



Datum van inontvangstneming : 19/08/2014

Zaak C-324/14

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:

7 juli 2014

Verwijzende rechter:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

18 juni 2014

Verzoekende partij:

PARTNER Apelski Dariusz

Verwerende partij:

Zarząd Oczyszczania Miasta

Voorwerp van het hoofdgeding

Overheidsopdrachten voor diensten; uitsluiting van de aanbestedingsprocedure; mogelijkheid voor een ondernemer zich te beroepen op de vakkennis en ervaring van andere entiteiten; beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie van ondernemers

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: „richtlijn 2004/18/EG”)

Prejudiciële vragen

- 1 Kan artikel 48, lid 3 juncto 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, aldus worden uitgelegd dat de zinsnede dat een ondernemer zich „in voorkomend geval” kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ziet op elke situatie waarin een ondernemer niet beschikt over de door de aanbestedende dienst vereiste kwalificaties en zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen? Of moet de zinsnede dat een ondernemer zich enkel „in voorkomend geval” op de middelen van andere entiteiten kan beroepen, worden opgevat als een beperking, op grond waarvan een dergelijk beroep enkel bij wijze van uitzondering toelaatbaar is en niet de regel is bij het aantonen van de kwalificaties van ondernemers in de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht?
- 2 Kan artikel 48, lid 3 juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG aldus worden uitgelegd dat het beroep van een ondernemer op de draagkracht van andere entiteiten wat betreft vakkennis en ervaring „ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten” en het „beschikken over de [...] middelen” van die entiteiten betekent dat de ondernemer tijdens de uitvoering van de opdracht geen banden of slechts zeer losse of onbepaalde banden met deze entiteiten hoeft te hebben, dat wil zeggen dat hij de opdracht zelfstandig (zonder deelneming van een andere entiteit) kan uitvoeren of deze deelneming kan bestaan in advisering, consultancy of training? Of moet artikel 48, lid 3, aldus worden uitgelegd dat een entiteit op de draagkracht waarvan een ondernemer zich beroept, daadwerkelijk en persoonlijk de opdracht moet uitvoeren in de omvang waarin haar draagkracht is opgegeven?
- 3 Kan artikel 48, lid 3 juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG aldus worden uitgelegd dat een ondernemer die weliswaar over ervaring beschikt, maar minder dan hij tegenover een opdrachtgever wil opgeven (bijvoorbeeld onvoldoende om een inschrijving in te dienen voor alle percelen van de opdracht), zich daarnaast kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten om zijn positie in de procedure te verbeteren?
- 4 Kan artikel 48, lid 3 juncto artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG aldus worden uitgelegd dat een opdrachtgever in de aankondiging van opdracht of in het bestek de grondslagen kan (of zelfs moet) neerleggen aan de hand waarvan de ondernemer zich kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, bijvoorbeeld hoe de andere entiteit bij de uitvoering van de opdracht betrokken moet zijn, in hoeverre de kwalificaties van de ondernemer en de andere entiteit opgeteld kunnen worden en of de andere entiteit hoofdelijk aansprakelijk is voor de regelmatige uitvoering van de opdracht in de omvang waarin de ondernemer zich op haar draagkracht heeft beroepen?

- 5 Laat het in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers toe dat de draagkracht wordt opgeteld van twee of meer entiteiten waarop een ondernemer zich in de zin van artikel 48, lid 3, beroept en die elk voor zich niet beschikken over de draagkracht in de zin van vakkennis en ervaring die de aanbestedende dienst vereist?
- 6 Laat het in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers toe dat de artikelen 44 en 48, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG aldus worden uitgelegd dat de door de aanbestedende dienst gestelde voorwaarden voor de deelneming aan de procedure met het oog daarop louter formeel hoeven te worden vervuld, onafhankelijk van de daadwerkelijke kwalificaties van de ondernemer?
- 7 Laat het in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer, ingeval het mogelijk is een deelinschrijving in te dienen, na de indiening van de inschrijvingen aangeeft, bijvoorbeeld door een aanvulling of toelichting op de documenten, op welk perceel de middelen betrekking hebben die hij heeft opgegeven als bewijs dat hij aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure voldoet?
- 8 Laten het in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel toe dat een veiling ongeldig wordt verklaard en een elektronische veiling wordt herhaald ingeval deze op wezenlijke punten onregelmatig is verlopen, bijvoorbeeld omdat niet alle ondernemers die een aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben ingediend, daarvoor waren uitgenodigd?
- 9 Laten het in artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG neergelegde beginsel van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en het transparantiebeginsel toe dat de opdracht wordt gegund aan een ondernemer wiens inschrijving is geselecteerd in een dergelijke veiling die niet is herhaald, indien niet kan worden vastgesteld of de deelneming van de niet in aanmerking genomen ondernemer van invloed zou zijn geweest op de uitslag?
- 10 Kan bij de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG gebruik worden gemaakt van de inhoud van de bepalingen en de considerans van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, hoewel de termijn voor de omzetting ervan nog niet is verstreken, voor zover daarin bepaalde aannames en bedoelingen van de Uniewetgever worden verduidelijkt en zij niet in strijd is met de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG?

Aangevoerde bepalingen van gemeenschapsrecht

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): de artikelen 2, 41, 44, 48, 51 en 54

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Poolse aanbestedingswet; hierna: „Ustawa Pzp”) (geconsolideerde versie, Dz. U. 2013, poz. 907)

Artikel 7, lid 1: „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 22: „1. Meedingen naar de opdracht kunnen ondernemers die voldoen aan de voorwaarden omtrent:

- 1) gerechtigd zijn, de omschreven activiteit of handeling uit te voeren, voor zover zulks wettelijk is voorgeschreven;
 - 2) vakkennis en ervaring;
 - 3) toereikende technische bekwaamheid en personeel dat bekwaam is, de opdracht uit te voeren;
 - 4) economische en financiële draagkracht. [...]
3. Een beschrijving van de wijze waarop de in lid 1 bedoelde voorwaarden worden beoordeeld, wordt opgenomen in de aankondiging van opdracht of, ingeval geen aankondiging van de opdracht is vereist, in de uitnodiging tot onderhandelingen.
4. De beschrijving van de wijze waarop wordt beoordeeld of aan de in lid 1 bedoelde voorwaarden is voldaan, moet in verband staan en evenredig zijn met het voorwerp van de opdracht.
5. De in lid 1 bedoelde voorwaarden en de beschrijving van de wijze waarop wordt beoordeeld of aan deze voorwaarden is voldaan, strekken ertoe, na te gaan of de ondernemer bekwaam is de gegunde opdracht naar behoren uit te voeren. Bij een procedure voor het plaatsen van een opdracht voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden nodig zijn, voor diensten en/of werken, kan de opdrachtgever de geschiktheid van ondernemers om de opdracht naar behoren uit te voeren, beoordelen aan de hand van met name hun betrouwbaarheid, knowhow, efficiëntie en ervaring.”

Artikel 23, lid 1: „Ondernemers kunnen gezamenlijk meedingen naar een opdracht;”

Artikel 24, lid 2, punt 4: „Van de procedure voor het plaatsen van een opdracht worden tevens uitgesloten de ondernemers die: [...] niet hebben aangetoond dat zij voldoen aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure [...]”

Artikel 24, leden 3 en 4: „3. De opdrachtgever stelt de ondernemers die zijn uitgesloten van de procedure daarvan gelijktijdig in kennis en onderbouwt deze uitsluiting feitelijk en rechtens, behoudens het bepaalde in artikel 92, lid 1, punt 3.

4. De inschrijving van een uitgesloten ondernemer geldt als afgewezen;”

Artikel 26: „1. De opdrachtgever vraagt bij de ondernemer documenten op waaruit blijkt dat hij voldoet aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure als 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. [...]

2a. De ondernemer toont op verzoek van de opdrachtgever en in de door hem bepaalde omvang niet later dan de dag voor indiening van het verzoek tot deelneming aan de procedure of indiening van de inschrijvingen naar behoren aan dat hij voldoet aan de in artikel 22, lid 1, bedoelde voorwaarden en dat niet is voldaan aan de in artikel 24, lid 1, bedoelde voorwaarden voor de uitsluiting.

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

3. De opdrachtgever roept de ondernemers die niet binnen de gestelde termijn de door de opdrachtgever vereiste, in artikel 25, lid 1, bedoelde verklaringen of documenten hebben overgelegd, geen volmachten hebben overgelegd of die de door de opdrachtgever vereiste, in artikel 25, lid 1, bedoelde verklaringen en documenten weliswaar hebben overgelegd, maar met fouten, of gebrekkige volmachten hebben overgelegd, ertoe op deze binnen een bepaalde termijn alsnog over te leggen, tenzij de inschrijving van de ondernemer desondanks afgewezen zou worden of de procedure zou worden geannuleerd. De op verzoek van de opdrachtgever overgelegde verklaringen en documenten tonen aan dat de ondernemer uiterlijk op de dag waarop de termijn voor de indiening van het verzoek tot deelneming aan de

procedure of de termijn voor de indiening van inschrijvingen voldoet aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure en de leveringen, diensten en werken beantwoorden aan de door de opdrachtgever gestelde vereisten.

4. De opdrachtgever roept er daarnaast toe op binnen een door hem gestelde termijn toelichtingen op de in artikel 25, lid 1, bedoelde verklaringen of documenten over te leggen;”

Artikel 36: „1. Het bestek bevat ten minste: [...]

- 3) een beschrijving van het voorwerp van de opdracht; [...]
- 5) de voorwaarden voor deelneming aan de procedure en een beschrijving van de wijze waarop wordt beoordeeld of aan deze voorwaarden is voldaan;
- 6) een lijst van de verklaringen en documenten die de ondernemer moet overleggen om aan te tonen dat hij voldoet aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure; [...]
- 10) een beschrijving van de wijze waarop de inschrijvingen moeten worden opgesteld; [...]

2. Tenzij de wet anders bepaalt, bevat het bestek tevens:

- 1) een beschrijving van de percelen, indien de opdrachtgever deelinschrijvingen toelaat;

[...]

7) indien de opdrachtgever voornemens is een elektronische veiling te houden:

- a) informatie over de voorgenomen toewijzing aan de voordeligste inschrijving in het kader van een elektronische veiling,
 - b) de vereisten voor de registratie en de identificatie van de ondernemers, waaronder de technische eisen aan de informatica-apparatuur,
 - c) informatie welke van de criteria voor de beoordeling van de inschrijvingen in het kader van de elektronische veiling aangelegd zullen worden; [...]
- 10) informatie over de verplichting van de ondernemer de cruciale onderdelen van de opdracht persoonlijk uit te voeren, indien de opdrachtgever overeenkomstig artikel 36a, lid 2, een dergelijk voorbehoud heeft gemaakt; [...];”

Artikel 36a: „1. De ondernemer kan delen van de opdracht aan onderaannemers toevertrouwen.

2. De opdrachtgever kan bepalen dat de ondernemer verplicht is tot persoonlijke uitvoering van:

- 1) cruciale onderdelen van de opdracht voor werken en diensten:
- 2) plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor leveringen.

3. Het in lid 2 bedoelde voorbehoud geldt niet voor zover de ondernemer zich met het oog op de vervulling van de in artikel 22, lid 1, bedoelde voorwaarden overeenkomstig de bepalingen van artikel 26, lid 2b, beroept op de middelen van een andere entiteit;”

Artikel 36b: „1. De opdrachtgever kan van de ondernemer verlangen dat hij het deel van de opdracht aangeeft dat hij aan een onderaannemer wil toevertrouwen of de namen (firma's) van de onderaannemers opgeeft op wier bekwaamheden hij zich overeenkomstig de bepalingen van artikel 26, lid 2b, beroept om aan te tonen dat hij voldoet aan de in artikel 22, lid 1, bedoelde voorwaarden voor deelneming aan de procedure.

2. Indien de wijziging of de terugtrekking van een onderaannemer betrekking heeft op een entiteit op wier middelen de ondernemer zich overeenkomstig de bepalingen van artikel 26, lid 2b, had beroepen om aan te tonen dat hij voldoet aan de in artikel 22, lid 1, bedoelde voorwaarden voor deelneming aan de procedure, is de ondernemer gehouden de opdrachtgever aan te tonen dat de door hem voorgestelde andere onderaannemer of ondernemer zelf aan deze voorwaarden voldoet in een mate die niet geringer is dan in het kader van de procedure voor het plaatsen van de opdracht is vereist;”

Artikel 83, leden 2 en 3: „2. De opdrachtgever kan de mogelijkheid bieden deelinschrijvingen in te dienen, indien de opdracht deelbaar is.

3. In het in lid 2 bedoelde geval kan de ondernemer deelinschrijvingen indienen voor een of meer percelen, tenzij de opdrachtgever een maximumaantal percelen bepaalt waarvoor iedere ondernemer deelinschrijvingen kan indienen.”

Artikel 91a: „1. Indien de procedure wordt gehouden in de vorm van een openbare aanbestedingsprocedure, niet-openbare aanbestedingsprocedure of van een aankondiging van onderhandelingen krachtens artikel 55, lid 1, punt 1, houdt de opdrachtgever na de beoordeling van de inschrijvingen een elektronische veiling voor de selectie van de voordeligste inschrijving, mits zulks in de aankondiging van opdracht was vermeld en ten minste drie niet-afgewezen inschrijvingen zijn ingediend. [...];”

Artikel 93, lid 1, punt 7: „De opdrachtgever annuleert de procedure voor het plaatsen van de opdracht indien [...] de procedure aangetast is door een gebrek dat niet kan worden hersteld en in de weg staat aan de sluiting van een overeenkomst voor de uitvoering van de overheidsopdracht die niet nietig kan worden verklaard.”

Summiere uiteenzetting van de feiten en het hoofdgeding en voornaamste argumenten van partijen

- 1 Het geschil in de onderhavige zaak is gerezen naar aanleiding van het optreden van de aanbestedende dienst (opdrachtgever), de Zarząd Oczyszczania Miasta (stedelijke reinigingsdienst), een orgaan van de stad Warschau, die Dariusz Apelski, handelend onder de naam PARTNER Dariusz Apelski, een ondernemer die een inschrijving had ingediend (hierna: „ondernemer” of „verzoeker”), van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht voor „omvattende mechanische reiniging van het wegdek van de stad Warschau in zomer en winter van de jaren 2014-2017 - Etappe I” heeft uitgesloten. De procedure was aangekondigd in het Publicatieblad van de Europese Unie van 24 december 2013 onder het nummer 2013/S 249 – 436151 met het oog op de waarde die de zogenoemde Uniedrempel overschreed. De procedure werd gevoerd in de vorm van een open procedure (openbare aanbesteding). De opdrachtgever was voornemens in het kader van de procedure een elektronische veiling te houden. Hij heeft de opdracht verdeeld in acht percelen, die bepaalde wijken van Warschau omvatten en heeft deelinschrijvingen toegelaten zonder beperking van het aantal percelen waarvoor een ondernemer een inschrijving kan indienen.
- 2 De winterreiniging bestaat in het voorkomen en bestrijden van wintergladheid door strooien en ruimen van het wegdek van nationale wegen, wojewodschapswegen, districtswegen en gemeentewegen die door de stedelijke openbaarvervoersmiddelen worden gebruikt. De zomerreiniging bestaat in het vegen en nat reinigen van het wegdek. Overeenkomstig het bestek moesten ondernemers over de volgende vakkennis en ervaring beschikken: in de periode van drie jaar voorafgaande aan de termijn voor de indiening van inschrijving of zoveel korter als de ondernemer actief is, zijn of worden straatreinigingsdiensten in de winter verleend voor een opdrachtwaarde van in totaal ten minste 1 000 000 PLN. De opdrachtgever wees erop dat hij bij de beoordeling of aan deze voorwaarde is voldaan, uitsluitend diensten in aanmerking neemt waarbij voor het voorkomen of bestrijden van wintergladheid natzouttechnologie wordt toegepast, een strooitechniek met behulp van natriumchloride of een mengsel van natriumchloride en calciumchloride dat tijdens het strooien wordt bevochtigd en in pekkel verandert. De opdrachtgever wees er tevens op dat een ondernemer die voor meer dan één perceel inschrijft, moet aantonen dat hij opdrachten met een overeenkomstig hogere waarde heeft uitgevoerd, dat wil zeggen 1 000 000 PLN x het aantal percelen waarvoor hij inschrijft. Een ondernemer die heeft ingeschreven voor acht percelen, moet derhalve diensten voor een bedrag van ten minste

8 000 000 PLN hebben verleend. Ter terechtzitting heeft de opdrachtgever verklaard dat hij heeft beoordeeld of aan deze voorwaarde is voldaan door de waarde van alle voorgelegde en aanvaarde opdrachten op te tellen en het bedrag te delen door 1 000 000. De uitkomst is het aantal percelen waarvoor de ondernemer aan de voorwaarde heeft voldaan.

- 3 Dariusz Apelski heeft in de aan de inschrijving gehechte lijst veertien opdrachten opgenomen, waarvan hij er twaalf zelf heeft uitgevoerd en zich voor twee heeft beroepen op de ervaring van PUM Sp. z o.o., gevestigd te Grudziądz, als andere entiteit op de middelen waarvan de ondernemer zich beroept (hierna ook: „derde entiteit”). Aan zijn inschrijving heeft Dariusz Apelski een verklaring van PUM Sp. z o.o. gehecht dat deze zich ertoe verbond „de nodige middelen ter beschikking te stellen”, waaruit blijkt hoe de ter beschikking gestelde middelen zullen worden benut: adviesdiensten met betrekking tot onder meer training van de werknemers van de ondernemer en consultancy, waaronder hulp bij het oplossen van problemen die zich bij de uitvoering van de opdracht kunnen voordoen. Naar aanleiding van de door de opdrachtgever geuite twijfels over de impact van het advies en de consultancy door PUM Sp. z o.o. uit Grudziądz (een plaats op ongeveer 230 km van Warschau) op de kwaliteit van de in Warschau te verlenen diensten, heeft de ondernemer meegedeeld dat hij advies en aanwijzingen zou ontvangen. Hij benadrukte tevens dat uit de inhoud van artikel 26, lid 2b, van de Ustawa Pzp niet de verplichting voortvloeit dat de andere entiteit op een bepaalde wijze aan de uitvoering van de opdracht deelneemt en dat de deelneming van de andere entiteiten op een willekeurige wettelijk toegestane wijze kan worden vormgegeven, dus bijvoorbeeld in de vorm van onderaanneming, advies of consultancy. Met behulp van de middelen van een andere entiteit kan de ondernemer zelfstandig de opdracht uitvoeren. Overeenkomstig deze bepaling kan de ondernemer zich beroepen op de vakkennis en ervaring, de technische bekwaamheid en het tot de uitvoering van de opdracht bekwaame personeel of de financiële draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten.
- 4 De opdrachtgever achtte de bovengenoemde overdracht van de middelen van een andere entiteit niet toereikend en wees erop dat middelen als vakkennis en ervaring niet aan anderen ter beschikking kunnen worden gesteld zonder rekening te houden met de aard ervan, dat wil zeggen zonder de persoonlijke, daadwerkelijke deelneming van de andere entiteit in de uitvoering van de opdracht, en nodigde de ondernemer uit zijn documenten op dit punt aan te vullen. De ondernemer bestreed het standpunt van de opdrachtgever. Mocht de opdrachtgever zijn ervaring ontoereikend achten, dan zou de overige ervaring volgens hem in de volgende volgorde moeten worden toegerekend: perceel V, I, II, III, VIII, IV, VII, VI. Hij voerde hierbij aan dat de inschrijving van een ondernemer die voor meerdere percelen inschrijft, voor elk perceel afzonderlijk kan worden behandeld. Derhalve zou een eventuele uitsluiting van de ondernemer en afwijzing van zijn inschrijving niet de hele opdracht moeten raken, maar enkel de afzonderlijke percelen waarvoor de ondernemer niet aan de voorwaarden heeft

voldaan. De opdrachtgever bleef bij zijn standpunt, rekende de ervaring van de ondernemer ook niet deels mee en sloot Dariusz Apelski overeenkomstig artikel 24, lid 2, punt 4, van de Ustawa Pzp met betrekking tot alle percelen van de procedure uit omdat hij niet had aangetoond dat hij voldeed aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure. De opdrachtgever overwoog dat een behoorlijke nakoming van de verplichtingen uit de procedure in het licht van de bijzondere kenmerken van de werkzaamheden, de noodzakelijke kennis van de topografie van de stad, de vereiste termijnen voor de omschreven standaarden voor het onderhoud van de straten in de winter enzovoort niet mogelijk was zonder persoonlijke betrokkenheid van PUM Sp. z o.o.

- 5 In zijn verzoekschrift voor de Krajowa Izba Odwoławcza heeft verzoeker de opdrachtgever het volgende verweten: gebrekkig onderzoek en gebrekkige beoordeling van de inschrijvingen, die beperkt bleef tot de geselecteerde inschrijvingen, en verzuim de inschrijving van verzoeker te onderzoeken; uitsluiting van verzoeker van de percelen I, II, III, IV, V, VI, VII en VIII van de procedure; houden en afsluiten van een elektronische veiling hoewel niet alle inschrijvers waren toegelaten die een regelmatige inschrijving hadden ingediend, hetgeen volgens verzoeker een schending vormt van de artikelen 7, lid 1, 26, leden 2a en 2b juncto artikel 22, leden 1, punt 2, en 5, alsmede de artikelen 83, lid 3, en 26, lid 4, respectievelijk 87, lid 1, van de Ustawa Pzp. Verzoeker vorderde: 1) annulering van de uitsluiting van verzoeker van de procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht met betrekking tot alle percelen ervan; 2) annulering van de selectie van de voordeligste inschrijving voor de percelen I, II, III, IV, V, VI, VII en VIII van de procedure; 3) hernieuwde beoordeling van de ingediende inschrijvingen en toelating van verzoeker tot de elektronische veiling in deze procedure; herhaling van de elektronische veiling.
- 6 Verzoeker voerde aan dat de opdrachtgever in het bestek niet heeft aangegeven dat de voorwaarde van passende vakkennis en ervaring enkel is vervuld indien de entiteit die haar vakkennis en ervaring aan verzoeker ter beschikking heeft gesteld, persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de opdracht, noch dat de ervaring ook betrekking dient te hebben op concrete topografische kennis. Hij benadrukte bovendien dat de ervaring betrekking moet hebben op werkzaamheden met behulp van natzouttechnologie, dat wil zeggen met natriumchloride of een mengsel van natriumchloride en calciumchloride dat tijdens het strooien wordt bevochtigd en in pekels verandert, en dat PUM Sp. z o.o. in haar verbintenis heeft verklaard dat zij over dergelijke ervaring beschikt. Voor zover de opdrachtgever heeft beweerd dat het na opening en kennisname van de inschrijvingen van alle ondernemers die aan de procedure deelnemen, niet meer mogelijk is zonder schending van het beginsel van eerlijke mededinging vast te stellen aan welk perceel bepaalde ervaring moet worden toegeschreven, moet worden aangevoerd dat de opdrachtgever in het bestek de mogelijkheid heeft geboden deelinschrijvingen in te dienen. Het inschrijvingsformulier dat als bijlage nr. 1 aan het bestek was gehecht, voorzag niet in de mogelijkheid om ervaring aan een concreet perceel toe te rekenen. In het onderzochte feitencomplex impliceerde de ontbrekende mogelijkheid om voor

indiening van de inschrijving bepaalde ervaring aan bepaalde percelen toe te schrijven, dat de opdrachtgever vaststelt dat verzoeker de in artikel 26, lid 2b, van de Ustawa Pzp neergelegde voorwaarden voor geen van de acht percelen vervult. Een dergelijke handelwijze van de opdrachtgever vormt een schending van het beginsel van eerlijke mededinging en maakt een behoorlijke beoordeling van alle ingediende inschrijvingen onmogelijk.

- 7 De aanbestedende dienst vorderde verwerping van het beroep. Volgens hem kan een algemene verklaring van PUM Sp. z o.o. dat zij adviesdiensten zal leveren, waaronder training, consultancy en hulp bij het oplossen van problemen die zich bij de uitvoering van de opdracht kunnen voordoen, niet worden gezien als nakoming van de verplichting uit artikel 26, lid 2b, van de Ustawa Pzp om bewijzen te overleggen. De vervulling van de voorwaarden voor deelneming aan de procedure door de ondernemer moet de opdrachtgever de garantie bieden dat een gegeven ondernemer de opdracht naar behoren uitvoert. De toetsing van de ondernemers kan niet louter formeel zijn en beperkt blijven tot een beoordeling of een document is overgelegd als bewijs dat aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure is voldaan, zonder dat wordt onderzocht of de ondernemers daadwerkelijk bekwaam zijn de werkzaamheden uit te voeren die het voorwerp van de overeenkomst vormen. In verband met het bovenstaande heeft de opdrachtgever de mogelijkheid en de verplichting zowel met betrekking tot de ondernemer als met betrekking tot de derde entiteit van wier middelen de ondernemer zich wil bedienen, na te gaan of zij aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure voldoen. De inwilliging van het verzoek van verzoeker om de erkende bekwaamheid overeenkomstig de door hem aangegeven en volgens zijn prioriteiten opgestelde volgorde aan de percelen toe te rekenen, zou er daarentegen toe leiden dat de beginselen van eerlijke mededinging en gelijke behandeling van ondernemers worden geschonden en zou kunnen worden gezien als ontoelaatbaar overleg met de inschrijver met het oog op de wijziging van de inschrijving. Volgens de opdrachtgever moet verzoeker er als beroepsbeoefenaar van op de hoogte zijn dat wijzigingen van de ingediende inschrijvingen en onderhandelingen over de inhoud van de inschrijving tussen de opdrachtgever en de ondernemer na opening van de inschrijvingen niet toelaatbaar zijn.
- 8 Ook de interveniënten aan de zijde van de opdrachtgever, de ondernemingen Remondis Sp. z o.o. en MR Road Service Sp. z o.o., die gezamenlijk naar de opdracht dingen, stellen dat de aard van de opdracht vergt dat de entiteit die haar vakkennis en ervaring ter beschikking stelt, persoonlijk aan de uitvoering daarvan deelneemt. De specifieke natzouttechnologie vergt passende vakkennis en ervaring. Onjuist gebruik van pekels kan namelijk gevaarlijke gevolgen hebben voor het verkeer, doordat gladheid wordt veroorzaakt in plaats van bestreden. Ervaring met de toepassing van de natzouttechnologie kan niet louter door training of advies worden doorgegeven, want om te bepalen hoeveel pekels nodig is en hoe deze moet worden gebruikt, moeten de concrete omstandigheden per geval worden beoordeeld - de resultaten van onmiddellijke waarneming van de

toestand van het wegdek, het weerbericht voor de duur van de werkzaamheden en onmiddellijk daarna enzovoort. Zelfs een permanente telefoonverbinding met de werknemers op de locatie van verzoeker garandeert niet dat vakkennis en ervaring wordt doorgegeven op een wijze die adequaat is voor de vereisten en bijzondere kenmerken van de opdracht. Naar de mening van de interveniënten zou inaanmerkingneming van de voorkeursvolgorde van verzoeker voor de toerekening van de door de opdrachtgever erkende vakkennis en ervaring aan de afzonderlijke percelen van de procedure een ernstige schending vormen van de beginselen van gelijke behandeling en eerlijke mededinging.

Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing

- 9 De in richtlijn 2004/18/EG beschreven beginselen voor het plaatsen van een overheidsopdracht bepalen eenduidig dat opdrachten pas aan ondernemers mogen worden gegund nadat de aanbestedende diensten hun geschiktheid hebben gecontroleerd aan de hand van de criteria van economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid. Daartoe kunnen de aanbestedende diensten eisen dat ondernemers voldoen aan bepaalde minimumcriteria, inzonderheid met betrekking tot hun knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid. In zijn arrest van 29 maart 2012 in de zaak SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, heeft het Hof geoordeeld dat de 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. Dat geldt volgens de Krajowa Izba Odwoławcza des te sterker voor de procedure voor het plaatsen van de opdracht zelf. Niettemin wordt het vertrouwen van ondernemers en aanbestedende diensten in de procedure voor de selectie van een onderneming die in richtlijn 2004/18/EG en in de Ustawa Pzp is neergelegd, door de praktijk van de toepassing van de artikelen 48, lid 3, en 47, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG en artikel 26, lid 2b, van de Ustawa Pzp in veel gevallen geschaad. Artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG toont namelijk (evenals artikel 47, lid 2) dat de economische en financiële draagkracht, technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid niet altijd een kenmerk hoeven te zijn van de ondernemer die dingt naar deze opdracht. Dit voorschrift is zeer algemeen verwoord en geeft geen uitsluitel over de vraag hoe dit beroep op de draagkracht van andere entiteiten en de beschikking erover moet worden toegepast. Daarom was dit voorschrift na de invoering ervan in de Ustawa Pzp in 2009 het controversieelste en meest problematische aspect in de praktijk van het plaatsen van overheidsopdrachten. Hoewel artikel 26, lid 2b, van de Ustawa Pzp dat niet bepaalt, vloeit uit de voorschriften van richtlijn 2004/18/EG voort dat ondernemers zich „in voorkomend geval”, dus niet altijd, kunnen beroepen op de draagkracht van een andere entiteit. Er ontbreekt echter een bepaling om welke gevallen het gaat en wie dat op welke manier moet bepalen.

- 10 De uiteenlopende opvattingen hoe een ondernemer zich op de vakkennis van andere entiteiten kan beroepen en daarover kan beschikken, en met name de formalistische opvatting daarover, hebben geleid tot grote onrust op de markt van overheidsopdrachten en zelfs tot een zogenoemde „handel in referenties” (uitlenen of verkoop van referenties aan ondernemers uitsluitend om formeel aan te kunnen tonen dat zij aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure voldoen, zonder dat daadwerkelijk middelen voor de uitvoering van de opdracht ter beschikking worden gesteld). Dat leidde tot een ernstige beschadiging van het vertrouwen in de voorschriften van de procedure voor het plaatsen van opdrachten en de aanbestedende diensten en tot de overtuiging dat overheidsopdrachten worden gegund zonder dat acht wordt geslagen op een eerlijke mededinging. Het bleek namelijk dat een opdracht kan worden gegund aan een persoon zonder enige ervaring, financiële of economische draagkracht, eigen personeel en apparatuur of andere bekwaamheden, en derhalve zonder enige kwalificatie voor de uitvoering van de opdracht.
- 11 In dit verband moet er ook op worden gewezen dat artikel 22, lid 1, van de Ustawa Pzp tot aan de herziening in 2009 bij de Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (wet van 5 november 2009 tot herziening van de wet op de overheidsopdrachten en de wet betreffende gerechtskosten in civiele zaken) (Dz. U. nr. 206, poz. 1591), net als de Unieregels, bepaalde dat ondernemers die gerechtigd zijn om een bepaalde activiteit uit te oefenen of handeling te verrichten (als de wet zulks voorschrijft), die de onontbeerlijke vakkennis en ervaring hebben en beschikken over de technische bekwaamheden en het personeel dat bekwaam is een opdracht uit te voeren en met de economische en financiële draagkracht die garandeert dat de opdracht wordt uitgevoerd, naar een opdracht kunnen dingen. De herziening van de Ustawa Pzp in 2009 betekende een wezenlijke wijziging van de inhoud van dit voorschrift: volgens de bewoordingen van deze versie hoeft de ondernemer die naar een opdracht dingt, niet meer gerechtigd te zijn en over de noodzakelijke vakkennis en ervaring, de technische bekwaamheid en het personeel of de economische en financiële draagkracht te beschikken die garandeert dat de opdracht wordt uitgevoerd, maar moet hij enkel nog voldoen aan de door de opdrachtgever gestelde voorwaarden voor de kwalificatie van ondernemers. De eisen zijn dus verschoven van daadwerkelijke bekwaamheid voor de uitvoering van de opdracht naar formele voldoening aan voorwaarden.
- 12 Daarom is een beslissing van het Hof noodzakelijk over de vraag of de zinsnede in de bovengenoemde bepalingen dat de ondernemer zich „in voorkomend geval” op de draagkracht van andere entiteiten kan beroepen, ziet op alle situaties waarin een ondernemer niet beschikt over de door de aanbestedende dienst vereiste kwalificaties en zich wil beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, of dat deze mogelijkheid aan beperkingen is gebonden en zo ja, aan welke. Voorts is van belang hoe een dergelijk beroep op de bekwaamheden en kwalificaties eruit moet zien. In wezen gaat het dus onder meer om de (ook door de opdrachtgever opgeworpen) vraag of ondernemers die zich beroepen op de kwalificaties van

andere entiteiten, beter behandeld mogen worden dan ondernemers met eigen kwalificaties, dan wel beter dan ondernemers die daadwerkelijk en reëel een beroep doen op die kwalificaties (de betrokken entiteit voert daadwerkelijk het deel van de opdracht uit waarvoor zijn ervaring vereist is) en of een dergelijke bevoordeling op enige grond gerechtvaardigd kan worden. Zelfs als rekening wordt gehouden met de wens om kleinere, zwakkere, jonge of onervaren entiteiten te steunen ten koste van ervaren entiteiten met eigen kwalificaties, mag niet worden vergeten dat een kwalificatie als ervaring enkel wordt erkend als zij is opgedaan in de door de voorschriften genoemde periode (drie jaar voor leveringen en diensten en vijf jaar voor werken), zodat ook ervaren ondernemers hun ervaring steeds moeten „vernieuwen” om zich erop te kunnen beroepen.

- 13 Niet ten onrechte heeft de opdrachtgever erop gewezen dat met het recht van een ondernemer om zich van de ervaring van een andere entiteit te bedienen, de verplichting is verbonden om aan te tonen dat hij werkelijk over de hem toevertrouwde middelen kan beschikken. Op een dergelijke opvatting van de mogelijkheid zich op de kwalificaties van een andere entiteit te beroepen, lijken de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 2 december 1999 in de zaak C-176/98 en van 18 december 1997 in zaak C-5/97 te wijzen, die onder meer hebben geleid tot de invoering van de artikelen 48, lid 3, en 47, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG. De artikelen 48, lid 3, en 47, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG, waarbij deze rechten zijn ingevoerd, zijn echter zeer algemeen en kunnen op uiteenlopende wijze worden uitgelegd.
- 14 Er is geen twijfel aan dat een bovenmatige erkenning van de mogelijkheid voor ondernemers om zich op de middelen van een andere entiteit te beroepen in de ogen van concurrerende ondernemingen een schending is van het beginsel van eerlijke mededinging. Bovendien bewerkstelligen sommige voorschriften, zoals artikel 36a van de Ustawa Pzp, juist dat ondernemers die door hun vakkennis en ervaring zelf gekwalificeerd zijn, worden achtergesteld en ondernemers die zich beroepen op externe ervaring, ongerechtvaardigd worden bevoordeeld. Uit artikel 36a van de Ustawa Pzp vloeit namelijk voort dat de opdrachtgever wel het voorbehoud kan maken dat de ondernemer cruciale onderdelen van een opdracht voor werken of diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor leveringen persoonlijk uitvoert, maar dat voorbehoud geen gevolg heeft voor zover de ondernemer zich op de middelen van een andere entiteit beroept. Derhalve kan de opdrachtgever aan een ondernemer met eigen kwalificaties restricties opleggen (verbod zich te bedienen van onderaannemers) die aan ondernemers zonder eigen kwalificaties niet mogen worden opgelegd. Volgens de Krajowa Izba Odwoławcza is dat duidelijk een vorm van ongelijke behandeling van ondernemers. Hierbij is ook van belang dat uit de inhoud van artikel 48, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG niet voortvloeit dat ondernemers gehouden zijn de opgegeven kwalificaties van andere entiteiten te benutten; ook de in de inschrijving genoemde andere entiteiten hebben geen enkele verplichting tegenover de aanbestedende dienst noch dragen zij enige aansprakelijkheid voor

de behoorlijke uitvoering van de opdracht. Niettemin zijn hun kwalificaties vaak beslissend voor de gunning van de opdracht aan een bepaalde ondernemer.

- 15 Bovendien is er ter terechtzitting terecht op gewezen dat door middel van training en advisering weliswaar vakkennis kan worden overgedragen, maar geen ervaring, die uit de aard der zaak in de toetsing van die vakkennis in de uitvoeringspraktijk bestaat. Derhalve is het terecht dat de opdrachtgever in de aankondiging van de opdracht of in het bestek de grondslagen neerlegt aan de hand waarvan een ondernemer zich kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, bijvoorbeeld hoe de andere entiteit bij de uitvoering van de opdracht betrokken moet zijn, of de andere entiteit hoofdelijk aansprakelijk zal zijn voor de regelmatige uitvoering van de opdracht en in hoeverre de kwalificaties van de ondernemer en de andere entiteit opgeteld kunnen worden. Het belangrijkste is echter dat deze grondslagen met betrekking tot de voorschriften zelf zodanig worden beschreven dat ze gelijkelijk betrekking hebben op alle ondernemers in alle procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten. Enkele van de gerezen punten zijn geregeld in richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, bijvoorbeeld in artikel 63, lid 1, waarin wordt bepaald dat een ondernemer zich met betrekking tot beroepservaring slechts kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer deze entiteiten de werken of diensten zal verrichten. Hoewel de richtlijn noch niet bindend is, kan zij een wezenlijke grondslag voor de uitlegging van de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG vormen.
- 16 Verder rijst de vraag of een ondernemer na indiening van zijn inschrijving (of verzoek tot deelneming aan de procedure), bijvoorbeeld als aanvulling of toelichting op zijn documenten, kan verklaren aan welke percelen de door hem als bewijs voor de vervulling van de voorwaarden voor deelneming aan de procedure opgegeven middelen moeten worden toegerekend, als hij dat niet ten tijde van de indiening van de inschrijving of het verzoek heeft gedaan. Het is twijfelachtig of het met de beginselen van eerlijke mededinging en gelijke behandeling verenigbaar is om een ondernemer toe te staan na opening van de inschrijvingen (of verzoeken) van andere ondernemers een dergelijke verklaring af te leggen. Als een ondernemer in de gelegenheid wordt gesteld een perceel te kiezen waaraan zijn kwalificaties moeten worden toegerekend, kan dat door andere ondernemers worden gezien als ontoelaatbaar overleg en onderhandelingen over de inschrijving tussen de opdrachtgever en de ondernemer.
- 17 Vergelijkbare dilemma's kunnen zich voordoen indien een veiling ongeldig wordt verklaard en een elektronische veiling wordt herhaald ingeval deze op wezenlijke punten onregelmatig is verlopen, bijvoorbeeld omdat niet alle ondernemers die een regelmatige inschrijving hebben ingediend, daarvoor waren uitgenodigd. Bij gebreke van een verplichting ondernemers in kennis te stellen van de beoordeling van inschrijvingen en over de gronden voor de uitsluiting van een ondernemer, de afwijzing van een inschrijving of de termijn voor de indiening van bezwaren en de

beslissing daarop, kan een veiling worden gehouden zonder dat daaraan alle ondernemers deelnemen die uitgenodigd hadden moeten worden, of omgekeerd, waaraan ondernemers deelnemen die geen aan de eisen beantwoordende inschrijving hebben ingediend. Overeenkomstig de voorschriften van de Ustawa Pzp kan de procedure voor het plaatsen van een opdracht worden geannuleerd wanneer het gebrek waardoor het is aangetast, niet kan worden hersteld en het in de weg staat aan de sluiting van een overeenkomst voor de uitvoering van de overheidsopdracht die niet nietig kan worden verklaard (artikel 93, lid 1, punt 7). Een overeenkomst kan nietig worden verklaard indien de opdrachtgever door een doen of nalaten een wettelijk voorschrift op een zodanige wijze schendt dat de uitslag van de procedure kan worden beïnvloed (artikel 146, lid 6, van de Ustawa Pzp). Indien de voordeligste inschrijving is geselecteerd door middel van een veiling waaraan niet alle ondernemers hebben deelgenomen, en niet kan worden vastgesteld of de uitslag door de deelneming van de niet in aanmerking genomen ondernemer anders zou zijn geweest, kan ongeldigverklaring van de veiling of zelfs annulering van de gehele procedure door de opdrachtgever buitensporig zijn.