraak kan de opdrachtgever krachtens artikel 85, lid 2, van de Ustawa Pzp niet worden verplicht de ondernemers te verzoeken om verlenging van de gestanddoeningstermijn. Deze bepaling bevat namelijk geen gebod, maar staat de opdrachtgever toe zich met een verzoek om verlenging van de gestanddoeningstermijn te wenden tot de ondernemers en beperkt deze bevoegdheid in zoverre dat deze oproep slechts eenmaal mogelijk is binnen een strikt omschreven termijn. Ook de ondernemer is bevoegd de gestanddoeningstermijn van de inschrijving te verlengen. Die instemming moet hij in beginsel bij het verstrijken van die termijn geven. De instemming kan niet stilzwijgend worden gegeven, maar moet bestaan in een verklaring van de ondernemer.
- 16 In de rechtspraak wordt ook het standpunt bepleit dat een ondernemer die de gestanddoeningstermijn niet uit eigen beweging heeft verlengd, indien de opdrachtgever hem daartoe niet heeft opgeroepen, niet kan worden uitgesloten van deelname aan de procedure. Zijn inschrijving moet in dat geval echter krachtens

artikel 89, lid 1, punt 1, van de Ustawa Pzp worden afgewezen. Enkel die ondernemer die na een oproep van de opdrachtgever om de gestanddoeningstermijn te verlengen, niet uitdrukkelijk verklaart dat hij instemt met de verlenging van deze termijn, moet krachtens artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp worden uitgesloten van deelname aan de procedure.

- 17 In dit verband stelt de verzoekende partij dat de opdrachtgever verzuimd heeft de genoemde ondernemers uit te sluiten en hun inschrijvingen af te wijzen. De omstandigheid dat de inschrijvingen van deze ondernemers zijn opgenomen in de rangschikking van inschrijvingen terwijl een andere ondernemer op dezelfde grondslag (ontbreken van continuïteit van de gestanddoeningstermijn) is uitgesloten, wijst erop dat de opdrachtgever de ondernemers die deelnemen aan de procedure niet gelijk heeft behandeld.
- 18 Volgens verzoekster zijn de inschrijvingen van Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. (voor zover zij niet op andere gronden zou worden afgewezen) en van haarzelf de enige die niet moeten worden afgewezen en moeten worden beoordeeld.
- 19 Aangezien afgewezen inschrijvingen in het kader van de criteria voor de beoordeling van de inschrijving niet beoordeeld hoeven te worden en hun geen punten hoeven te worden toegekend, heeft de opdrachtgever de punten niet regelmatig toegekend. Overeenkomstig punt 17.1.2 van het bestek, „Efficiëntie van het optreden op het gebied van onderhoud van het wegdek in de winter (15 punten)” heeft de opdrachtgever namelijk aangegeven dat aan het voorstel dat volgens de opdrachtgever het beste programma voor de identificatie en eliminatie van gevaren op de weg bevat, 15 punten wordt toegekend. Als meer dan één voorstel op een vergelijkbaar niveau wordt beoordeeld, wordt aan elk van hen hetzelfde aantal punten toegekend. De opdrachtgever heeft 15 punten toegekend aan de combinatie van inschrijvers BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. Komandytowa en Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa „BADERA” Tadeusz Badera. Als enkel de inschrijvingen in aanmerking zouden worden genomen die niet afgewezen zouden moeten worden, zouden de inschrijving van verzoekster en die van Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. elk 10 punten moeten krijgen en zou de beste inschrijving recht hebben op 15 punten.

Opdrachtgever

- 20 De opdrachtgever stelt dat een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht ertoe dient de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen en met de gekozen ondernemer een overeenkomst tot uitvoering van de overheidsopdracht te sluiten. De rechtsfiguur van de gestanddoening van de inschrijving dient ertoe dat de ondernemer die inschrijft zijn aanbod niet kan intrekken of kan weigeren de overeenkomst te sluiten zonder enige materiële consequenties te dragen. De Ustawa Pzp bevat geen bepaling die rechtstreeks vaststelt dat de keuze van een inschrijving waarvoor de opdrachtgever niet over

een actuele verklaring over de gestanddoening van de inhoud beschikt, ongeldig is en de overeenkomst met een dergelijke ondernemer nietig is of kan worden vernietigd. Krachtens de bepalingen over overheidsopdrachten is het verstrijken van de gestanddoeningstermijn niet doorslaggevend voor de geldigheid en de werkzaamheid van de inschrijving, maar wel voor het ontbreken van de verplichting van de ondernemer om een overeenkomst te sluiten. In verband daarmee is er geen grond voor de veronderstelling dat een inschrijving die de ondernemer niet bindt, niet meer de kenmerken van een inschrijving heeft en dus moet worden erkend als ongeldig of moet worden afgewezen. De inschrijving van een ondernemer kan enkel krachtens artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp worden afgewezen wegens het verstrijken van de gestanddoeningstermijn. Dit punt bepaalt echter dat een ondernemer onder meer kan worden uitgesloten van de procedure indien hij niet instemt met de verlenging van de gestanddoeningstermijn voor de inschrijving; krachtens artikel 24, lid 4, van de Ustawa Pzp geldt een dergelijke inschrijving dientengevolge als afgewezen. In de onderhavige zaak kan echter geen sprake zijn van een feitencomplex waarin: 1) de combinatie van inschrijvers „GNOM” Sp. z o.o. en N.R. Sp. z o.o.; 2) de combinatie van inschrijvers BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. Komandytowa en Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa „BADERA” Tadeusz Badera; 3) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A.; en 4) de combinatie van inschrijvers FBSerwis S.A. en Ferroser Infrastructuras S.A. niet hebben ingestemd met de verlenging van de gestanddoeningstermijn, wat zou kunnen leiden tot hun uitsluiting.

- 21 De opdrachtgever heeft de ondernemers op 22 december 2015 opgeroepen de gestanddoeningstermijn te verlengen. Gelet op de bewoordingen van artikel 85, lid 2, van de Ustawa Pzp, volgens welke dat slechts eenmaal mogelijk is, had hij geen juridische mogelijkheid om zich nogmaals tot de ondernemers te wenden met een verzoek om verlenging van de gestanddoeningstermijn.
- 22 Volgens de opdrachtgever heeft het ontbreken van een dergelijk verzoek door de opdrachtgever tot gevolg dat de ondernemers geen aanleiding hebben om de opdrachtgever ervan op de hoogte te stellen dat zij niet instemmen met de verlenging van de gestanddoeningstermijn. Een dergelijke verklaring kan namelijk enkel na een passend verzoek worden verkregen. Aangezien de onderzoeker niets heeft verzocht, hadden de ondernemers geen gelegenheid om niet in te stemmen met de verlenging van de termijn. Een ondernemer kan enkel worden uitgesloten van de procedure indien hij wordt opgeroepen om in te stemmen met het voorstel van de opdrachtgever om de gestanddoeningstermijn te verlengen en deze instemming niet geeft, hetgeen in de onderhavige zaak echter niet het geval was.

Interveniënte Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A.

- 23 Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego S.A. is interveniënte aan de zijde van de opdrachtgever. Zij ondersteunt diens argumenten en voert ter ondersteuning daarvan talrijke voorbeelden uit de rechtspraak aan.

- 24 Uit deze rechtspraak volgt onder meer dat op grond van artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp niet kan worden aangenomen dat de niet-verlenging van de gestanddoeningstermijn indien de opdrachtgever daartoe niet heeft opgeroepen, gelijkstaat aan het ontbreken van instemming met de verlenging van de gestanddoeningstermijn bij oproep van de opdrachtgever, aangezien deze bepaling een uitputtende lijst van uitsluitingsgronden bevat en de gronden voor uitsluiting van de procedure niet extensief mogen worden uitgelegd.
- 25 Volgens de rechtspraak is het ook niet toelaatbaar artikel 85, lid 2, van de Ustawa Pzp aldus uit te leggen dat deze bepaling het verval van een inschrijving van een ondernemer bewerkstelligt indien de verklaring van de ondernemer over de verlenging van de gestanddoeningstermijn de opdrachtgever niet bereikt voordat de aanvankelijke gestanddoeningstermijn is verstreken. Door een dergelijke uitlegging zou immers een sanctie worden ingevoerd die de wet niet kent, namelijk de sanctie „verval van de inschrijving”. De regeling die is opgenomen in de genoemde bepaling weerspiegelt de bijzondere aard van de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht en dientengevolge is de Kodeks cywilny hier krachtens artikel 14 van de Ustawa Pzp niet van toepassing. De opdrachtgever kan de ondernemers dus eenmaal oproepen de gestanddoeningstermijn van hun inschrijving te verlengen en moet dat doen vóór het verstrijken van de gestanddoeningstermijn; de ondernemer kan echter zo vaak als hij wil een verklaring afleggen over de verlenging van de gestanddoeningstermijn en hoeft dat niet tijdens die termijn te doen, want een zodanige verplichting volgt niet uit de bepalingen van de Ustawa Pzp.
- 26 Intervenüente voert tevens andere aan de rechtspraak ontleende argumenten aan volgens welke de opdrachtgever een inschrijving kan kiezen en vervolgens een overeenkomst kan sluiten met een opdrachtgever die niet meer gebonden is aan zijn inschrijving. Artikel 94, lid 3, van de Ustawa Pzp bepaalt namelijk dat de opdrachtgever, als de gekozen ondernemer weigert de overeenkomst te sluiten of zekerheid te stellen voor de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst, onder de resterende inschrijvingen de economisch meest voordelige kan kiezen zonder deze opnieuw te onderzoeken en te beoordelen, dus zonder erop acht te slaan of de gestanddoeningstermijn van die inschrijving is verstreken. Bovendien bevat artikel 93 van de Ustawa Pzp de gronden voor de nietigverklaring van de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht: zelfs het verstrijken van de gestanddoeningstermijn van alle inschrijvingen is geen grond voor nietigverklaring van de procedure. Aangezien artikel 89, lid 1, van de Ustawa Pzp geen gewag maakt van de mogelijkheid een inschrijving af te wijzen wegens het verstrijken van de gestanddoeningstermijn ervan, is dat ook geen grond voor de nietigverklaring van de procedure krachtens artikel 93, lid 1, punt 1, van de Ustawa Pzp.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

Algemene opmerkingen

- 27 Volgens de verwijzende rechter volgt de noodzaak van de prejudiciële vraag uit het ontbreken van concrete aanwijzingen in de richtlijnen voor formele kwesties in samenhang met de geldigheid van de inschrijvingen en heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie deze kwestie tot nog toe niet opgelost. Tegelijkertijd zijn in de nationale rechtspraak ondanks meerdere jaren rechtsstrijd twee parallelle, uiteenlopende standpunten uitgewerkt. Daardoor ontstaat rechtsonzekerheid, wordt de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten ondoorzichtig en rijzen twijfels of de ondernemers gelijk behandeld worden. Dit probleem doet zich in een groot aantal procedures voor en betreft ondernemers ongeacht hun land van herkomst, waarbij de situatie van buitenlandse ondernemers in zoverre zwaarder is dat zij natuurlijk minder bekend zijn met het recht van een ander land, vooral in een situatie waarin dat recht niet onmiddellijk volgt uit de bewoordingen van de bepalingen, maar uit de uitlegging ervan.
- 28 De verwijzende rechter merkt op dat de litigieuze kwesties weliswaar behoren tot het civiel recht en in de verschillende lidstaten anders geregeld kunnen zijn, maar wel een onmiddellijke invloed hebben op de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten, de materie die door de richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG en de daarmee corresponderende richtlijnen van 2014 is geregeld, en dus ook op de rechtmatigheid van de omzetting ervan.
- 29 De verwijzende rechter beroept zich op de algemene rechtsbeginselen van het recht van de Europese Unie: het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het openbaarheidsbeginsel (transparantiebeginsel). Hij herinnert eraan dat het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel volgens de rechtspraak van het Hof onder meer inhouden dat de rechtszekerheid moet worden beschermd (arrest 1/73) en het openbaarheidsbeginsel vereist dat een ondernemer vrije toegang moet hebben tot de benodigde gegevens. Het mag dus niet zo zijn dat een ondernemer niet weet hoe hij en zijn concurrenten in een bepaalde procedure zullen worden behandeld of dat ondernemers in verschillende procedures in dezelfde situatie anders worden behandeld. Het evenredigheidsbeginsel betekent onder meer dat handelingen van de lidstaten in het kader van de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht „geschikt en noodzakelijk [moeten] zijn voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd. Daarbij geldt, dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt; voorts mogen de op te leggen lasten niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel” (arrest 265/87).
- 30 Daarnaast haalt de verwijzende rechter het arrest van het Hof van 13 april 2010, Wall, C-91/08, aan, waarin is geoordeeld dat „[d]e transparantieverplichting [...]

rechtstreeks voort[vloeit] uit de artikelen 43 EG en 49 EG, die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de lidstaten en primeren op elke daarmee strijdige bepaling van nationaal recht” en het arrest van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, waarin het Hof heeft onderstreept dat een aanbestedende dienst de verschillende gegadigden gelijk en op loyale wijze dient te behandelen, zodat ondernemers aan het einde van de selectieprocedure van de inschrijvingen en in het licht van de uitkomst daarvan niet de indruk kunnen krijgen dat de aanbestedende dienst gegadigden ten onrechte heeft bevoordeeld of benadeeld.

Eerste vraag

- 31 Met betrekking tot de eerste vraag wijst de verwijzende rechter erop dat de Ustawa Pzp zich bedient van het begrip gestanddoeningstermijn, maar bij gebreke van een afwijkende definitie wordt dit begrip gebruikt in de zin van artikel 66, lid 2, van de Kodeks cywilny, volgens welke een ondernemer gebonden is aan zijn inschrijving, maar deze vervalt na verstrijken van de daarin gestelde termijn „waarbinnen hij een antwoord verwacht” van de opdrachtgever. In de Ustawa Pzp wordt de gestanddoeningstermijn echter niet door de ondernemer (aanbieder) gesteld, maar krachtens artikel 85, lid 1, van de Ustawa Pzp, waarin de maximumtermijn is gegeven, door de opdrachtgever in het bestek bepaald. De kwestie van de verlenging van de gestanddoeningstermijn is geregeld in artikel 85, leden 2 tot en met 4, en in artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp. Uit deze bepalingen volgt dat de ondernemer de gestanddoeningstermijn uit eigen beweging of op verzoek van de opdrachtgever kan verlengen. De opdrachtgever kan de ondernemers slechts eenmaal, ten minste drie dagen voor verstrijken van de gestanddoeningstermijn, verzoeken om instemming met de verlenging van deze termijn met een bepaalde periode, die echter niet langer mag zijn dan 60 dagen. De genoemde drie dagen zijn een gegarandeerde minimumtermijn voor de ondernemer om een verklaring af te geven en, vooral, de geldigheid van de cautie te verlengen en ook om deze documenten aan de opdrachtgever te doen toekomen.
- 32 Als de ondernemer weigert in te stemmen met de verlenging van de gestanddoeningstermijn, betekent dat niet dat hij de cautie verbeurt (artikel 85, lid 3, van de Ustawa Pzp). Krachtens artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp, waarin is bepaald dat onder meer ondernemers die geen cautie hebben gegeven voor de verlengde gestanddoeningstermijn of niet hebben ingestemd met de verlenging daarvan, van de procedure worden uitgesloten, heeft dat echter wel tot gevolg dat de ondernemer van de procedure wordt uitgesloten. Het loont de moeite te letten op het verschil in opbouw van deze bepaling wat betreft de verlenging van de geldigheidsduur van de cautie en van de gestanddoeningstermijn. Het onderdeel over de cautie luidt als volgt: „voor de verlengde periode waarin de inschrijvingen bindend zijn [...] geen cautie hebben gegeven”, en het onderdeel over de gestanddoeningstermijn: „niet hebben ingestemd met de verlenging van de gestanddoeningstermijn”. Niets belette de wetgever dezelfde constructie te gebruiken als bij de cautie, dat wil zeggen de

uitdrukking „heeft de gestanddoeningstermijn niet verlengd” te gebruiken, die beide opties (uit eigen beweging en op verzoek) omvat („voor de verlengde periode waarin de inschrijvingen bindend zijn geen cautie hebben gegeven of de gestanddoeningstermijn niet hebben verlengd”). De wetgever heeft dat echter niet gedaan.

- 33 Krachtens het in artikel 9, lid 1, van de Ustawa Pzp neergelegde schriftelijkheidsbeginsel moet een verklaring omtrent de verlenging van de gestanddoeningstermijn in beginsel schriftelijk worden afgegeven. In de rechtspraak en de doctrine worden echter overeenkomstig de definitie van de wilsverklaring in artikel 60 van de Kodeks cywilny ook andere handelingen van de ondernemer toegelaten waaruit zijn wil afdoende blijkt en die erop wijzen dat hij nog steeds geïnteresseerd is in deelname aan de procedure (meestal gaat het om verlenging van de cautie, maar ook het geven van toelichting, het aanvullen van documenten en zelfs het instellen of ondersteunen van een beroep).
- 34 Als algemeen beginsel geldt ook dat de gestanddoeningstermijn van de inschrijving, en vooral de zekerstelling ervan door een cautie, niet mag worden onderbroken.
- 35 Het verstrijken van de gestanddoeningstermijn „na de keuze van de economisch voordeligste inschrijving” staat er niet aan in de weg dat de overeenkomst tot uitvoering van de overheidsopdracht wordt gesloten. Ter discussie staat echter welke invloed het verstrijken van de gestanddoeningstermijn heeft op de inschrijving vóór de keuze van de meest voordelige inschrijving (een van de sluiting van de overeenkomst afgezonderde handeling). In de nationale rechtspraak wordt daarover zeer uiteenlopend geoordeeld.
- 36 Uit het eerste standpunt vloeit voort dat een inschrijving na verstrijken van de gestanddoeningstermijn niet meer in aanmerking komt, omdat zij is vervallen. De gevolgen van het verstrijken van de gestanddoeningstermijn moeten worden beoordeeld in het licht van artikel 66 van de Kodeks cywilny, krachtens welke de binding van de inschrijving een wezenlijk, constitutief element is van de wilsverklaring gericht op het sluiten van een overeenkomst, die een aanbod vormt. Het aanbod vervalt door het verstrijken van de termijn waarbinnen de aanbieder aan zijn aanbod gebonden was. De Ustawa Pzp (artikel 85) bepaalt niet uitdrukkelijk dat de ondernemer de inschrijving gestand moet doen, maar dit vereiste geldt in samenhang met de regeling van de Kodeks cywilny. Een ondernemer die na de termijn die is bepaald voor de gestanddoening van de inschrijvingen wil deelnemen aan het vervolg van de aanbestedingsprocedure, dient derhalve een eenduidige verklaring af te geven die geen aanleiding voor twijfels biedt. Die instemming kan niet stilzwijgend worden gegeven.
- 37 Het tweede standpunt berust op de uitlegging van artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp dat er geen gronden zijn voor uitsluiting van een ondernemer indien deze niet, na een verzoek daartoe van de opdrachtgever, heeft geweigerd de

gestanddoeningstermijn te verlengen. Het fundamentele onderscheid tussen het burgerlijk wetboek en de Ustawa Pzp wat de aard van de neergelegde inschrijvingen betreft, is dat de bindende kracht van het in artikel 66 van de Kodeks cywilny bedoelde aanbod wordt veroorzaakt door de afgelegde verklaring en dat door aanvaarding van het aanbod al een overeenkomst tot stand komt; bij de inschrijving op een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht daarentegen volstaat de loutere keuze van de inschrijving niet maar is nog een aanvullende wilsverklaring over de sluiting van de overeenkomst nodig. Krachtens de bepalingen van de Ustawa Pzp kan de aanvaarding door de opdrachtgever van het voorstel om een overeenkomst te sluiten niet (zoals bij de regeling in het burgerlijk wetboek) worden beschouwd als een nieuw aanbod of als een tegenaanbod, als een verklaring na het verstrijken van de gestanddoeningstermijn wordt afgegeven, omdat een inschrijving op een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht enkel door een ondernemer kan worden ingediend, en bovendien maar eenmaal. Gelet op de bijzonderheden van de procedure en de specifieke aard van een inschrijving op grond van de bepalingen van de Ustawa Pzp moet ervan worden uitgegaan dat de inschrijving door het verstrijken van de gestanddoeningstermijn niet onwerkzaam wordt, maar enkel tot gevolg heeft dat de ondernemer niet verplicht is de overeenkomst te sluiten. Uit de bewoordingen van artikel 85, lid 2, van de Ustawa Pzp volgt niet dat de ondernemer verplicht is vóór het verstrijken van de gestanddoeningstermijn een verklaring af te leggen omtrent de verlenging daarvan, omdat de beperking „voor verstrijken van de gestanddoeningstermijn” enkel betrekking heeft op de opdrachtgever. Deze beperking heeft geen betrekking op de ondernemers, die meermaals een verklaring kunnen afleggen zonder dat zij door het verstrijken van de gestanddoeningstermijn worden gebonden.

- 38 Met betrekking tot de opzet van de Ustawa Pzp moet worden opgemerkt dat het vraagstuk van het verstrijken van de gestanddoeningstermijn door de wetgever is gekoppeld aan de figuur van uitsluiting van de ondernemer, dus met artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp. Een tweedeling waarbij een deel van de regeling in artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp is opgenomen en een ander deel door uitlegging van artikel 89 van de Ustawa Pzp moet worden afgeleid, is niet verenigbaar met het beginsel van rationeel handelen van de wetgever.
- 39 Degenen die het standpunt vertegenwoordigen dat een ondernemer gebonden moet zijn aan zijn inschrijving, wijzen erop dat dat noodzakelijk is om te zorgen dat de ondernemer deze niet kan herroepen en niet kan weigeren de overeenkomst te ondertekenen. Dit standpunt wekt echter twijfel, onder meer uit oogpunt van het evenredigheidsbeginsel, omdat het gevolg ervan is dat een ondernemer preventief van de procedure wordt uitgesloten, hoewel hij dat zelf niet wil, omdat hij zijn aanbod eventueel in de toekomst zou kunnen herroepen. Daarbij kan ook een ondernemer die gebonden is aan zijn inschrijving, weigeren een overeenkomst te sluiten. De consequentie daarvan, het verbeuren van de cautie (als hij al gehouden was die te geven), is enkel een nevenkwestie.

- 40 De verwijzende rechter merkt op dat het bij het antwoord op de eerste vraag van wezenlijk belang is of uitsluiting van de ondernemer van de procedure, afwijzing van zijn inschrijving, verval van de inschrijving of verbod de overeenkomst te sluiten in geval van verstrijken van de gestanddoeningstermijn – indien zowel de opdrachtgever als de ondernemer bereid zijn deze te sluiten – als sanctie evenredig is aan de feitelijke omstandigheden.

Tweede vraag

- 41 De tweede vraag heeft betrekking op de verlenging van de cautie. Noch de richtlijnen van de Unie noch de rechtspraak van het Hof gaan in op de cautie als civielrechtelijke en niet procedurele vraag, zodat de regeling op dit gebied aan de lidstaten is overgelaten. De cautie vervult de functie van vergoeding voor de partij jegens wie geweigerd wordt een overeenkomst te sluiten. Een andere functie van de cautie is vermijden dat onserieuze inschrijvingen worden ingediend. De opdrachtgever is in beginsel verplicht een cautie te verlangen. Daarvan kan hij enkel in gevallen bij de wet bepaald afzien.
- 42 De verlenging van de cautie is geregeld in artikel 85, lid 4, artikel 184 en artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp. Overeenkomstig artikel 85, lid 4, van de Ustawa Pzp moet de verlenging van de gestanddoeningstermijn gepaard gaan met een gelijktijdige verlenging van de geldigheid van de cautie of met een nieuwe cautie voor de verlengde gestanddoeningstermijn. Na de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving geldt deze verplichting enkel voor de ondernemer wiens inschrijving is gekozen (aan de overige ondernemers moet de opdrachtgever de cautie restitueren, dus is er geen behoefte of mogelijkheid ze te verlengen). Zoals volgt uit artikel 46 van de Ustawa Pzp moet de opdrachtgever de cautie na de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving of de nietigverklaring van de procedure restitueren aan alle ondernemers, met uitzondering van de ondernemer wiens inschrijving is gekozen als economisch meest voordelige. Deze ontvangt zijn cautie na sluiting van de overeenkomst tot uitvoering van de overheidsopdracht en stellen van zekerheid voor de behoorlijke uitvoering daarvan, indien zulks vereist is.
- 43 Met de verlenging van de cautie gaan vaak aanzienlijke kosten voor de deelname aan de aanbestedingsprocedure gepaard. Als de gestanddoeningstermijn en de cautie meermaals worden verlengd, is het ook mogelijk dat de ondernemers de volgende termijn uit het oog verliezen en de cautie of de gestanddoeningstermijn vergeten te verlengen.
- 44 Sommigen bepleiten het standpunt dat een inschrijving ononderbroken voor de gehele gestanddoeningstermijn moet worden zekergestellt door een cautie, en zelfs na verstrijken van de gestanddoeningstermijn tot aan het sluiten van de overeenkomst. Een onderbreking van de cautie of ontbreken ervan wordt dan beschouwd als een belemmering voor het sluiten van de overeenkomst met de betreffende ondernemer. In het stadium „na de keuze van de economisch meest

voordelige inschrijving” heeft dat standpunt enkel betrekking op de inschrijving die als economisch meest voordelig wordt beschouwd. De overige ondernemers geven enkel opnieuw een cautie binnen de door de opdrachtgever opgegeven termijn indien hun inschrijvingen als gevolg van een wijziging van het besluit omtrent de keuze van de economisch meest voordelige inschrijving gekozen is als economisch meest voordelige (artikel 46, lid 3). Een vergelijkbare situatie doet zich voor in de in artikel 94, lid 3, van de Ustawa Pzp omschreven omstandigheden (keuze van de volgende inschrijving) en in situaties waarin beroep niet openstaat (artikel 181 Ustawa Pzp).

- 45 Door het instellen van beroep wordt de gestanddoeningstermijn van rechtswege geschorst tot aan de uitspraak door de KIO (artikel 182, lid 6, van de Ustawa Pzp), maar deze regeling heeft geen betrekking op de geldigheidsduur van de cautie, zodat deze moet worden verlengd (artikel 184 van de Ustawa Pzp).
- 46 De regeling dat een inschrijving – althans de gekozen inschrijving – zeker moet worden gesteld door een cautie vanaf het moment van indiening tot aan het sluiten van de overeenkomst, staat in beginsel niet ter discussie. Bij een teleologische uitlegging bedraagt de termijn die de wetgever heeft gesteld voor de afronding van de procedure 30, 60 of 90 dagen (afhankelijk van de waarde van de opdracht – artikel 85, lid 1, van de Ustawa Pzp), die eventueel op verzoek van de opdrachtgever met nog eens 60 dagen kan worden verlengd (artikel 85, lid 2, van de Ustawa Pzp). Ongetwijfeld is dat de reden waarom de opdrachtgever niet nogmaals om verlenging van de gestanddoeningstermijn kan verzoeken (en een ondernemer daarom in geval van weigering krachtens artikel 24, lid 2, punt 2, van de Ustawa Pzp van de procedure uitsluiten). Het standpunt lijkt dus gegrond dat de wetgever is uitgegaan van een afronding van de procedure binnen 90-150 dagen, dus de overeenkomst zou binnen 150 dagen gesloten moeten worden. Een dergelijk tijdvak voor de zekerstelling van de inschrijving door middel van een cautie lijkt dan ook redelijk.
- 47 In de praktijk duren sommige procedures echter zeer lang en moeten de ondernemers meermaals de gestanddoeningstermijn en de cautie verlengen. Een voorbeeld daarvan is de onderhavige procedure, waarin de termijn voor het indienen van inschrijvingen op 11 september 2015 is verstreken, maar nog steeds geen overeenkomst is gesloten. Daardoor hebben de ondernemers, en met name de gekozen ondernemer, hun cautie meermaals moeten verlengen en dus relatief hoge kosten moeten dragen. Wat meer is, de gekozen ondernemer is gehouden zijn cautie nog eens te verlengen voor de duur van de procedure voor het Hof en daarna de KIO – zo niet, wordt hij uitgesloten van de procedure (de overige ondernemers niet, aangezien de opdrachtgever hun cautie heeft gerestitueerd). Dat betekent dat deze ondernemer cautie geeft gedurende ten minste 3 jaar op straffe van verlies van de mogelijkheid om de opdracht te krijgen.
- 48 Een verplichting de cautie langer dan een jaar te handhaven lijkt de rechtsprekende formatie al buitensporig in verhouding tot het doel van de cautie.

Na deze periode verdienen de ondernemers waardering alleen al vanwege hun vasthoudendheid om de overeenkomst met de opdrachtgever te sluiten. De vordering jegens de ondernemers om de opdrachtgever bij een eventuele weigering de overeenkomst te sluiten ook een vergoeding te betalen, lijkt daarentegen buitensporig.

- 49 De bovengenoemde feitelijke omstandigheden wekken twijfel of de regeling van artikel 46, lid 1a, van de Ustawa Pzp, volgens welke het tijdstip van sluiting van de overeenkomst bepalend is voor het einde van de verplichting de inschrijving door een cautie te garanderen, in het geval van een buitensporig lange procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht evenredig is. Dat probleem betreft ook de regeling van artikel 46, lid 1, van de Ustawa Pzp, zij het in geringere mate.