



Datum van inontvangstneming : 23/07/2015

Zaak C-298/15**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:**

18 juni 2015

Verwijzende rechter:

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litouwen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 juni 2015

Verzoekende partij:

UAB „Borta”

Verwerende partij:

VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Cassatieberoep in een civiele procedure tussen „Borta” UAB (uždaroji akcinė bendrovė; vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) (hierna: „verzoekster”) en het staatsbedrijf (Valstybės įmonė) Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcijai (Klaipėda Nationale Zeehavenautoriteit, hierna: „verweerster” of „aanbestedende dienst”) betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de door laatstgenoemde genomen beslissingen.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1) (hierna: richtlijn „2004/17”).

Rechtsgrondslag: artikel 267, derde alinea, VWEU.

Prejudiciële vragen

1. Moeten de artikelen 37, 38, 53 en 54 van richtlijn 2004/17 samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot de voornoemde bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:

- a) zij in de weg staan aan een nationale regel krachtens welke, in het geval onderaannemers worden uitgenodigd bij de uitvoering van werken, het hoofdgedeelte van het werk dat als zodanig is aangewezen door de aanbestedende dienst, door de leverancier moet worden uitgevoerd?
- b) zij in de weg staan aan een regeling die in de aanbestedingsstukken is vastgesteld met betrekking tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers, zoals die welke door de aanbestedende dienst in het betwiste bestek is vastgesteld, die vereist dat het gedeelte dat de beroepsbekwaamheid van de betreffende entiteit (een combinantlid) vertegenwoordigt, moet overeenkomen met het specifieke gedeelte van het werk dat hij daadwerkelijk op grond van de overheidsopdracht zal uitvoeren?

2. Moeten de artikelen 10, 46 en 47 van richtlijn 2004/17 samen of afzonderlijk (maar zonder beperking tot deze bepalingen) aldus worden begrepen en uitgelegd dat:

- a) het beginsel van gelijke behandeling van leveranciers en het transparantiebeginsel niet worden geschonden in het geval de aanbestedende dienst:
 - in eerste instantie in de aanbestedingsstukken voorziet in een algemene mogelijkheid tot het combineren van de beroepsbekwaamheid van leveranciers, maar niet formuleert hoe aan deze mogelijkheid uitvoering moet worden gegeven;
 - vervolgens in de loop van de aanbestedingsprocedure de vereisten op grond waarvan de kwalificaties van leveranciers wordt beoordeeld nader formuleert door bepaalde beperkingen op te leggen met betrekking tot het combineren van de beroepsbekwaamheden van leveranciers;
 - vanwege deze nadere bepaling van de inhoud van de aan de kwalificaties gestelde vereisten, de uiterste termijn voor het indienen van inschrijvingen verlengt en deze verlenging aankondigt in het Publicatieblad?
- b) een beperking die wordt gesteld aan het combineren van de beroepsbekwaamheden van leveranciers niet duidelijk op voorhand

behoeft te worden aangegeven indien een dergelijke beperking op grond van de bijzondere aard van de activiteiten van de aanbestedende dienst en de bijzondere kenmerken van de overheidsopdracht voorspelbaar en te rechtvaardigen is?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

De artikelen 10, 37, 38, 46, 47, 53 en 54 van richtlijn 2004/17.

Verordening (EU) nr. 1336/2013 van de Commissie van 13 december 2013 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PB L 335 van 14.12.2013, blz. 1) („verordening nr. 1366/2013”).

Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134 van 30.4.2004, blz. 114) („richtlijn 2004/18”).

Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209 van 24.7.1992, blz. 1) („richtlijn 92/50”).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikelen 2, lid 9, 24, lid 5, 27, lid 4 en 32, lid 9 van de wet van de Republiek Litouwen betreffende overheidsopdrachten (Lietuvos Respublikos Viešųjų pirkimų įstatymas (hierna: „VPI”).

Artikel 353 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van de Republiek Litouwen (Lietuvos Respublikos Civilinio proceso kodeksas (hierna: „CPK”).

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Op 2 april 2014 heeft het staatsbedrijf Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija (Klaipėda Nationale Zeehavenautoriteit) een openbare aanbesteding aangekondigd voor het bouwwerk inzake het „Herstel van de kades nr. 67 en nr. 68. Fase 1” (hierna: „openbare aanbesteding”).
- 2 In paragraaf 3.2.1 van het bestek heeft de aanbestedende dienst de volgende kwalificatie-eis gesteld aan de beroepsbekwaamheid van leveranciers: „De gemiddelde jaaromzet door werk dat verband houdt met het hoofdgedeelte van de bouw- en installatiewerken (de bouw- of herstelwerkzaamheden van zeekades) over de afgelopen vijf jaar of over de periode sinds de inschrijving van de

leverancier (in het geval de leverancier minder dan vijf jaar actief is) bedraagt ten minste 5 000 000 LTL (1 448 100,09 EUR) ex btw.”

- 3 De oorspronkelijke versie van punt 4.3 van het bestek luidde als volgt: „In het geval de inschrijving wordt ingediend door leveranciers die voor de uitoefening van hun werkzaamheden een combinatieovereenkomst hebben gesloten, dient aan de vereisten van de punten 3.2.1 en 3.2.3 van dit bestek te worden voldaan door ten minste een deelnemer aan de combinatie of door alle deelnemers die hun activiteiten uitoefenen in het kader van de aangegane combinatieovereenkomst gezamenlijk. [...] De aanbestedende dienst verklaart krachtens artikel 24, lid 5, van de wet van de Republiek Litouwen betreffende overheidsopdrachten, dat het hoofdgedeelte van het werk bestaat uit voorwerp 1.2.8 in de afdeling Bouw van het quantabestek en dat dit werk derhalve moet worden uitgevoerd door de leverancier zelf”. In punt 4.2.3 van het bestek werd bepaald: „De verplichtingen in verband met de uitvoering van de opdracht die worden aangegaan door de deelnemers die hun activiteiten uitoefenen krachtens een combinatieovereenkomst, moeten worden gespecificeerd, waarbij de verplichtingen in een percentage worden aangeduid. Daarbij moet worden verklaard dat de verdeling van de hoeveelheid diensten enkel de deelnemers bindt en geen verplichtingen meebrengt voor de klant (de aanbestedende dienst)”.
- 4 Op 24 april 2014 heeft verweerster, uit eigen beweging en krachtens punt 7.2 van dit bestek, punt 4.3 van het bestek nader uitgewerkt.
- 5 Op 3 mei 2014 heeft verzoekster bij de aanbestedende dienst bezwaar ingediend tegen de meer gedetailleerde herformulering in punt 4.3 van het bestek. Bij beslissing van 9 mei 2014 heeft verweerster het bezwaar deels ingewilligd en die bepaling van het bestek voor een tweede maal nader uitgewerkt in de volgende bewoordingen: „In het geval de inschrijving wordt ingediend door leveranciers die voor de uitoefening van hun werkzaamheden een combinatieovereenkomst hebben gesloten, moet aan de vereisten van de punten 3.2.1 en 3.2.3 van dit bestek worden voldaan door ten minste een deelnemer aan de combinatie of door alle deelnemers die hun activiteiten uitoefenen in het kader van de aangegane combinatieovereenkomst gezamenlijk. De bijdrage van een deelnemer (hoeveelheid voltooid werk) ingevolge de combinatieovereenkomst moet evenredig zijn aan zijn bijdrage aan de nakoming van het vereiste krachtens punt 3.2.1 van dit bestek en aan de hoeveelheid werk die hij daadwerkelijk zal uitvoeren in het geval de inschrijving wordt aanvaard (uitvoering van de opdracht). [...]. Ingevolge artikel 24, lid 5 van de wet van de Republiek Litouwen betreffende overheidsopdrachten, verklaart de aanbestedende dienst dat het hoofdgedeelte van het werk bestaat uit voorwerp 1.2.8 van de afdeling Bouw van het quantabestek en dat dit werk derhalve moet worden uitgevoerd door de leverancier zelf” (hierna: „litigieuze bepaling van het bestek”). Daarenboven heeft verweerster, uit eigen beweging, punt 4.2.3 van het bestek opnieuw geformuleerd en verklaard „dat de verplichtingen in verband met de uitvoering van de opdracht die worden aangegaan door de deelnemers die hun activiteiten uitoefenen in het

kader van een combinatieovereenkomst, moeten worden gespecificeerd (onder vermelding van specifieke werken of diensten), waarbij de verplichtingen in een percentage worden aangeduid”.

- 6 Verzoekster was het met de litigieuze bepaling van het bestek (dat wil zeggen met de meer gedetailleerde herformulering in punt 4.3 van het bestek) oneens en heeft om die reden op 19 mei 2014 bezwaar ingediend, dat op 26 mei 2014 werd afgewezen. Verzoekster heeft vervolgens beroep ingesteld bij de rechtbank van Klaipėda (Klaipėdos apygardos teismas) waarin zij de rechtbank verzocht de (tweede) herformulering van punt 4.3 van het bestek en de beslissing tot afwijzing van haar bezwaar nietig te verklaren en verweerster te verwijzen in de kosten.
- 7 Het beroep van verzoekster werd bij vonnis van 18 augustus 2014 van de rechtbank Klaipėda en bij arrest van 13 november 2014 van het Gerechtshof van Litouwen verworpen.
- 8 De rechters in eerste en tweede aanleg oordeelden dat de litigieuze bepaling van het bestek geldig was en de mededinging onder leveranciers niet beperkte, terwijl de nader uitgewerkte versies van punt 4.3 van het bestek, die niet moesten worden beschouwd als een wijziging van dit bestek, waren toegestaan op grond van artikel 27, lid 4 VPI; de handelingen van verweerster (het vaststellen van de litigieuze bepaling van het bestek) waren gerechtvaardigd door de specifieke aard van het onderwerp van de overeenkomst en de betekenis ervan voor het algemeen belang; de gezamenlijke en verschillende aansprakelijkheden van de deelnemers aan de combinatie ten aanzien van de aanbestedende dienst vormden op zich geen garantie voor het welslagen van de uitvoering van de overheidsopdracht; verzoekster betwistte de overige bepalingen met betrekking tot de litigieuze bepaling van het bestek niet (bestek, punten 3.2.1 en 4.2.3); en verzoekster had de duurste offerte ingediend, hetgeen tot gevolg had dat zij de opdracht in ieder geval niet had gekregen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 9 Het Hooggerechtshof van Litouwen (Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hierna: „Hooggerechtshof”) kan in cassatieberoepen die betrekking hebben op een rechtsvraag die verband houdt met de bescherming van het algemeen belang, en in het geval zich een algemene behoefte voordoet, een geding tussen partijen afdoen door niet alleen uitlegging te geven aan en toepassing te maken van het recht dat betrekking heeft op de feiten die zijn uiteengezet in de processtukken, maar tevens in het licht van andere argumenten. Dit wil zeggen dat het in dergelijke gevallen bevoegd is buiten de omvang van het cassatieberoep te treden (artikel 353, lid 2, CPK). In het onderhavige geval doet zich een dergelijke situatie voor.

Bevoegdheid van het Hof van Justitie om in de onderhavige zaak een prejudiciële beslissing te geven

- 10 Het Hooggerechtshof merkt op dat de oproep tot inschrijving verband houdt met werken (het bouwen van kades, code 45241100 in de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV)), die onder richtlijn 2004/17 vallen.
- 11 Richtlijn 2004/17, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1336/2013, is op grond van artikel 16 ervan, van toepassing op opdrachten waarvan de waarde gelijk is aan of hoger dan 5 186 000 EUR (17 906 220,8 LTL). De offerte van de uitgekozen inschrijver had een waarde van 10 939 998,43 LTL (3 168 422,55 EUR), terwijl de duurste offerte was ingediend door verzoekster, die de opdracht wilde uitvoeren voor 16 440 368,14 LTL (4 761 459,72 EUR).
- 12 Het lijkt aldus dat de overeenkomst tot gunning van de overheidsopdracht die is gesloten door verweerster en de uitgekozen inschrijver buiten het toepassingsgebied van richtlijn 2004/17 en de overeenkomstige bepalingen van de VPI valt. Het Hooggerechtshof denkt niettemin dat het Hof van Justitie bevoegd is tot het geven van een prejudiciële beslissing om de volgende redenen:

Ten eerste is het in het licht van de inschrijvingen die in de aanbestedingsprocedure zijn ontvangen, onduidelijk of verweerster de geschatte waarde van de opdracht onjuist heeft berekend, of dat de marktwaarde van de uit te voeren werken simpelweg was gewijzigd;

Ten tweede, zelfs als wordt vastgesteld dat de waarde van de hierop gebaseerde opdracht de drempelwaarde van de internationale aanbestedingsprocedures niet overschrijdt, wekte de oproep tot inschrijving ontegenzeggelijk internationale belangstelling (zie op dit punt bijvoorbeeld arrest van het Hof van Justitie van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, EU:C:2012:817). Dit standpunt vindt steun in het feit dat in de onderhavige zaak twee buitenlandse ondernemingen inschrijvingen hadden ingediend en een van hen de opdracht heeft gekregen;

Ten derde heeft verweerster krachtens punt 1.8 van het bestek de oproep tot inschrijving¹ en de wijzigingen van het bestek^{2,3} bekendgemaakt in het Publicatieblad [van de EU] en derhalve in duidelijke bewoordingen blijk gegeven van haar bedoeling de oproep tot inschrijving te behandelen als een procedure met een internationale waarde;

Ten vierde blijkt deze bedoeling van verweerster ook uit de verwijzing naar wetgeving in punt 1.2 van het bestek;

¹ – <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:163681-2014:TEXT:LT:HTML&src=0>

² – <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:117458-2014:TEXT:LT:HTML&src=0>

³ – <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:163681-2014:TEXT:LT:HTML&src=0>

Ten vijfde leidt de wijze van omzetting in de VPI van de verschillende bepalingen uit richtlijn 2004/17 in verband waarmee het Hof hierbij om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, *a fortiori* de bepalingen betreffende het recht van leveranciers zich te beroepen op de bekwaamheden van andere ondernemers, tot de conclusie dat de methode die de Litouwse wetgever heeft gebruikt om de bepalingen van de richtlijn op te nemen in het [nationale] recht, het toepassingsgebied van bepaalde normen (concepten, regels enz.) heeft vergroot, en dit heeft aangepast aan de regeling voor eenvoudige overheidsopdrachten (dat wil zeggen diegene die onder de internationale drempelwaarde liggen), hetzij door in uitdrukkelijke bewoordingen soortgelijke bepalingen vast te stellen, hetzij door te verwijzen naar de bepalingen in de VPI betreffende internationale aanbestedingen.

- 13 In dit verband verwijst het Hooggerechtshof ter vaststelling van de bevoegdheid van het Hof van Justitie naar het arrest van het Hof van Justitie van 16 maart 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, ECLI:EU:C:2006:176, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Rechtmatigheid van artikel 24, lid 5, VPI in het licht van het bepaalde in richtlijn 2004/17

- 14 Zoals eerder vermeld, stelt de aanbestedende dienst op grond van artikel 24, lid 5, van de wet van de Republiek Litouwen betreffende overheidsopdrachten, in de litigieuze bepaling van het bestek dat de hoofdopdracht bestaat uit voorwerp 1.2.8 (dit beschrijft een stadium in de bouwwerkzaamheden: de bouw van een stalen wand met damwandprofiel die wordt ondersteund door steunbalken, staven enz.) uit de afdeling Bouw van het quantabestek en dat het werk derhalve moet worden uitgevoerd door de leverancier zelf.
- 15 In dit geval betwijfelt het Hooggerechtshof ambtshalve of artikel 24, lid 5, VPI rechtmatig is in het licht van het bepaalde in richtlijn 2004/17.
- 16 Artikel 2, lid 29, VPI, definieert een leverancier (leverancier van goederen, dienstverrichter, aannemer) in algemene bewoordingen als een ondernemer, die een natuurlijke persoon, een privaatrechtelijke rechtspersoon, een publiekrechtelijke rechtspersoon, andere entiteiten of onderdelen daarvan, dan wel een groep van dergelijke personen kan zijn, die goederen, diensten of werken levert, of kan leveren. Volgens artikel 32, lid 3, VPI kan een leverancier indien nodig onder bepaalde omstandigheden van inschrijving, een beroep doen op de bekwaamheden van andere ondernemers, ongeacht de juridische aard van de band met die derden, in welk geval de leverancier aan de aanbestedende dienst moet aantonen dat hij bij de uitvoering van de opdracht daadwerkelijk over deze middelen kan beschikken; onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de bekwaamheden van de deelnemers aan de groep of op die van andere ondernemers.

- 17 Artikel 24, lid 5, VPI, bepaalt dat de aanbestedingsstukken de kandidaat of inschrijver kunnen verplichten in zijn inschrijving specifiek aan te geven welke onderaannemers, onderleveranciers of onderdienstverrichters hij voor werken, goederen of diensten voorstelt en welk deel van de opdracht de kandidaat of de inschrijver voornemens is aan hen in onderaanneming te geven; indien onderaannemers worden uitgenodigd om een opdracht voor werken uit te voeren, moet het hoofdgedeelte van het werk dat als zodanig is aangegeven door de aanbestedende dienst, worden uitgevoerd door de leverancier; dit vereiste laat de aansprakelijkheid van de hoofdleverancier voor de uitvoering van de te gunnen opdracht onverlet.
- 18 Er zij opgemerkt dat artikel 24, lid 5, VPI van toepassing is op alle aanbestedingen die op basis van de VPI worden uitgevoerd.
- 19 Met betrekking tot de verhouding tussen de artikelen 24, lid 5, en 32, lid 3, VPI, stelt het Hooggerechtshof ook dat de eerste bepaling een *lex specialis* vormt ten opzichte van de tweede bepaling, dat wil zeggen dat, ofschoon artikel 32, lid 3, een (enkele of een groep) leverancier toestaat een beroep te doen op de bekwaamheden van andere ondernemers, ongeacht de juridische aard van de band tussen hen, waardoor het dus mogelijk wordt in te schrijven op basis van onder andere de juridische band van onderaanneming, artikel 24, lid 5, VPI de aanbestedende dienst niettemin toestaat (het recht geeft) te bepalen dat onderaanneming niet is toegestaan met betrekking tot een bepaald werk, dat in de aanbestedingsstukken „hoofdgedeelte van het werk” wordt genoemd.
- 20 Er zij opgemerkt dat thans, op verzoek van het Hooggerechtshof van Litouwen, de zaak *Ostas celtnieks* (C-234/14) bij het Hof van Justitie aanhangig is, waarin een onderwerp aan de orde is dat enigszins lijkt op het onderwerp dat thans bij het Litouwse Hooggerechtshof voorligt. De vraag is of, ter beperking van het risico dat de opdracht niet wordt uitgevoerd, in het bestek mag worden voorgeschreven dat bij gunning van de opdracht aan een inschrijver die zich beroept op de bekwaamheid van andere ondernemingen, de inschrijver vóór de gunning van de opdracht met die ondernemingen een samenwerkingsovereenkomst moet afsluiten, dan wel met hen een gezamenlijke vennootschap moet oprichten. Het Hof van Justitie moet nog uitspraak doen over de rechtmatigheid van deze bijzondere praktijk.
- 21 Er zij aan herinnerd dat ten aanzien van het bewijs voor de daadwerkelijke beroepsbekwaamheid van de leveranciers in het onderhavige geval, artikel 32, lid 3, VPI, in overeenstemming is met artikel 54, lid 6, van richtlijn 2004/17, alsook met het vrijwel gelijkkluidende artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18. Deze tweede bepaling is aan de orde geweest in de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, dat iedere algemene beperking van het beroep dat de leverancier doet op de bekwaamheid van andere ondernemers, met inbegrip van onderaannemers, afkeurt, behoudens individuele, duidelijk bepaalde en gerechtvaardigde situaties, waarin een dergelijke beperking evenredig is en verband houdt met het onderwerp

van de aanbestedingsovereenkomst (zie arrest Hof van Justitie van 10 oktober, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 22 Bovendien heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan over de mogelijkheid tot beperking van onderaanneming ten aanzien van het hoofdgedeelte van het werk in zijn arrest van 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telecom, C-314/01, EU:C:2004:159. Het Hof oordeelde in dat arrest dat een dergelijke beperking onrechtmatig was. Anderzijds kwam het Hof tot deze conclusie door de uitlegging van de relevante bepalingen van richtlijn 92/50, die betrekking hebben op technische bekwaamheid en economische draagkracht, in plaats van op beroepsbekwaamheden die in het onderhavige geval aan de orde zijn.
- 23 Het Hooggerechtshof denkt niet dat het bepaalde in richtlijn 2004/17 in uitdrukkelijke bewoordingen voorziet in enige beperking als die welke wordt opgelegd bij artikel 24, lid 5, VPI. Uit overweging 43 van de richtlijn komt juist duidelijk naar voren dat onderaanneming de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot overheidsopdrachten verzekert. Artikel 37 betreffende onderaanneming vereist enkel dat onderaannemers worden aangegeven, maar stelt geen beperkingen in algemene zin aan het beroep hierop.
- 24 Er zij opgemerkt dat de Litouwse wetgever niet duidelijk heeft aangegeven of hij een bepaling van richtlijn 2004/17 (of van richtlijn 2004/18 of van enige andere handeling of ontwerphandeling) heeft gebruikt en zo ja, welke, als basis bij het formuleren van artikel 24, lid 5, van de VPI. Uit de voorbereidende werkzaamheden betreffende de wijzigingswet van de VPI komt naar voren dat de wetgever met artikel 24, lid 5, beoogde een einde te maken aan de bestaande praktijk waarin de inschrijver aan wie een overheidsopdracht was gegund (de hoofdaannemer), onderaannemers verzoekt het grootste deel van het aangenomen werk uit te voeren. De wetgever beschouwde dit als misbruik door de leveranciers. De voorgestelde wijzigingen moesten de uitvoering van aanneming verbeteren, door een hoge kwaliteit en de passendheid van de uitgevoerde werken en de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen tot aanbestedingsprocedure op basis van combinatievorming te verzekeren.
- 25 Met betrekking tot de hierboven vermelde bepalingen van de VPI die relevant zijn voor het onderhavige geding en de toepassing ervan in het bestek, moet worden vastgesteld dat de aanbestedende autoriteit ten aanzien van een deel van de bouwwerkzaamheden beperkingen heeft gesteld aan onderaanneming, dat wil zeggen aan de mogelijkheid voor leveranciers of groepen van leveranciers om een beroep te doen op bekwaamheid van externe ondernemers (onderaannemers), die niet rechtstreeks verantwoording hoeven af te leggen aan de aanbestedende dienst. Deze beperking die de aanbestedende autoriteit in het bestek heeft gesteld, is gebaseerd op een nationale bepaling, en het Hooggerechtshof is zelf, zonder bijstand van het Hof van Justitie, niet in staat definitief uit te maken of deze

bepaling in overeenstemming is met de relevante bepalingen van richtlijn 2004/17.

Rechtmatigheid van de litigieuze bepaling van het bestek

- 26 Het Hooggerechtshof staat op het standpunt dat verweerster met de litigieuze bepaling van het bestek hoofdzakelijk de regel heeft geformuleerd dat het wezenlijke aandeel in de gecombineerde bekwaamheden van combinantleden (dat wil zeggen, geen onderaannemers), die volgens punt 3.2.1 van het bestek moeten worden aangetoond, evenredig moet zijn aan het gedeelte van het werk dat ingevolge de overheidsopdracht moet worden uitgevoerd.
- 27 De litigieuze bepaling van het bestek stelt een beperking aan onderaanneming. Dit vloeit echter niet enkel voort uit de toepassing van artikel 24, lid 5, VPI, maar ook uit de toepassing van de regels inzake de bundeling van bekwaamheden op de ondernemers, dat wil zeggen dat volgens de bepaling enkel de bekwaamheden van de combinantleden kunnen worden gecombineerd, maar niet die van onderaannemers. Het Hooggerechtshof staat op het standpunt dat de bovengenoemde beperking van onderaanneming die is neergelegd in de litigieuze bepaling van het bestek, niet alleen mogelijk onrechtmatig is, maar evenmin de aanbestedende dienst in staat stelt zich te vergewissen van de beroepsbekwaamheden van onderaannemers.
- 28 Het is duidelijk dat de aanbestedende dienst het combineren van bekwaamheden van leveranciers deels heeft beperkt door de opname van de litigieuze bepaling in het bestek, aangezien die leveranciers gezamenlijk moeten aantonen over de vereiste kwalificaties te beschikken. In de context van het combineren (samenvoegen) van beroepsbekwaamheden, moet worden vermeld dat in de rechtspraak van het Litouwse Hooggerechtshof in wezen geen aanknopingspunten zijn te vinden voor de beslechting van dit geding tussen partijen. In het eerder genoemde arrest *Swm Costruzioni 2* en *Mannocchi Luigino*, verklaarde het Hof van Justitie dat richtlijn 2004/18, onder bepaalde voorwaarden, toestaat dat de bekwaamheden van meerdere ondernemers wordt gecumuleerd teneinde te voldoen aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde minimum capaciteitseisen (punten 33 en 35 van het arrest).
- 29 Volgens het Hooggerechtshof geven deze verduidelijkingen van het Hof van Justitie geen definitief antwoord op de vraag of de litigieuze bepaling van het bestek rechtmatig dan wel onrechtmatig is, en wel om de volgende redenen. Deze verduidelijkingen hebben betrekking op bepalingen van richtlijn 2004/18 en geven niet precies aan in welke uitzonderlijke gevallen de aanbestedende diensten rechtmatig beperkingen mogen stellen aan het combineren van de bekwaamheden van leveranciers (in de loop van de procedure heeft verweerster steeds belangrijke redenen aangevoerd in verband met het voorkomen van mogelijk misbruik door leveranciers). Bovendien verbiedt of beperkt de litigieuze bepaling van het bestek in beginsel niet dat bekwaamheden van leveranciers op grond van het aantal

ondernemers worden gecombineerd – de beperking is eerder vastgesteld ten aanzien van de bijdrage (het uit te voeren aandeel van het werk) die ieder deelnemer aan de uitvoering van de opdracht moet leveren.

Nadere omschrijving of mogelijke wijziging van punt 4.3 van het bestek

- 30 In het onderhavige geval betwist verzoekster in cassatie niet enkel de inhoud van de litigieuze bepaling van het bestek, maar ook het feit dat verweerster de uiteindelijke formulering (omschrijving) van de vereisten aan de bekwaamheid niet heeft uiteengezet in de oorspronkelijke versie van punt 4.3 van het bestek, maar in de derde versie ervan. Verzoekster twijfelt met andere woorden aan de rechtmatigheid van de tweede nadere omschrijving/wijziging van dit bestek.
- 31 In deze context zij allereerst gewezen op het feit dat, ofschoon de algemene bepaling in artikel 27, lid 4, VPI, dat de aanbestedende dienst uit eigen beweging op enig moment voor de uiterste termijn voor het indienen van inschrijvingen de aanbestedingsstukken mag verduidelijken (nader omschrijven) niet is gebaseerd op enige specifieke bepaling van richtlijn 2004/17, de artikelen 46 en 47 van die richtlijn een regeling bevatten voor het verstrekken van nadere inlichtingen die ten eerste verband houden met het bestek en ten tweede hoofdzakelijk worden verstrekt op verzoek van de leveranciers in plaats van op initiatief van de aanbestedende dienst, hetgeen volgens het Hooggerechtshof lijkt te suggereren dat deze nationale regel (artikel 27, lid 4, VPI) niet noodzakelijkerwijze strijdig is met enige bepaling van richtlijn 2004/17.
- 32 Niettemin kan het feit dat het inderdaad onduidelijk is in welke mate en met welke vrijheid het gepubliceerde bestek rechtmatig nader kan worden omschreven of verduidelijkt, voor de aanbestedende diensten juridisch en praktisch een probleem vormen bij toepassing van artikel 27, lid 4, VPI. In dit verband lopen de standpunten van partijen in de procedure ook uiteen.
- 33 In dit verband moet worden opgemerkt dat de rechtspraak van het Hooggerechtshof dat de stukken van een gepubliceerde aanbestedingsprocedure niet zodanig mogen worden uitgelegd of nader omschreven dat de essentie van het bestek wordt gewijzigd, aansluit bij de rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest van het Hof van Justitie van 10 mei 2012, Commissie/Nederland, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284).
- 34 Dienaangaande zij er tevens op gewezen dat het in Litouwen op het gebied van rechtsverhoudingen in het kader van overheidsopdrachten in wezen steeds vaker gebeurt dat wanneer de aanbestedende diensten artikel 27, lid 4, VPI toepassen en sommige bepalingen van de inschrijvingsprocedure nader omschrijven (verduidelijken), zij (net als in het onderhavige geding) de uiterste termijn voor het indienen van offertes uitstellen, zodat leveranciers zich aan de veranderde situatie kunnen aanpassen.