



Datum van inontvangstneming : 17/03/2015

Zaak C-46/15

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:

5 februari 2015

Verwijzende rechter:

Tribunal Central Administrativo Sul (Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

29 januari 2015

Appellante:

Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica, Lda. (Ambisig)

Geïntimeerde:

AICP – Associação de Industriais do Concelho de Pombal

Voorwerp van het hoofdgeding

Niet-openbare aanbesteding – Bepaling in het door geïntimeerde opgestelde bestek volgens welke het voldoen aan de selectie-eisen moet worden aangetoond door overlegging van een aantal verklaringen op papier dat is voorzien van een briefhoofd en een gelegaliseerde handtekening – Op de aanbesteding betrekking hebbend hoger beroep bij de bestuursrechter – Vordering tot vernietiging van geïntimeerdes besluit waarbij appellante van deelname aan de aanbestedingsprocedure is uitgesloten omdat zij niet alle krachtens die bepaling vereiste verklaringen heeft overgelegd of ze zonder gelegaliseerde handtekening heeft overgelegd

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Verenigbaarheid van de litigieuze bepalingen van het bestek met artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de

procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114) – Rechtstreekse werking van dat artikel van richtlijn 2004/18 – Artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1. – Is in het licht van het feit dat het Portugese recht het bepaalde in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 niet regelt, die bepaling rechtstreeks toepasselijk in de Portugese rechtsorde, zodat particulieren daaraan een recht ontlenen dat zij kunnen invoeren tegenover aanbestedende diensten?

2. – Moet het bepaalde in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18/EG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van door de aanbestedende dienst opgestelde bepalingen op grond waarvan een ondernemer diensten niet mag aantonen door een door hem ondertekende verklaring, tenzij hij bewijst dat het voor hem onmogelijk of zeer moeilijk is om een verklaring te verkrijgen van de particuliere afnemer?

3. – Moet het bepaalde in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18/EG aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen de toepassing van door de aanbestedende dienst opgestelde bepalingen op grond waarvan de verklaring van de particuliere afnemer op straffe van uitsluiting van deelname moet zijn voorzien van een door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie gelegaliseerde handtekening?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114)

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 165, leden 1 en 5, van het Código dos Contratos Públicos (wetboek overheidsopdrachten; hierna: „CCP”), goedgekeurd bij wetsdecreet 18/2008 van 29 januari 2008

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 Op 23 april 2013 besloot geïntimeerde directie een niet-openbare aanbesteding te organiseren voor de „Implementatie van systemen voor milieumanagement,

kwaliteit en een technologieplatform” en werd ook de bijbehorende documentatie goedgekeurd.

- 2 Op 30 augustus 2013 keurde geïntimeerde directie het door de jury opgestelde eindrapport van de selectiefase goed. Daarin werd de gegadigde onderneming ÍNDICE ICT & MANAGEMENT, LDA. geselecteerd en werden de andere twee gegadigden uitgesloten van deelname.
- 3 Bij uitspraak van 14 november 2013, gewezen in zaak nr. 1231/13.9 BELRA, werd het besluit van 30 augustus 2013 vernietigd en werd geïntimeerde in wezen gelast om binnen een termijn van 20 dagen een nieuw besluit omtrent de te hanteren procedure te nemen en een nieuw bestek op te stellen.
- 4 Op 10 december 2013 besloot geïntimeerde directie een nieuwe niet-openbare aanbesteding te organiseren voor het sluiten van de overeenkomst van opdracht *Implementatie van systemen voor milieumanagement, kwaliteit en een technologieplatform in dertien bedrijven*, keurde zij de bijbehorende documentatie goed en bepaalde zij de prijs voor het beschikbaar stellen van de documentatie op 1 000 EUR.
- 5 Bepaling 8, lid 1, onder a), b) en c), van het bestek luidt als volgt:

„1. Gegadigden moeten voldoen aan de volgende minimumeisen inzake technische bekwaamheid:

- a) ervaring met de uitvoering van minimaal vier projecten met betrekking tot milieumanagementsystemen volgens norm NP EN ISO 14001 (en de bijbehorende certificatie) en drie projecten met betrekking tot kwaliteitsmanagementsystemen volgens norm NP EN ISO 9001 (om hieraan te voldoen worden ook integrale managementsystemen geaccepteerd);
 - b) certificatie volgens norm NP EN ISO 9001:2008 voor de implementatie van milieumanagementsystemen, de implementatie van kwaliteitsmanagementsystemen, de ontwikkeling van software en opleiding;
 - c) ervaring met de uitvoering van drie projecten waarbij ten minste tien ondernemingen betrokken waren, sprake was van het opzetten van gezamenlijke activiteiten en interactie tussen de deelnemende ondernemingen, en de waarde van de overeenkomst(en) voor de diverse projectonderdelen ten minste 400 000 EUR per klant was, inclusief implementatie van managementsystemen en ontwikkeling en implementatie van een online technologieplatform, software voor managementsystemen en coördinatiemaatregelen”.
- 6 Bepaling 12, onder c) en f), van het bestek luidt:

„Bepaling 12

Over te leggen documenten

Om in aanmerking te komen voor selectie dienen gegadigden de volgende documenten over te leggen:

[...]

- c) verklaring van de klant, op papier dat is voorzien van een briefhoofd en een stempel, ten bewijze van de implementatie van het systeem voor milieumanagement en/of kwaliteitsmanagement door de inschrijver, conform de in bijlage VIII bij dit bestek opgenomen standaardverklaring. De onder de verklaring geplaatste handtekening en de hoedanigheid van de ondertekenaar moeten worden gelegaliseerd door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie;

[...]

- f) verklaring van de klant, op papier dat is voorzien van een briefhoofd en een stempel, ten bewijze van de implementatie van managementsystemen en de ontwikkeling en implementatie van een online technologieplatform, software voor managementsystemen en coördinatiemaatregelen door de inschrijver, met vermelding van de desbetreffende waarde, conform de in bijlage IX bij dit bestek opgenomen standaardverklaring. De onder de verklaring geplaatste handtekening en de hoedanigheid van de ondertekenaar moeten worden gelegaliseerd door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie”.

7 De specificaties van de aanbesteding luiden als volgt:

„1. Onderwerp

De diensten waar deze aanbesteding betrekking op heeft, zijn het bieden van ondersteuning bij de implementatie van systemen voor milieumanagement volgens norm NP EN ISO 14001 in dertien bedrijven; het bieden van ondersteuning bij de implementatie van systemen voor kwaliteitsmanagement volgens norm NP EN ISO 9001 in twee bedrijven; het opstellen van best practices voor het milieu; het monitoren, coördineren en evalueren van het project; het ter beschikking stellen van een technologieportaal en software voor de implementatie van milieumanagementsystemen; het adviseren over het verzamelen en monitoren van milieuwetgeving in de bouw en opleiding voor de dertien bij het project betrokken bedrijven”.

8 Op 27 maart 2014 keurde geïntimeerde directie het door de jury opgestelde eindrapport van de selectiefase goed. ÍNDICE ICT & MANAGEMENT, LDA. werd geselecteerd en appellante werd uitgesloten van deelname.

- 9 Appellante werd uitgesloten omdat zij niet overeenkomstig bepaling 12 van het bestek had aangetoond dat zij voldoet aan de in bepaling 8 gestelde eisen inzake technische bekwaamheid. Wat bepaling 12, onder c) respectievelijk f) betreft, is het in het eerste geval zo dat de door appellante overgelegde verklaringen van klanten niet van een gelegaliseerde handtekening waren voorzien en in het tweede geval dat geen verklaringen van klanten, maar alleen facturen werden overgelegd.
- 10 Appellante (destijds verzoekster) ging daarop in beroep bij het Tribunal Administrativo e Fiscal de Leiria (bestuurs- en fiscale rechter van Leiria; hierna: „TAF de Leiria”) en vorderde dat zou worden overgegaan (i) tot het vernietigen van het besluit van geïntimeerdes (destijds verweersters) directie van 27 maart 2014 waarbij het eindrapport van de selectiefase werd goedgekeurd, appellante werd uitgesloten en een medegegadigde werd geselecteerd om een inschrijving in te dienen, (ii) tot het gelasten van geïntimeerde om een nieuw bestek goed te keuren en de prijs voor het beschikbaar stellen van de documentatie opnieuw te bepalen, ditmaal zonder de geconstateerde onregelmatigheden, en om de aanbesteding voort te zetten, en (iii) tot het stellen van een termijn van twintig dagen voor het nakomen van hetgeen in de uitspraak wordt vastgesteld.
- 11 Hiertoe voerde appellante in wezen de volgende argumenten aan:
- (i) het besluit van 10 december 2013, waarin de prijs voor het beschikbaar stellen van de documentatie op 1 000 EUR was vastgesteld, is in strijd met artikel 133, lid 3, CCP, dat van toepassing is op grond van artikel 162, lid 1, CCP, en met het in artikel 1, lid 4, CCP neergelegde concurrentiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel van artikel 5 van het Código do Procedimento Administrativo (wetboek van bestuursprocesrecht; hierna: „CPA”) en verdraagt zich niet met de onherroepelijke uitspraak van het TAF de Leiria in zaak nr. 1231/13.9 BELRA;
 - (ii) de in artikel 8, lid 1, onder b), van het bestek gestelde eis is in strijd met het concurrentiebeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel en met het bepaalde in artikel 165, leden 1 en 5, CCP, aangezien de norm EN ISO 9001:2008 een kwaliteitsnorm is waaruit de standaardisering van procedures blijkt en die kan worden toegepast op een willekeurig bedrijf of een willekeurige activiteit; er is geen specifieke ISO- certificering voor het verlenen van de diensten waar de aanbesteding betrekking op heeft en alleen de medegegadigde heeft een certificaat overgelegd dat ziet op alle in die norm aangegeven gebieden;
 - iii) de in artikel 8, lid 1, onder c), van het bestek gestelde eis is onrechtmatig vanwege strijdigheid met het bepaalde in artikel 165, leden 1 en 5, CCP en met het concurrentiebeginsel, het onpartijdigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel;

- iv) ook de in bepaling 12, onder c) en f), van het bestek gestelde eisen zijn onrechtmatig omdat zij in strijd zijn met artikel 48 van richtlijn 2004/18, dat rechtstreekse werking heeft, en zich niet verdragen met het concurrentiebeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het debureaucratiseringsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel, en evenmin met de artikelen 88 CPA en 342 van het Código Civil (burgerlijk wetboek, hierna: „CC”), daar sprake is van een ontoelaatbare beperking van de bewijslevering.
- 12 Het TAF de Leiria was het deels eens met appellantes argumenten, wees bij beslissing van 11 juni 2014 de vordering toe, (i) vernietigde het besluit van geïntimeerdes directie van 27 maart 2014 waarbij het eindrapport van de selectiefase werd goedgekeurd, en (ii) gelastte geïntimeerde om binnen een termijn van twintig dagen over te gaan tot het goedkeuren van een nieuw bestek, tot het vaststellen van een nieuwe prijs voor het beschikbaar stellen van de documentatie, ditmaal zonder de geconstateerde onregelmatigheden, en tot het voortzetten van de aanbesteding.
- 13 Appellante was het echter oneens met die beslissing van het TAF de Leiria voor zover zij niet in haar in punt 11, iii) en iv), genoemde argumenten werd gevolgd, en vorderde dat deze argumenten gegrond zouden worden verklaard en dat de beslissing dienovereenkomstig gewijzigd zou worden.
- 14 Het TAF de Leiria heeft bij uitspraak van 6 augustus 2014 afwijzend beslist en de bestreden beslissing bevestigd. Appellante is vervolgens in hoger beroep gegaan bij de verwijzende rechter en vordert toewijzing van haar vordering en vernietiging van de bestreden uitspraak.
- 15 Bij beschikking van 28 november 2014 heeft de verwijzende rechter partijen verzocht hun zienswijze kenbaar te maken omtrent het op grond van artikel 267 VWEU indienen van een verzoek om een prejudiciële beslissing bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, hetgeen zou leiden tot schorsing van de behandeling van de zaak. Uit het naar voren gebrachte betoog blijkt immers dat een van de vragen die aan de orde zijn, de uitlegging van artikel 48 van richtlijn 2004/18 betreft. Alleen appellante maakte haar standpunt kenbaar en was van mening dat een prejudiciële verwijzing relevant en wenselijk was, temeer omdat onzeker was of cassatieberoep mogelijk was, en dat aangezien twijfel bestond over de uitlegging van artikel 267 VWEU, verwijzing mogelijk verplicht was volgens de derde alinea van dat artikel.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 16 Appellante voert in wezen het volgende aan:
- 1) in de bestreden uitspraak is sprake van een onjuiste beoordeling van de rechtmatigheid van bepaling 8, lid 1, onder c), van het bestek:

- (i) het gaat om een „cosmetische” wijziging en inhoudelijk wordt slechts herhaald wat vermeld stond in artikel 8, lid 1, onder c), van een bestek dat door het TAF de Leiria onrechtmatig was verklaard in een eerdere procedure;
 - (ii) gelet op de zeer specifieke in die bepaling gestelde eis, namelijk wat de waarde van de overeenkomst(en) voor de diverse projectonderdelen (400 000 EUR per klant) betreft, is het duidelijk de bedoeling dat het aantal gegadigden dat mogelijkwerwijs voldoet aan die eis, wordt beperkt;
 - (iii) ook zonder de in de bepaling gevraagde ervaring kan een ondernemer aantonen dat hij in staat is de diensten te verrichten waar de aanbesteding betrekking op heeft;
 - (iv) uit de in de bepaling gestelde eisen inzake technische bekwaamheid blijkt objectief dat de medegegadigde wordt bevoordeeld, terwijl zonder dat van een redelijke rechtvaardiging sprake is het aantal potentiële gegadigden buitensporig en onevenredig wordt beperkt gelet op het voorwerp van de overeenkomst;
 - (v) die eisen zijn dus duidelijk niet alleen strijdig met artikel 165, leden 1 en 5, CCP, maar ook met het onpartijdigheidsbeginsel (artikel 6 CPA), het concurrentiebeginsel (artikel 1, lid 4, CCP) en het proportionaliteitsbeginsel (artikel 5 CPA), welke beginselen de aanbestedende dienst in acht moet nemen bij het opstellen van minimumeisen inzake technische bekwaamheid in een niet-openbare aanbesteding;
 - (vi) in de bestreden uitspraak zijn andere oordelen geveld, waardoor die voorschriften zijn geschonden.
- 2) in de bestreden uitspraak wordt ook een onjuiste beoordeling gegeven van de rechtmatigheid van bepaling 12, onder c) en f), van het bestek, dat ziet op de documenten die moeten worden overgelegd ten bewijze dat is voldaan aan de eisen inzake technische bekwaamheid:
- (i) de rechter heeft weliswaar erkend dat artikel 48 van richtlijn 2004/18 in elk geval rechtstreeks toepasselijk is daar geen juiste omzetting heeft plaatsgevonden, maar heeft daar niet de nodige rechtsgevolgen aan verbonden;
 - (ii) volgens die bepaling is als de afnemer een aanbestedende dienst is, een door de aanbestedende dienst afgegeven certificaat voldoende en kunnen als de afnemer een particuliere afnemer is, de diensten bij ontstentenis van een certificaat van de afnemer eenvoudigweg worden aangetoond door een verklaring van de ondernemer/gegadigde;

- (iii) volgens de genoemde bepaling van het bestek verlangt geïntimeerde, overeenkomstig de door geïntimeerde zelf geformuleerde regels, niet alleen dat er verklaringen worden overgelegd van klanten waaraan diensten zijn verleend, maar ook dat de verklaringen worden opgemaakt op papier dat is voorzien van een briefhoofd en een gelegaliseerde handtekening;
 - (iv) naar mening van appellante is dat, anders dan in de bestreden uitspraak is geoordeeld, duidelijk in strijd met artikel 48 van richtlijn 2004/18;
 - (v) appellante meent dat, anders dan in de bestreden uitspraak wordt verklaard, bepaling 12, onder c) e f), van het bestek onevenredige eisen bevat, wat nadelige gevolgen kan hebben voor het aantal potentiële gegadigden in de Europese Economische Ruimte omdat gegadigden al snel hun belangstelling kunnen verliezen wanneer het in de praktijk onmogelijk is om aan die eisen te voldoen. Voorts rust er een te hoge bewijslast op gegadigden, waardoor een essentieel feit mogelijk niet kan worden aangetoond doordat de bewijslevering daarvan op ontoelaatbare wijze wordt beperkt, hetgeen kennelijk in strijd is met de artikelen 88 CPA en 342 CC;
 - (vi) volgens appellante is de bestreden uitspraak in strijd met artikel 48 van richtlijn 2004/18, met het concurrentiebeginsel (artikel 1, lid 4, CCP), het proportionaliteitsbeginsel (artikel 5, lid 2, CPA) en het debureaucratiserings- en doelmatigheidsbeginsel (artikel 10 CPA), en met de artikelen 88 CPA en 342 CC doordat bepaling 12, onder c) en f), van het bestek niet onrechtmatig is verklaard.
- 17 Geïntimeerde heeft geen verweer gevoerd.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 18 De verwijzende rechter wijst erop dat in het hoger beroep onder meer de vraag aan de orde is gekomen hoe artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 moet worden uitgelegd, aangezien appellante en de rechter in eerste aanleg het niet eens zijn over de aan deze bepaling te geven uitlegging en er dus twijfel bestaat over de juiste uitlegging van artikel 48.
- 19 De verwijzende rechter gaat eerst in op de vraag of hij al dan niet verplicht is krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen bij het Hof.
- 20 Volgens de nationale regeling staat tegen een beslissing van het Tribunal Central Administrativo Sul (hogere bestuursrechter Zuid) cassatieberoep open bij het Supremo Tribunal Administrativo (de hoogste bestuursrechter; hierna: „STA”), welk cassatieberoep al dan niet mogelijk is afhankelijk van de uitkomst van een

voorafgaande korte kwalitatieve toetsing. Cassatieberoep is mogelijk wanneer het een vraag betreft die vanwege haar juridische of maatschappelijke belang een fundamentele vraag is, of wanneer blijkt dat een betere handhaving van het recht noodzakelijk is.

- 21 De verwijzende rechter merkt op dat uit de omstandigheid dat het cassatieberoep afhankelijk is van de uitkomst van de toetsing door het STA niet kan worden afgeleid dat tegen zijn beslissingen geen cassatieberoep openstaat, aangezien een dergelijke toetsing de beroepsmogelijkheden beperkt, maar niet uitsluit. De verwijzende rechter is derhalve van oordeel dat hij niet verplicht is een prejudiciële verwijzing te doen en dat dit oordeel in overeenstemming is met de jurisprudentie van het Hof.
- 22 In dit verband haalt de verwijzende rechter het arrest Lyckeskog van 4 juni 2002 (C-99/00, ECLI:EU:C:2002:329) aan, waarin het Hof in reactie op een door een Zweedse rechter gestelde vraag heeft geoordeeld dat voor een nationale rechterlijke instantie niet de verplichting van artikel 234, derde alinea, EG geldt, wanneer van haar beslissingen hoger beroep bij de hoogste rechterlijke instantie kan worden ingesteld onder voorwaarden als die welke op de beslissingen van de verwijzende rechter van toepassing zijn (in dat geval was voor voorlegging van de zaak aan de hoogste rechterlijke instantie van Zweden voorafgaande toestemming vereist). Het Hof heeft in dat arrest immers verklaard dat „[b]eslissingen van een nationale appelrechter die door partijen in hoogste instantie kunnen worden aangevochten, [...] niet afkomstig [zijn] van een ,nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep’ in de zin van artikel 234 EG. De omstandigheid dat voor de beoordeling ten gronde door de hoogste rechter voorafgaande toestemming vereist is, brengt niet mee dat partijen een beroepsgang wordt onthouden.”
- 23 In dat arrest heeft het Hof er ook nog op gewezen dat „[...] onzekerheid over de uitlegging van het toepasselijke recht, met inbegrip van het gemeenschapsrecht, [derhalve] uiteindelijk tot controle van de hoogste rechter [kan] leiden. [...] Doet zich een vraag van uitlegging of geldigheid van een regel van gemeenschapsrecht voor, dan zal de hoogste rechter krachtens artikel 234, derde alinea, EG gehouden zijn om hetzij in de fase van de beoordeling van de verlening van toestemming tot het instellen van cassatie, hetzij in een latere fase, het Hof een prejudiciële vraag te stellen.”
- 24 De verwijzende rechter leidt hieruit af dat volgens het Hof de rechter in tweede aanleg niet de rechter in laatste aanleg is – voor wie ingevolge artikel 267, derde alinea, VWEU de verplichting tot verwijzing geldt – omdat tegen zijn beslissingen alleen beroep openstaat wanneer toestemming wordt verleend, en dat indien een vraag rijst over de uitlegging (of geldigheid) van een bepaling van Unierecht, dit op zich voldoende is om toestemming te verlenen, mits voldaan is aan de overige voorwaarden die gelden voor de verplichting tot verwijzing.

- 25 De verwijzende rechter komt dus tot het oordeel dat hij niet verplicht is een prejudiciële vraag te stellen, maar meent dat het in dit geval wel wenselijk is.
- 26 In de onderhavige procedure moet worden beoordeeld of appellantes uitsluiting van deelname aan de niet-openbare aanbesteding voor het sluiten van een overeenkomst van opdracht met betrekking tot het in punt 7 genoemde onderwerp rechtmatig was.
- 27 Volgens appellante was die handeling onrechtmatig, met name gelet op de in bepaling 12, onder c) en f), van het bestek gestelde eisen (verklaring van de klant op papier dat is voorzien van een briefhoofd en een gelegaliseerde handtekening), aangezien artikel 48 van richtlijn 2004/18, dat rechtstreekse werking heeft, van toepassing is en zich tegen dergelijke eisen verzet. In de bestreden uitspraak werd dit argument niet aanvaard.
- 28 Naar oordeel van de verwijzende rechter heeft de rechter in eerste aanleg, in lijn met appellantes zienswijze, terecht geoordeeld dat, wat de minimumeisen inzake technische bekwaamheid betreft, het CCP niet aangeeft welke documenten kunnen worden overgelegd ten bewijze dat voldaan is aan de eisen, zodat artikel 48 van richtlijn 2004/18 moet worden toegepast.
- 29 In de bestreden uitspraak merkt de rechter in eerste aanleg onder verwijzing naar het arrest Faccini Dori (van 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292) op dat richtlijnbevestigingen na het verstrijken van de omzettingstermijn voor de rechter direct kunnen worden ingeroepen tegenover de overheid, op voorwaarde dat de bepalingen duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn (het betreft de zogeheten rechtstreekse werking van richtlijnen), wat respectievelijk inhoudt dat zij geen aanleiding mogen geven tot twijfel over de uitlegging ervan, geen uitvoeringsbepalingen behoeven en niet onderworpen mogen zijn aan een voorbehoud. Volgens de rechter in eerste aanleg geldt dat voor artikel 48 van richtlijn 2004/18.
- 30 De rechter in eerste aanleg en appellante zijn het evenwel niet eens over de te geven uitlegging aan artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18, dat bepaalt dat „[d]e technische bekwaamheid van de ondernemer [...] [kan] worden aangetoond [...] aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De leveringen en diensten worden aangetoond: [...] in het geval van leveringen of diensten voor een particuliere afnemer: door certificaten van de afnemer of, bij ontstentenis daarvan, eenvoudigweg door een verklaring van de ondernemer [...]”.
- 31 Onder verwijzing naar dat artikel stelt appellante dat een ondernemer (in dit geval appellante zelf) ten bewijze van verrichte diensten steeds een door de ondernemer ondertekende verklaring kan overleggen indien hij niet over de verklaring van de

particuliere afnemer beschikt, en dat niet hoeft te worden aangetoond dat het voor hem onmogelijk was om die verklaring te verkrijgen.

- 32 Volgens de rechter in eerste aanleg had bepaling 12, onder c) en f), van het bestek niet tot gevolg dat appellante onrechtmatig werd uitgesloten. Appellante had immers niet aangevoerd dat het voor haar onmogelijk of zeer moeilijk was om verklaringen van particuliere afnemers over te leggen. Die rechter ging er dus van uit dat de in artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 geboden mogelijkheid om diensten eenvoudigweg aan te tonen door een verklaring van de ondernemer impliceert dat het onmogelijk of zeer moeilijk is om een verklaring van de particuliere afnemer over te leggen. Volgens de verwijzende rechter wordt bij deze uitlegging rekening gehouden met het in artikel 48, lid 2, onder a), i) en ii), besloten liggende belang dat de verrichte diensten zo veel mogelijk worden aangetoond aan de hand van documenten die door een andere persoon dan de ondernemer zijn ondertekend, aangezien een dergelijk (van derden afkomstig) bewijs betrouwbaarder is.
- 33 Verder wordt er in de bestreden uitspraak ook op gewezen dat de in bepaling 12, onder c) en f), van het bestek gestelde eis dat de verklaring van de particuliere afnemer voorzien is van een door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie gelegaliseerde handtekening, in overeenstemming is met het vereiste van betrouwbaarheid, welk vereiste zich verdraagt met artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18.
- 34 De verwijzende rechter voegt hieraan toe dat de in de bestreden uitspraak voorgestane zienswijze steun lijkt te vinden in de bewoordingen van de Portugese versie van dat artikel, namelijk „declaração reconhecida do adquirente” (gelegaliseerde verklaring van de afnemer), en in het bijzonder in het woord „gelegaliseerde”, maar dat gezien de Franse, de Engelse[, de Nederlandse] en de Spaanse versie (waarin slechts sprake is van certificaten van de afnemer) de vraag rijst of volgens die bepaling een gelegaliseerde handtekening mag worden geëist.
- 35 De verwijzende rechter wijst erop dat hij artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 dient uit te leggen, gelet op de uiteenlopende interpretaties van die bepaling, zodat hij kan beoordelen of een niet over een verklaring van de particuliere afnemer beschikkende ondernemer ten bewijze van verrichte diensten voor een particuliere afnemer wel of niet een door hemzelf ondertekende verklaring mag overleggen zonder dat hij hoeft aan te tonen dat het voor hem onmogelijk of zeer moeilijk was om diens verklaring te verkrijgen, en of de aanbestedende dienst wel of niet mag eisen dat de verklaring van de particuliere afnemer voorzien is van een door een notaris, advocaat of andere bevoegde instantie gelegaliseerde handtekening.
- 36 Voorts is de verwijzende rechter van oordeel dat de eisen die zijn geformuleerd in het arrest CILFIT van het Hof [arrest van 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, waarin het Hof heeft geoordeeld dat er geen verplichting

tot verwijzing is als de uitlegging van de bepaling zo evident is dat er redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan („acte claire”)] de toepassing van de acte claire-leer danig bemoeilijken, daar in dat arrest sprake is van een aantal onbepaalde en moeilijk toetsbare voorwaarden.

- 37 Gelet op de twijfel omtrent de uitlegging van artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 en de omstandigheid dat de verwijzende rechter geen jurisprudentie van het Hof bekend is over de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde vraag of vergelijkbare vragen, is de verwijzende rechter dan ook van oordeel dat het wenselijk is zich tot het Hof te wenden, zodat het Hof de uitleggingsgegevens verschafft die noodzakelijk zijn om te komen tot een betere toepassing van het recht, met name wat de prejudicieel voorgelegde vraag betreft of artikel 48, lid 2, onder a), ii), tweede streepje, van richtlijn 2004/18 rechtstreeks toepasselijk is in de Portugese rechtsorde, met als gevolg dat particulieren daaraan een recht ontlenden dat zij kunnen invoeren tegenover aanbestedende diensten.
- 38 Derhalve legt de verwijzende rechter het Hof drie prejudiciële vragen voor, waarbij de laatste twee vragen worden gesteld voor het geval het Hof de eerste vraag bevestigend zou beantwoorden.