



Datum van inontvangstneming : 30/09/2014

Zaak C-387/14

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

Datum van indiening:

14 augustus 2014

Verwijzende rechter:

Krajowa Izba Odwoławcza (Polen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

25 juli 2014

Verzoekende partij:

Esaprojekt sp. z o.o.

Verwerende partij:

Województwo Łódzkie

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

De procedure heeft betrekking op het beroep dat een van de deelnemers aan een procedure voor de gunning van een opdracht voor het leveren van IT-diensten aan een ziekenhuis heeft ingesteld tegen het besluit van de opdrachtgever om de opdracht te gunnen aan een inschrijver die pas in de fase waarin aanvullende stukken zijn ingediend, informatie heeft verstrekt over opdrachten die hij in het verleden heeft uitgevoerd, en die zich daarbij heeft gebaseerd op opdrachten die door een andere onderneming zijn uitgevoerd, en stukken heeft overgelegd die pas na het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offerte zijn opgesteld. De vraag is ook aan de orde of een inschrijver zich kan beroepen op de gezamenlijke ervaring van meerdere ondernemingen en de uitvoering van meerdere overeenkomsten als de uitvoering van één opdracht kan voorstellen. Verzoekster verzoekt om de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vragen

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

Prejudiciële vragen

Vraag 1: Staat artikel 51 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”), gelezen in samenhang met de in artikel 2 van deze richtlijn neergelegde beginselen van gelijke en niet-discriminerende behandeling van ondernemers en van transparantie, toe dat een ondernemer die toelichting bij de stukken verstrekt of aanvullende stukken overlegt, in die context andere opdrachten (dat wil zeggen leveringen) vermeldt dan die welke hij heeft genoemd in de bij de offerte gevoegde lijst van leveringen? Mag hij meer bepaald verwijzen naar opdrachten die door een andere ondernemer zijn uitgevoerd, wanneer hij in de offerte niet heeft aangegeven dat hij gebruik kan maken van diens middelen?

Vraag 2: Moet artikel 51 van richtlijn 2004/18/EG, gelet op het arrest van het Hof van 10 oktober 2013, *Manova* (C-336/12), waaruit blijkt dat „het beginsel van gelijke behandeling aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat een aanbestedende dienst na afloop van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een overheidsopdracht een gegadigde verzoekt documenten over te leggen waarin diens situatie wordt beschreven, zoals de gepubliceerde balans, en waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure, voor zover de stukken van die aanbesteding niet uitdrukkelijk de overlegging ervan voorschreven op straffe van uitsluiting van de inschrijving”, aldus worden uitgelegd dat de overlegging van aanvullende stukken slechts is toegestaan wanneer het gaat om stukken waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij reeds bestonden vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offertes of van de verzoeken om aan de procedure te mogen deelnemen, of aldus dat het Hof slechts een van de mogelijkheden heeft genoemd en dat de overlegging van aanvullende stukken ook in andere gevallen is toegestaan, bijvoorbeeld wanneer achteraf stukken worden overgelegd die niet dateren van vóór het verstrijken van deze termijn, maar die de objectieve bevestiging vormen dat is voldaan aan een deelnemingsvoorwaarde?

Vraag 3: Wanneer de tweede vraag aldus wordt beantwoord dat ook andere aanvullende stukken dan de in het arrest *Manova* (C-336/12) genoemde kunnen worden overgelegd, kunnen dan aanvullende stukken worden verstrekt die afkomstig zijn van de ondernemer, van onderaannemers of van andere

ondernemers die hun middelen ter beschikking stellen van de ondernemer, wanneer dezen in de offerte niet zijn vermeld?

Vraag 4: Staat artikel 44 van richtlijn 2004/18/EG, gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, sub a, en het in artikel 2 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer zich beroept op de draagkracht van een andere ondernemer in de zin van artikel 48, lid 3, in die zin dat de kennis en de ervaring van twee ondernemers die elk op zich niet beschikken over de door de aanbestedende dienst verlangde kennis en ervaring, worden samengeteld, wanneer deze ervaring ondeelbaar is (dat wil zeggen dat een ondernemer volledig moet voldoen aan de voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen) en de uitvoering van de opdracht ondeelbaar is (dat wil zeggen één geheel vormt)?

Vraag 5: Staat artikel 44 van richtlijn 2004/18/EG, gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, sub a, en het in artikel 2 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer zich beroept op de ervaring van een groep ondernemers, in die zin dat een ondernemer die als lid van een groep ondernemers een opdracht heeft uitgevoerd, zich op de uitvoering van de opdracht door deze groep kan beroepen, ongeacht zijn aandeel in de uitvoering van deze opdracht, of kan hij zich slechts beroepen op de eigen ervaring die hij zelf daadwerkelijk heeft verworven bij de uitvoering van het deel van de opdracht dat hem binnen de groep was toegewezen?

Vraag 6: Kan artikel 45, lid 2, sub g, van richtlijn 2004/18/EG, volgens hetwelk van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen of die inlichtingen niet heeft verstrekt, aldus worden uitgelegd dat een ondernemer die valse inlichtingen heeft verstrekt die invloed op de uitkomst van de procedure hadden of konden hebben, van de procedure wordt uitgesloten, met dien verstande dat de schuld voor de desbetreffende misleiding louter voortvloeit uit de verstrekking van valse inlichtingen aan de aanbestedende dienst die het besluit van deze dienst tot uitsluiting van de ondernemer (en tot afwijzing van zijn offerte) beïnvloeden, ongeacht of de ondernemer opzettelijk en doelbewust heeft gehandeld, dan wel onopzettelijk, lichtvaardig, onachtzaam of zonder de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen? Kan slechts worden aangenomen dat een ondernemer „zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen of inlichtingen niet heeft verstrekt” wanneer de betrokkene valse gegevens heeft verstrekt (die niet overeenstemmen met de realiteit), of kan dit ook worden aangenomen wanneer de ondernemer weliswaar correcte informatie heeft verstrekt, maar dit heeft gedaan op een wijze die erop gericht is de aanbestedende dienst ervan te overtuigen dat de ondernemer voldoet aan de door hem gestelde vereisten, hoewel dit niet het geval is?

Vraag 7: Staat artikel 44 van richtlijn 2004/18/EG, gelezen in samenhang met artikel 48, lid 2, sub a, en het in artikel 2 neergelegde beginsel van gelijke behandeling van ondernemers toe dat een ondernemer zich op zodanige wijze op zijn ervaring beroept dat hij twee of meer overeenkomsten als één opdracht voorstelt, hoewel de opdrachtgever noch in de aankondiging noch in het bestek in deze mogelijkheid heeft voorzien?

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), artikelen 2, 51, 44, 48, lid 2, sub a, en 45, lid 2, sub g.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Ustawa Prawo zamówień publicznych (Poolse aanbestedingswet; geconsolideerde versie, Dz. U. 2013, poz. 907, 984, 1047 en 1473, en Dz. U. 2014, poz. 423; hierna: „aangebestedingswet”), artikel 2, lid 13, artikel 7, lid 1, artikel 22, leden 1 en 5, artikel 24, lid 2, punten 3 en 4, artikel 26, leden 1, 2a, 2b, 3 en 4, artikel 36, lid 1, punten 5 en 6

Artikel 2, lid 13, van de aanbestedingswet luidt als volgt: „Voor de toepassing van deze wet moeten onder [...] overheidsopdrachten worden verstaan overeenkomsten onder bezwarende titel tussen de opdrachtgever en de ondernemer over diensten, leveringen of werken.”

In artikel 7, lid 1, van de aanbestedingswet zijn de beginselen van eerlijke mededinging en gelijke behandeling van ondernemers neergelegd.

Artikel 24, lid 2, punt 3, van de aanbestedingswet bepaalt: „Van de aanbestedingsprocedure worden tevens uitgesloten de ondernemers die: [...] valse inlichtingen hebben verstrekt die de uitkomst van de procedure beïnvloeden of kunnen beïnvloeden [...]”

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

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

2a. De ondernemer toont op verzoek van de opdrachtgever en in de door hem bepaalde mate 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 [...] voorwaarden en dat geen uitsluitingsgrond bestaat wegens niet-ervulling van de voorwaarden [...]

2b. De ondernemer kan zich beroepen op de vakkennis en de ervaring, de technische bekwaamheid en het ter uitvoering van de opdracht geschikte personeel of de financiële draagkracht van andere ondernemingen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die ondernemingen. In dat geval moet de ondernemer ten opzichte van 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 ondernemingen om de ondernemer voor de duur van de uitvoering van de opdracht de nodige middelen ter beschikking te stellen.

3. De opdrachtgever verzoekt de ondernemers die niet binnen de gestelde termijn de door de opdrachtgever vereiste [...] verklaringen of documenten hebben overgelegd, geen volmachten hebben overgelegd of die door de opdrachtgever vereiste [...] verklaringen en documenten hebben overgelegd die fouten bevatten, [...] om 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 moeten aantonen 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 offertes verstrijkt, voldoet aan de voorwaarden voor deelneming aan de procedure en dat de leveringen, diensten en werken beantwoorden aan de door de opdrachtgever gestelde vereisten.

4. De opdrachtgever verzoekt tevens om binnen een door hem gestelde termijn toelichtingen bij de [...] verklaringen of documenten te verstrekken.”

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

- 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; [...]

Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (besluit van de voorzitter van de ministerraad van 19 februari 2013 betreffende de stukken die de opdrachtgever van de ondernemer kan verlangen, en betreffende de vorm waarin deze stukken kunnen worden ingediend) (Dz.U. 2013, poz. 231), § 1, lid 1, punt 3, § 1, lid 6

§ 1, lid 1, punt 3, luidt als volgt: „[...] de opdrachtgever [kan] verzoeken om de volgende stukken over te leggen: [...] een lijst van de belangrijke leveringen en prestaties die zijn verricht in de periode van de laatste drie jaar vóór het verstrijken van de termijn voor de indiening van de offertes of voor de indiening van verzoeken om aan de procedure te mogen deelnemen, en – in geval van periodieke of lopende prestaties – ook van de belangrijke leveringen en prestaties die thans worden verricht, of, indien de activiteit gedurende een kortere periode is uitgeoefend, van de belangrijke leveringen en prestaties die in deze periode zijn verricht, met opgave van de waarde, het voorwerp, de uitvoeringstermijnen en de instanties waarvoor de leveringen of de diensten zijn verricht, en vergezeld van bewijzen dat deze leveringen of diensten naar behoren zijn uitgevoerd.”

§ 1, lid 6, bepaalt: „Wanneer de ondernemer zich overeenkomstig de in artikel 26, lid 2b, van de wet vastgestelde regels beroept op de draagkracht van andere ondernemers om aan te tonen dat hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 22, lid 1, van de wet, kan de opdrachtgever met het oog op de beoordeling van de vraag of de ondernemer voldoende gebruik zal kunnen maken van de middelen van de andere ondernemers om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren, en of de relatie tussen de ondernemer en de andere ondernemers garandeert dat hij daadwerkelijk hun middelen zal kunnen aanwenden, verzoeken om:

[...]

- 2) documenten over te leggen, met name betreffende:
 - a) de omvang van de middelen van de andere ondernemers die ter beschikking staan van de ondernemer;
 - b) de wijze waarop de ondernemer bij de uitvoering van de opdracht gebruik zal maken van de middelen van de andere ondernemers;
 - c) de aard van de verhouding die tussen de ondernemer en de andere ondernemers zal worden gevestigd;
 - d) de mate waarin de andere ondernemers zullen meewerken aan de uitvoering van de opdracht, alsook de duur van hun medewerking.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (wet van 6 juni 1997 – strafwetboek; Dz. U. Nr 88, poz. 553 z późn. zm., met latere wijzigingen), artikel 9

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (wet van 23 april 1964 – burgerlijk wetboek; geconsolideerde versie in Dz. U. 2014, poz. 121), artikelen 355 en 415

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 De opdracht heeft betrekking op de modernisering van de bestaande IT-systemen en de invoering van nieuwe IT-systemen in het kader van het project „Diensten van het Regionale Medische Informatiesysteem (RMI)” (Dz.U. 2013/S 232-402292) in ziekenhuizen die ressorteren onder de Samorząd Województwa Łódzkiego (zelfstandig bestuursorgaan van de regio Lodzkie). Het beroep betreft het derde deel van de aanbesteding, dat betrekking heeft op de aankoop en de levering van een geïntegreerd ziekenhuissysteem (HIS) voor de administratieve (grijze) en de medische (witte) afdeling van het onafhankelijke regionale Nicolaas Copernicus-ziekenhuis in Piotrków Trybunalski.
- 2 Volgens rubriek 6, punt 6.1, nr. 6.1.2 [van het bestek] kon op de aanbesteding worden ingeschreven door ondernemers die onder meer aantoonde dat zij voldeden aan de volgende voorwaarden, waaruit hun kennis en ervaring moesten blijken: zij moesten minstens twee opdrachten hebben uitgevoerd die (telkens) betrekking hadden op de levering, de installatie, de configuratie en de implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis met ten minste 200 bedden en voor een waarde van minstens 450 000,00 PLN bruto.
- 3 De opdrachtgever legde uit dat onder „geïntegreerd ziekenhuissysteem” diende te worden verstaan een systeem dat ten minste de volgende functionele gebieden bestrijkt: 1) voor de witte afdeling: het beheer van het patiëntenverloop (opname en afdelingen), het beheer van de afdelingen voor ambulante zorg (registratie en consultatie), het beheer van de medische documentatie, het beheer van de medische statistieken, het beheer van de geneesmiddelenvoorraden in de afdelingen, het beheer van de afrekeningen met de NFZ [nationaal gezondheidsfonds] en van de databank; 2) voor de grijze afdeling: boekhouding en financieel beheer, kasbeheer, facturatie, kostenadministratie, personeelsbeheer en salarisadministratie, beheer van de vaste middelen en van de databank.
- 4 Om aan te tonen dat zij aan deze voorwaarde voldeden, moesten de ondernemers een verklaring afgeven en een lijst overleggen van de belangrijke leveringen die waren verricht in de laatste drie jaar vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn of, indien de activiteit gedurende een kortere periode was uitgeoefend, in die periode, met opgave van het voorwerp, de waarde, de uitvoeringstermijnen en de instanties waarvoor de leveringen of waren verricht. Zij moesten tevens bewijzen verstrekken waaruit bleek dat deze leveringen naar behoren waren uitgevoerd.
- 5 De opdrachtgever legde tevens uit dat onder het begrip „belangrijke levering” moest worden verstaan een overeenkomst betreffende de levering, de installatie, de configuratie en de implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis. Voorts stelde hij dat de lijst van

belangrijke leveringen ook leveringen moest omvatten waaruit bleek dat was voldaan aan de door hem in nummer 6.1.2 van het bestek gestelde voorwaarden.

- 6 Komputer Konsultant Sp. z o.o. legde in het kader van haar offerte een lijst van leveringen over, die de volgende twee leveringen omvatte:
 1. levering, installatie, configuratie en implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis met meer dan 600 bedden voor een brutowaarde van 2 009 470,54 PLN, uitgevoerd voor het regionale, gespecialiseerde J. Korczak-ziekenhuis in Słupsk in de periode van 5 oktober 2010 tot 29 juni 2012 door het consortium Konsultant IT Sp. z o.o./Komputer Konsultant Sp. z o.o.;
 2. levering, installatie, configuratie en implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis met meer dan 500 bedden voor een brutowaarde van 5 995 645,34 PLN, uitgevoerd voor het regionale, gespecialiseerde J. Śniadecki-ziekenhuis in Nowy Sącz in de periode van 1 september 2010 tot 30 augustus 2011 door het consortium Konsultant IT Sp. z o.o./Komputer Konsultant Sp. z o.o.
- 7 De opdrachtgever was van mening dat Komputer Konsultant Sp. z o.o. de beste offerte had ingediend voor perceel 3. Esaprojekt Sp. z o.o. heeft beroep ingesteld tegen dit besluit en aangevoerd dat Konsultant Komputer Sp. z o.o. niet heeft aangetoond dat zij voldoet aan bovengenoemde voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen, aangezien de overgelegde overeenkomsten geen betrekking hadden op het administratief beheer (grijze sector). De opdrachtgever heeft dit punt echter niet gecontroleerd, aangezien hij dienaangaande niet om nadere toelichting heeft verzocht. Konsultant Komputer Sp. z o.o. heeft in de lijst van geleverde diensten niet vermeld op welk gebied de prestaties waren geleverd, maar enkel globaal aangegeven dat het systeem zowel de witte als de grijze sector bestreek.
- 8 In zijn vonnis in bovengenoemde zaak heeft de kamer van beroep de opdrachtgever gelast om de selectie van de meest voordelige offerte voor het derde perceel in te trekken en Konsultant Komputer Sp. z o.o. op grond van artikel 26, lid 4, van de aanbestedingswet te verzoeken, toe te lichten wat de opdrachten die zij had aangevoerd als bewijs van de kennis en ervaring die nodig waren om aan de aanbestedingsprocedure te kunnen deelnemen, juist inhielden. De opdrachtgever diende de verdere stappen in de aanbestedingsprocedure dan te laten bepalen door de uitkomst van de beoordeling van de verstrekte toelichting.
- 9 In navolging van het vonnis van de kamer van beroep heeft de opdrachtgever de selectie van Konsultant Komputer Sp. z o.o. ingetrokken en deze onderneming verzocht om een toelichting te geven bij de stukken die zij had overgelegd om aan te tonen dat zij voldeed aan de in nummer 6.1.2 van het bestek genoemde voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen. De opdrachtgever heeft

haar verzocht om aan te tonen dat de opdracht die zij had uitgevoerd voor het regionale, gespecialiseerde J. Korczak-ziekenhuis in Słupsk mede betrekking had op de administratie. In haar antwoord gaf Konsultant Komputer Sp. z o.o. te kennen dat deze opdracht ook daarop betrekking had. Zij deelde tevens mee dat de referenties die zij bij de offerte had gevoegd, betrekking hadden op de uitvoering van twee overeenkomsten, namelijk overeenkomst nr. 51/2/2010 van 5 oktober 2010 en overeenkomst nr. 62/2010 van 6 december 2010.

- 10 Zo kwam aan het licht dat de opdracht voor het regionale, gespecialiseerde J. Korczak- ziekenhuis in Słupsk waren uitgevoerd in het kader van twee aanbestedingsprocedures en in twee verschillende overeenkomsten waren geregeld, waarvan de ene geen betrekking had op de witte afdeling en de andere geen betrekking had op de grijze afdeling. De opdrachtgever stelde dan ook vast dat de betrokken prestatie niet voldeed aan de in nr. 6.1.2 van het bestek gestelde voorwaarde dat elke opdracht alle in nr. 6.1.2 genoemde elementen moet omvatten. De opdrachtgever wees erop dat volgens de definitie van artikel 2, lid 13, van de aanbestedingswet onder overheidsopdrachten moeten worden verstaan overeenkomsten onder bezwarende titel tussen de opdrachtgever en de ondernemer over diensten, leveringen of werken. In die omstandigheden verzocht de opdrachtgever Komputer Konsultant Sp. z o.o. om de stukken aan te vullen, dat wil zeggen om stukken over te leggen die aantoonen dat was voldaan aan de in nr. 6.1.2 van het bestek gestelde voorwaarde.
- 11 Ter aanvulling van de stukken legde Komputer Konsultant Sp. z o.o. een nieuwe lijst leveringen over, waarbij zij zich beriep op de ervaring die een andere ondernemer, Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o., had verworven in het kader van de uitvoering van twee leveringen: een voor het Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej (onafhankelijk openbaar ziekenhuis) in Janów Lubelski en een voor het Okręgowy Szpital Kolejowy Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej (onafhankelijk openbaar districtsspoorwegenziekenhuis) in Lublin. Voorts beriep zij zich opnieuw op de levering aan het gespecialiseerde J. Śniadecki-ziekenhuis in Nowy Sącz.
- 12 Komputer Konsultant Sp. z o.o. legde ook een verklaring van Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. over, waarin deze zich ertoe verbond de nodige middelen ter beschikking te stellen voor de periode waarin een beroep op haar zou worden gedaan voor de uitvoering van de opdracht. Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. gaf in deze verklaring te kennen dat zij als adviseur en consultant aan de uitvoering van de opdracht zou meewerken.
- 13 De opdrachtgever aanvaardde deze verklaringen en koos opnieuw de offerte van Komputer Konsultant Sp. z o.o. Daarop stelde Esaprojekt Sp. z o.o. opnieuw beroep in.
- 14 De verwijzende rechter heeft – samengevat – de volgende vaststellingen verricht:

1. in beginsel staat vast dat de voor het regionale, gespecialiseerde J. Korczak-ziekenhuis in Słupsk uitgevoerde opdracht niet voldeed aan de in nr. 6.1.2 van het bestek gestelde voorwaarde, aangezien hiervoor twee overeenkomsten zijn gesloten; er is wel discussie mogelijk over de omvang van de twee overeenkomsten (of zij samen beschouwd de witte en de grijze afdeling bestreken, zoals geëist door de opdrachtgever);
2. vaststaat dat de voor het gespecialiseerde J. Śniadecki-ziekenhuis in Nowy Sącz uitgevoerde opdracht voldoet aan de door de opdrachtgever gestelde eisen;
3. vaststaat dat de opdracht die Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. heeft uitgevoerd voor het onafhankelijke openbare districtsspoorwegziekenhuis in Lublin, voldoet aan de door de opdrachtgever gestelde eisen;
4. uit het verweerschrift van de opdrachtgever blijkt dat deze van mening was dat met de twee leveringen, namelijk de levering die Konsultant IT Sp. z o.o. en Komputer Konsultant Sp. z o.o. samen hadden verricht, en de door Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. verrichte levering, samen beschouwd, was voldaan aan de voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen. De informatie betreffende de door Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. uitgevoerde opdrachten werd niet samen met de offerte verstrekt, maar op het ogenblik dat de stukken werden aangevuld.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 15 Verzoekster Esaprojekt Sp. z o.o. betoogt dat Konsultant Komputer Sp. z o.o. van de procedure had moeten worden uitgesloten omdat zij valse inlichtingen heeft verstrekt die de uitkomst van de procedure hebben beïnvloed of konden beïnvloeden (artikel 24, lid 2, punt 3, en artikel 7, lid 1, van de aanbestedingswet), en omdat zij niet heeft bewezen dat zij voldoet aan de voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen (artikel 24, lid 2, punt 4, en artikel 7, lid 1, juncto artikel 26, lid 2, van de aanbestedingswet, juncto § 3, lid 4, [van het besluit] betreffende de stukken die de opdrachtgever van de ondernemer kan verlangen en de vorm waarin deze stukken kunnen worden ingediend). Haar offerte had moeten worden afgewezen, aangezien deze is ingediend door een ondernemer die dient te worden uitgesloten wegens het verstrekken van valse inlichtingen (artikelen 91, lid 1, en 7, lid 1, juncto artikel 24, lid 4, juncto artikel 24, lid 2, punten 3 en 4, juncto artikel 24, lid 4, van de aanbestedingswet).
- 16 Volgens verzoekster moest Konsultant Komputer Sp. z o.o. overeenkomstig artikel 24, lid 2, punt 3, van de aanbestedingswet van de procedure worden uitgesloten, aangezien zij in de onderhavige omstandigheden opzettelijk valse verklaringen heeft afgelegd. Het ging om een bewuste handeling die ertoe strekte het bewijs te leveren dat zij voldeed aan de voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen, en de opdracht binnen te halen. Zij heeft in haar toelichtingen

tweemaal verzekerd dat de voor het ziekenhuis in Słupsk uitgevoerde opdracht zowel betrekking had op de witte als op de grijze afdeling, terwijl dat niet het geval was, wat de opdrachtgever zelf heeft bevestigd door erop te wijzen dat bovengenoemde voorwaarde niet vervuld was. Bovendien ging het om twee opdrachten en niet om één opdracht, zoals Konsultant Komputer Sp. z o.o. heeft betoogd.

- 17 Het is van belang dat Konsultant Komputer Sp. z o.o. haar toelichting heeft verstrekt in bijzondere omstandigheden, namelijk naar aanleiding van het desbetreffende bevel in het vonnis van de kamer van beroep, die van oordeel was dat het verzoek tot uitsluiting voorbarig was, aangezien er nog niet om inlichtingen was verzocht. Zij moest dus dubbel zo zorgvuldig zijn, aangezien zij wist dat bepaalde elementen van haar offerte gegronde twijfels wekten. Konsultant Komputer Sp. z o.o. heeft veel tijd gehad om de informatie voor te bereiden, aangezien zij had verwacht dat haar om toelichting zou worden verzocht. Er kan dus geen sprake van zijn dat zij „onbewust” een vergissing heeft begaan of onder tijdsdruk heeft gehandeld.
- 18 Uit de verstrekte toelichting blijkt dus dat zij bewust en doelbewust valse inlichtingen heeft verstrekt. Dit blijkt zowel uit de inhoud van de verstrekte informatie – zij heeft doelbewust enkelvoud en meervoud „verwisseld” (één “opdracht” wordt “twee overeenkomsten”) – als uit de inhoud van de betrokken overeenkomsten, die erop wijst dat deze een ander voorwerp hadden dan in de verstrekte informatie was aangegeven. De ondernemer kende de inhoud en de draagwijdte van deze beide overeenkomsten, aangezien hij ze zelf heeft uitgevoerd. De opdrachtgever had Konsultant Komputer Sp. z o.o. overeenkomstig artikel 24, lid 2, punt 3, van de aanbestedingswet moeten uitsluiten in plaats van om aanvullende stukken te verzoeken. Hij kon hier niet om verzoeken, aangezien volgens artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet niet om aanvullende stukken kan worden verzocht wanneer de offerte hoe dan ook moet worden afgewezen, wat bij de offerte van Konsultant Komputer Sp. z o.o. het geval is, aangezien zij valse verklaringen heeft afgelegd.
- 19 [blz. 11-12 – betoog van verzoekster betreffende de vraag of Konsultant Komputer Sp. z o.o. zich kon beroepen op de draagkracht van Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o. o., die als „adviseur en consultant” zou optreden – de verwijzende rechter stelt hierover geen vraag, aangezien deze reeds is gesteld in zaak C-324/14]
- 20 Volgens de opdrachtgever kan het argument dat valse verklaringen zijn afgelegd, niet worden aanvaard. Valse inlichtingen zijn inlichtingen die niet overeenstemmen met de realiteit en geen steun vinden in de feiten. Konsultant Komputer Sp. z o.o. heeft naar waarheid aangegeven dat de opdracht voor het ziekenhuis in Słupsk in wezen één opdracht was die twee overeenkomsten bestreek, en zij heeft ook het voorwerp van deze overeenkomsten uiteengezet.

Deze ondernemer kan dus niet worden verweten dat de verstrekte informatie niet met de realiteit overeenstemt.

- 21 Het meningsverschil tussen de opdrachtgever en de ondernemer heeft geen betrekking op de feiten die in de brief van de ondernemer van 29 april 2014 zijn vermeld, maar op de beoordeling ervan. Konsultant Komputer Sp. z o.o. is ervan uitgegaan dat het bij beide overeenkomsten in wezen ging om één enkele opdracht, die in haar geheel beschouwd zowel de witte als de grijze afdeling bestreek, zodat was aangetoond dat zij beschikte over de vereiste kennis en ervaring om aan de aanbestedingsprocedure te kunnen deelnemen. De opdrachtgever was daarentegen van mening dat de betrokken dienstverlening niet voldeed aan de in nr. 6.1.2 van het bestek gestelde voorwaarde dat elke opdracht alle daarin genoemde elementen moet omvatten. Er was dus geen onenigheid over de feiten, die de ondernemer waarheidsgetrouw heeft weergegeven. Enkel over de beoordeling ervan bestond er onenigheid.
- 22 Volgens de opdrachtgever kon de gegeven informatie de uitkomst van de procedure ook niet beïnvloeden, aangezien zij in alle eerlijkheid is verstrekt (de omvang van de werkzaamheden is waarheidsgetrouw weergegeven), samen met de overeenkomsten op basis waarvan de opdrachtgever de omvang van de geleverde diensten kon beoordelen en dus kon nagaan of was voldaan aan de voorwaarden om aan de procedure te kunnen deelnemen.
- 23 Indien het betoog van verzoekster zou moeten worden gevolgd, zou er geen ruimte meer zijn voor toepassing van artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet, aangezien de opdrachtgever dan steeds zou moeten vaststellen dat de ondernemer valse inlichtingen heeft verstrekt wanneer hij de door hem overgelegde stukken negatief zou beoordelen. Artikel 26, lid 3, van de aanbestedingswet heeft niet slechts betrekking op het geval dat geen of formeel gebrekkige documenten zijn overgelegd, maar ook op elk geval waarin niet is aangetoond dat is voldaan aan de voorwaarden om aan de procedure te kunnen deelnemen.
- 24 [blz. 13 – betoog van verweerder betreffende de vraag of Konsultant Komputer Sp. z o.o. zich kon beroepen op de draagkracht van Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o. o., die als „adviseur en consultant” zou optreden – de verwijzende rechter stelt hierover geen vraag, aangezien deze reeds is gesteld in zaak C-324/14]
- 25 Konsultant Komputer Sp. z o.o., die intervenueert aan de zijde van de opdrachtgever, betoogt dat de verstrekking van valse informatie veronderstelt dat sprake is van opzet en van het achterhouden van de betrokken informatie in de veronderstelling dat deze niet aan het licht zal komen. Het loutere feit dat tevergeefs is geprobeerd om aan te tonen dat is voldaan aan de voorwaarden voor deelneming, betekent op zich nog niet dat sprake is van valse inlichtingen.

- 26 Interveniënte wijst erop dat de aanbestedingsprocedure voor de invoering van het ziekenhuissysteem in het J. Korczak-ziekenhuis in Słupsk oorspronkelijk één procedure vormde die uit meerdere delen bestond. De opdrachtgever heeft een deel van de procedure stopgezet omdat de offertes zijn financiële mogelijkheden te boven gingen, maar nadien heeft hij een nieuwe aanbestedingsprocedure uitgeschreven, zodat beide overeenkomsten één geheel vormen.
- 27 [blz. 14 – betoog van interveniënte betreffende de vraag of zij zich kon beroepen op de draagkracht van Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o. o., die als „adviseur en consultant” zou optreden – de verwijzende rechter stelt hierover geen vraag, aangezien deze reeds is gesteld in zaak C-324/14]

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 28 De vraag rijst of het met de beginselen van eerlijke mededinging en gelijke behandeling van ondernemers verenigbaar is dat een ondernemer bij de verstrekking van aanvullende stukken andere uitgevoerde opdrachten kan vermelden dan die welke in de oorspronkelijke lijst van leveringen waren genoemd, en dat deze daarenboven zijn uitgevoerd door een andere ondernemer op wiens draagkracht hij zich in zijn offerte niet heeft beroepen.
- 29 Volgens het bestek moest de ondernemer in de bij de offerte of het verzoek bijgevoegde lijst van uitgevoerde leveringen alle door hem verrichte leveringen vermelden die aan de gestelde voorwaarde voldeden.
- 30 In zijn arrest van 29 maart 2012 in zaak SAG ELV Slovensko e.a. (C-599/10) heeft het Hof uitdrukkelijk vastgesteld dat de aanbestedende dienst niet de indruk mag wekken dat hij toestaat dat een offerte wordt gewijzigd, en aldus de betrokken ondernemer begunstigt. Dat arrest betreft weliswaar niet de aanvulling van stukken, maar toelichtingen bij de offerte, maar de overwegingen van het Hof gelden wellicht a fortiori voor aanvullingen, aangezien een offerte het gemakkelijkst kan worden gewijzigd indien de stukken mogen worden gewijzigd of ontbrekende stukken mogen worden verstrekt.
- 31 Voorts heeft het Hof in punt 38 van dat arrest duidelijk vastgesteld dat wanneer de ondernemer de offerte slecht heeft voorbereid, hemzelf daarvoor de schuld treft. Dit kan ook worden toegepast op belangrijke leemtes in de stukken.
- 32 Anderzijds mag dit niet resulteren in een overdreven formalisme en ertoe leiden dat het aantal overgelegde stukken belangrijker wordt geacht dan het daadwerkelijke vermogen van de ondernemer om de opdracht uit te voeren, waardoor op onnodige wijze ondernemers zouden worden uitgesloten, alleen maar omdat zij verkeerde stukken hebben bijgevoegd of deze stukken niet correct hebben opgesteld.

- 33 Volgens de kamer van beroep roept de mogelijkheid om bepaalde fouten in de lijst te corrigeren of aanvullende gegevens (over het verloop, de omvang, de waarde van de opdracht, enzovoort) te verstrekken weliswaar nog geen twijfels op, maar kan de mogelijkheid om achteraf nog leveringen aan te voeren, die gunstig is voor de ondernemer die wordt verzocht om aanvullende stukken over te leggen, gewettigde vermoedens doen rijzen dat de betrokken ondernemer wordt bevoordeeld, en bij de andere ondernemers de indruk wekken dat de opdrachtgever en deze ondernemer onderhandelen over de wijze waarop de ingediende offerte of het ingediende verzoek wordt getoetst aan de voorwaarden om aan de procedure te kunnen deelnemen. Enerzijds wordt in de praktijk een dergelijke aanvulling van de stukken toegestaan om ondernemers die gebrekkige of onvolledige lijsten hebben overgelegd, niet slechter te behandelen dan ondernemers die helemaal geen lijst bij hun offerte hebben bijgevoegd, maar anderzijds zou kunnen worden gesteld dat de beginselen van eerlijke mededinging, gelijke behandeling van ondernemers en transparantie van de procedure worden geschonden indien wordt aanvaard dat achteraf lijsten worden ingediend wanneer de ondernemers deze helemaal niet hebben overgelegd bij de indiening van hun offerte. Misschien mag een dergelijke ontbrekende lijst wel helemaal niet alsnog verstrekt worden en mag het de ondernemer dus ook niet worden toegestaan om nieuwe posten in de lijst op te nemen.
- 34 Voorts moet worden opgemerkt dat artikel 51 van richtlijn 2004/18/EG slechts algemeen bepaalt dat de aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemers de verklaringen en bescheiden aanvullen of nader toelichten, maar geen principiële regels over een dergelijke aanvulling bevat.
- 35 In zijn arrest in de zaak C-336/12 heeft het Hof erop gewezen dat het beginsel van gelijke behandeling zich niet ertegen verzet dat een gegadigde na afloop van de inschrijvingstermijn om deel te nemen aan een aanbesteding wordt verzocht om documenten over te leggen waarin diens situatie wordt beschreven, wanneer objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het einde van de inschrijvingstermijn, voor zover dit geen ongerechtvaardigd voordeel of nadeel oplevert voor de ondernemer tot wie dit verzoek was gericht.
- 36 Gelet op bovengenoemd criterium van het objectieve bestaan van een document kunnen de ter aanvulling verstrekte documenten in verschillende groepen worden ingedeeld:
1. documenten waarvoor objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offertes of van de verzoeken om aan de procedure te mogen deelnemen, met andere woorden, documenten die zonder enige twijfel reeds bestonden, niet geantedateerd zijn en niet speciaal voor de procedure zijn opgesteld om pas na het verzoek om de stukken aan te vullen als bewijs te worden aangevoerd. Hiertoe behoren volgens de kamer van beroep de volgende documenten: officiële documenten, door een certificeringsinstantie uitgereikte certificaten, door instituten uitgevoerde

warentesten, notariële akten of door een notaris gewaarmerkte documenten, documenten met een officieel bevestigde datum, op het internet gepubliceerde documenten, zoals certificaten, datasheets, rapporten, documenten die volgens bepaalde regels moeten worden opgesteld, zoals financiële verslagen, aangiften voor de inkomsten- en de vennootschapsbelasting, documenten voor de sociale zekerheid, bank- en verzekeringsdocumenten, voor zover er geen twijfel over bestaat dat zij niet geantedateerd zijn, door openbare instellingen verstrekte referenties en overeenkomsten met dergelijke instellingen;

2. documenten waarvoor niet objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van de offertes of van de verzoeken om aan de procedure te mogen deelnemen, met andere woorden, documenten waarvoor in de praktijk twijfels bestaan over de vraag of zij niet geantedateerd zijn en niet speciaal voor de procedure zijn opgesteld om pas na het verzoek om de stukken aan te vullen als bewijs te worden aangevoerd. Hiertoe behoren met name: verklaringen waarin derden verbintenissen aangaan, door particuliere ondernemingen verstrekte referenties, andere particuliere documenten waarvan de datum niet door een notaris of een officiële instantie is bevestigd;

3. documenten waarvan bekend is dat zij achteraf zijn opgesteld, maar die betrekking hebben op een vroegere toestand, en die dus niet voldoen aan de voorwaarde dat zij objectief gezien reeds bestonden, maar waarvan de overlegging de ondernemer niet op ongerechtvaardigde wijze bevoordeelt, zodat deze kan worden toegestaan zonder dat de andere ondernemers het gevoel krijgen dat de ondernemer die wordt verzocht om aanvullende stukken te verstrekken, wordt bevoordeeld (men kan zelfs stellen dat uit de praktijk blijkt dat zij dit gevoel niet krijgen, anders dan wanneer aanvullende documenten worden verstrekt die betrekking hebben op derden). Hiertoe behoren: kopies van – ook op het internet toegankelijke – officiële en gerechtelijke registers, voor zover deze betrekking hebben op een toestand vóór de indiening van de offertes, informatie uit het nationale strafregister, attesten van de fiscus of de sociale zekerheid met betrekking tot de toestand op een bepaalde dag, referenties die na de indiening van de offertes/verzoeken zijn verstrekt, maar die betrekking hebben op voordien uitgevoerde opdrachten, documenten die de ondernemer heeft opgesteld ter bevestiging dat hij voldoet aan de voorwaarden om aan de procedure te kunnen deelnemen of aan de eisen die de opdrachtgever heeft gesteld aan het voorwerp van de overeenkomst, waaronder lijsten van leveringen/werkzaamheden/personen/gereedschap/apparatuur, een verklaring over het aantal werknemers/leidinggevenden, een verklaring over de vergunningen waarover men beschikt, en een verklaring dat is voldaan aan de voorwaarden voor deelname aan de procedure en dat er geen uitsluitingsgronden zijn.

37 Dit is een zeer belangrijk punt, aangezien voor deze lijsten of referenties niet objectief kan worden vastgesteld dat zij reeds bestonden, wanneer zij niet bij de offerte of het verzoek waren bijgevoegd. Sommige lijsten betreffen evenwel een vroegere toestand, althans wanneer het om de eigen middelen gaat (van de

middelen van een andere onderneming kan namelijk niet worden gezegd dat objectief bekend is dat de ondernemer erover kon beschikken, wanneer hij dit niet direct heeft aangegeven). Voorts staat vast dat, wanneer de opdrachtgever de ondernemer wijst op een fout in een dergelijke lijst of in andere door hem opgestelde documenten en de ondernemer deze fout corrigeert, het betrokken document pas wordt opgesteld nadat op deze fout is gewezen en dus daarvóór objectief gezien niet bestond.

- 38 Bijgevolg is het van belang om vast te stellen of in het arrest in zaak C-336/12 de enige mogelijkheid wordt vermeld om de stukken aan te vullen, dan wel of het slechts gaat om een van de mogelijkheden die niet indruisen tegen artikel 51 van richtlijn 2004/18/EG, en of er dus andere mogelijkheden zijn om de stukken aan te vullen.
- 39 In het eerste geval zou het namelijk duidelijk zijn dat de opdrachtgever de door Komputer Konsultant Sp. z o.o. overgelegde lijst die nieuwe uitgevoerde opdrachten omvatte, niet kon aanvaarden, aangezien dit document pas is opgesteld en aan de opdrachtgever is overgelegd nadat de levering voor het regionale, gespecialiseerde J. Korczak-ziekenhuis in Słupsk ter discussie was gesteld.
- 40 Voorts zij opgemerkt dat de opdrachtgever het bewijs verlangde dat twee opdrachten met een bepaalde omvang en waarde waren uitgevoerd. Deze eis was in die zin ondeelbaar dat de marktdeelnemer er niet mee kon volstaan de uitvoering van één opdracht aan te tonen om door de opdrachtgever als een ervaren onderneming te worden aangemerkt. Deze eis was ook in die zin ondeelbaar dat zij betrekking had op de uitvoering van twee opdrachten van dezelfde aard die overeenstemden met het voorwerp van de opdracht, dat ook van een bepaalde aard was. (Bij complexe opdrachten kan het gebeuren dat de opdrachtgever verschillende voorwaarden met betrekking tot verschillende onderdelen van de opdracht vaststelt en dat de opdracht wordt uitgevoerd door personen of onderaannemers die juist op deze gebieden specialist zijn, zodat zij de opdracht in zoverre onder elkaar kunnen verdelen. De uitvoering van de opdracht kan ook deelbaar zijn wanneer de ondernemer een offerte heeft ingediend voor meerdere deelopdrachten en de verschillende deelopdrachten vervolgens afzonderlijk worden uitgevoerd.) In casu is evenwel geen sprake van een dergelijke opdeling.
- 41 De opdrachtgever aanvaardde dat de levering die Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. had verricht voor het onafhankelijke openbare districtsspoorwegziekenhuis in Lublin, en de levering die het consortium van Konsultant IT Sp. z o.o. en Komputer Konsultant Sp. z o.o. had verricht voor het gespecialiseerde J. Śniadecki-ziekenhuis in Nowy Sącz, samen de twee verlangde opdrachten vormden.
- 42 Geen van deze ondernemers heeft dus aangetoond dat hij voldoet aan bovengenoemde voorwaarde en de nodige, op de uitvoering van twee opdrachten

gebaseerde ervaring bezit, aangezien geen van beiden twee leveringen met de door de opdrachtgever verlangde omvang en waarde heeft uitgevoerd. Kan in dit geval worden aangenomen dat de optelsom van de gebrekkige ervaring van de twee ondernemers de vereiste ervaring oplevert?

- 43 Volgens de kamer van beroep zou een dergelijk benadering de mogelijkheid bieden om de regels betreffende de kwalificaties van de ondernemers te omzeilen, en zou het vereiste om concrete ervaring aan te tonen hierdoor worden uitgehold. Wanneer de opdrachtgever ervan is uitgegaan dat de vereiste minimumervaring slechts kan worden verkregen door de uitvoering van minstens twee leveringen, en de ondernemers dit vereiste gerechtvaardigd hebben geacht (zij hebben het niet ter discussie gesteld), kan het bewijs van slechts één levering door twee ondernemers niet volstaan. Voorts zou Medinet Systemy Informatyczne Sp. z o.o. bij de uitvoering van de opdracht optreden als adviseur en consultant, maar men kan zich in alle ernst afvragen hoe zij als adviseur van de ondernemer zou kunnen optreden indien zij geen grotere ervaring heeft en haar eigen ervaring ook ontoereikend is (de opdrachtgever heeft immers slechts één door deze onderneming geleverde dienst erkend, zoals in het geval van Komputer Konsultant Sp. z o.o.).
- 44 Voorts moet er rekening mee worden gehouden dat beide diensten die Komputer Konsultant Sp. z o.o. blijkens de lijst van leveringen als „eigen” diensten heeft vermeld, samen met Konsultant IT Sp. z o.o. zijn uitgevoerd, hoogstwaarschijnlijk in het kader van een consortium. Het is evenwel niet bekend wat elk van de ondernemers juist heeft gedaan en in welke mate Komputer Konsultant Sp. z o.o. heeft meegewerkt aan de uitvoering van de opdracht voor het gespecialiseerde J. Śniadecki-ziekenhuis in Nowy Sącz. Het is namelijk mogelijk dat Konsultant IT Sp. z o.o. volledig of grotendeels instond voor de uitvoering van de opdracht (zij wordt overigens in de lijst op de eerste plaats vermeld; een vermelding op de eerste plaats wijst gewoonlijk erop dat de betrokken onderneming het consortium heeft geleid en grotendeels voor de uitvoering van de opdracht instond), zodat Komputer Konsultant Sp. z o.o. misschien wel helemaal geen feitelijke ervaring heeft. De opdrachtgever heeft de ondernemer in het kader van de procedure niet verzocht om deze kwestie toe te lichten.
- 45 De vraag rijst dus of een ondernemer die als lid van een groep van ondernemingen een opdracht heeft uitgevoerd, zich op de uitvoering door deze groep kan beroepen, ongeacht zijn aandeel in de uitvoering van deze opdracht, dan wel of hij zich slechts kan beroepen op de ervaring die hij zelf daadwerkelijk bij de uitvoering van zijn deel van de opdracht heeft verworven.
- 46 Ter illustratie van dit probleem kan worden verwezen naar het voorbeeld van een consortium dat een autoweg aanlegt en bestaat uit drie bouwondernemingen, een bank die de investeringen financiert, en een onderneming die zich bezighoudt met de juridische kant en de boekhouding. Zal bij de volgende opdracht kunnen worden aangenomen dat de bank, de onderneming die de administratie verzorgt,

of de ondernemer die slechts bruggen bouwt, gelet op de ervaring van het gehele consortium, zelf over voldoende ervaring beschikt om als een ter zake ervaren ondernemer mee te dingen in het kader van aanbestedingen voor de aanleg van andere wegen? Volgens de thans geldende nationale praktijk zou dat het geval zijn.

- 47 Opgemerkt zij dat ondernemers de omvang van hun verplichtingen meestal vastleggen in een samenwerkingsovereenkomst en dat de door de ondernemers verrichte werkzaamheden meestal worden opgetekend, zodat het gaat om iets wat de opdrachtgever kan controleren.
- 48 In casu moet worden vastgesteld dat de opdrachtgever de ondernemers niet om enige toelichting ter zake heeft verzocht, omdat in de nationale praktijk wordt aangenomen dat elk lid van een groep van ondernemingen zich ongeacht zijn feitelijk aandeel in de uitvoering van de opdracht op de ervaring van de groep kan beroepen. Volgens de kamer van beroep houdt deze praktijk geen steek, aangezien ervaring een feitelijk en geen juridisch gegeven is (hetzelfde geldt overigens voor het beroep op de ervaring van een andere ondernemer).
- 49 Wat de vraag betreft of de opdrachtgever is misleid en of valse inlichtingen zijn verstrekt, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat uit artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG blijkt dat het aan de nationale wetgever wordt overgelaten te bepalen hoe artikel 45, lid 2, sub g, dat betrekking heeft op de uitsluiting van ondernemers, in nationaal recht wordt omgezet. De lidstaten kunnen dus de betrokken uitsluitingsgrond mee vormgeven.
- 50 Volgens de richtlijn kan iedere ondernemer van deelneming aan een opdracht worden uitgesloten die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen of die inlichtingen niet heeft verstrekt. De overeenkomstige nationale bepaling luidt als volgt: „valse inlichtingen heeft verstrekt die invloed op de uitkomst van de procedure hadden of konden hebben”.
- 51 De nationale wetgever heeft de begrippen van de richtlijn zelf gedefinieerd en acht diegene „schuldig aan valse verklaringen” die „valse inlichtingen heeft verstrekt”, terwijl „in ernstige mate” sprake is van „valse verklaringen” wanneer deze inlichtingen invloed hebben op de uitkomst van de procedure (of invloed op de toekomstige uitkomst kunnen hebben, wanneer deze nog niet vaststaat, bijvoorbeeld in de fase van de beoordeling van verzoeken om tot de procedure te worden toegelaten).
- 52 Het antwoord op de vraag of er valse inlichtingen worden verstrekt, hangt niet af van de beweegredenen van de ondernemer of van de mate waarin hij schuldig is (opzet of geen opzet, zuiver opzet of voorwaardelijk opzet, lichtvaardigheid of louter onachtzaamheid). Het is ook niet relevant of de ondernemer rechtstreeks betrokken is dan wel of het gaat om derden – personen (medewerkers) of

ondernemingen. Wanneer de zaak niet strafrechtelijk, maar civielrechtelijk wordt beschouwd, kan elke verstrekking van valse inlichtingen worden aangezien als een niet-achtneming van de nodige zorgvuldigheid en als schuld van de ondernemer die de offerte heeft ingediend, ongeacht om welke reden en in welke fase de valse inlichtingen zijn verstrekt. De ondernemer is dus aansprakelijk voor het resultaat als zodanig, dat wil zeggen voor het feit dat de gegevens niet met de realiteit overeenstemmen (zijn schuld is hierin gelegen dat hij stukken met deze inhoud heeft overgelegd).

- 53 Deze benadering van de wetgever is volgens de kamer van beroep gerechtvaardigd, aangezien de opdrachtgever aldus de schuld en de aard van de schuld van de ondernemer niet hoeft aan te tonen, wat onmogelijk zou zijn, aangezien hij niet over de nodige middelen beschikt en niet, zoals het openbaar ministerie in strafzaken, in staat is om aan te tonen wat er omging in het hoofd van de ondernemer en wat zijn bedoelingen waren op het ogenblik dat hij zijn verzoek of zijn offerte indiende. Voorts zou een dergelijke verplichting dode letter blijven of zelfs bijzonder gemakkelijk te omzeilen zijn, wat vanuit het oogpunt van de rechtsschepping nog erger zou zijn. Vastgesteld kan worden dat de aansprakelijkheid voor het verstrekken van valse inlichtingen in zekere zin een „risicoaansprakelijkheid” en een „culpa in eligendo” vormt – de ondernemer draagt de verantwoordelijkheid voor alles wat hij aan de opdrachtgever heeft overgelegd (of opzettelijk niet heeft overgelegd).
- 54 De nadruk moet hier worden gelegd op het belang van de stukken die de ondernemer aan de aanbestedende dienst overlegt. Enkel aan de hand hiervan kan het vermogen van de ondernemer tot uitvoering van de opdracht en van zijn offerte worden gecontroleerd. Deze stukken zijn dus van groot belang.
- 55 Voorts kan de ondernemer zich volgens de kamer van beroep niet vrijpleiten door de schuld voor het verstrekken van valse informatie af te wentelen op een medewerker of op de ondernemer op wiens draagkracht hij zich beroept en die bijvoorbeeld zijn beroepservaring niet correct heeft beschreven, en evenmin op de medewerker die de offerte heeft opgesteld, aangezien ook in dat geval niet kan worden bewezen dat de ondernemer de ware toedracht niet kende. En zelfs al zou de schuld bij de medewerker of een derde liggen, dan nog moet het civielrechtelijke beginsel van de „nalatige keuze” van deze werknemer, medewerker of derde worden toegepast. Volgens de kamer van beroep kan de ondernemer niet ongestraft gebruikmaken van misleidende informatie, zelfs niet wanneer deze niet van hem afkomstig is, aangezien hij de aanbestedende dienst aldus om de tuin leidt en de andere ondernemers benadeelt door afbreuk te doen aan een eerlijke mededinging. De andere ondernemers, die zich benadeeld voelen, zullen ook geen geloof hechten aan de verzekering van de ondernemer dat hij niet wist dat de informatie onjuist of anderszins gebrekkig was, en zullen dan ook ervan uitgaan dat de eerlijke mededinging is geschonden.

- 56 Van de aanbestedende dienst kan ook bezwaarlijk worden verlangd dat hij alle door de ondernemer verstrekte inlichtingen verifieert, temeer daar het grotendeels gaat om niet-toegankelijke informatie.
- 57 Volgens de kamer van beroep heeft de nationale wetgever het door de Uniewetgever beoogde doel correct opgevat en heeft hij zich zelfs strikter opgesteld door niet in het algemeen uit te gaan van de persoon die „zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen”, maar specifiek te verwijzen naar valse inlichtingen en de invloed ervan op de uitkomst van de procedure.
- 58 Naar het oordeel van de kamer van beroep zijn deze termen in overeenstemming met die van richtlijn 2004/18/EG.
- 59 Het probleem is echter dat in richtlijn 2004/18/EG het begrip „schuld” wordt gehanteerd. Juridisch gezien zijn er verschillende vormen van schuld. Zo maakt het strafrecht (artikel 9 van het strafwetboek van 6 juni 1997, Dz. U. nr. 88, poz. 553, zoals gewijzigd) een onderscheid tussen zuiver opzet – dolus directus (wanneer de dader het strafbaar feit wil plegen) en voorwaardelijk opzet – dolus eventualis (wanneer de dader beseft dat de betrokken handeling mogelijkerwijs een strafbaar feit vormt, maar deze toch verricht). Onopzettelijke schuld in strafrechtelijke zin veronderstelt daarentegen dat de dader onopzettelijk handelt, maar de daad verricht door niet de in de gegeven omstandigheden vereiste zorgvuldigheid in acht te nemen, hoewel hij de mogelijke gevolgen voorziet of kan voorzien.
- 60 Het civiele recht hecht niet zo veel belang aan de al dan niet opzettelijke aard van de handelingen van een persoon. In het kort kan in het algemeen worden gesteld dat schuld in het civiele recht betrekking heeft op de niet-inachtneming van de nodige zorgvuldigheid of op onrechtmatig gedrag.
- 61 De vereiste zorgvuldigheid wordt omschreven in artikel 355 van het burgerlijk wetboek van 23 april 1964 (geconsolideerde versie in Dz. U. z 2014 r. poz. 121), dat bepaalt dat de schuldenaar de door de aard van de betrokken verhoudingen geboden zorgvuldigheid in acht moet nemen. Het in deze bepaling neergelegde beginsel is van essentieel belang voor het vastleggen van een norm waaraan het gedrag dient te beantwoorden. Deze norm wordt bepaald op basis van de regels van sociale interactie, rechtsvoorschriften, gebruiken, beroepsregels, professionele praktijken, deontologische regels enzovoort.
- 62 Een persoon moet een gemiddelde zorgvuldigheid in acht nemen, waarbij de vereisten die aan de zorgvuldigheid worden gesteld, variëren naargelang van het soort persoon waar het om gaat (bijvoorbeeld een consument, een ondernemer, een persoon die beroepshalve handelt). Ondernemers die aan aanbestedingsprocedures deelnemen, worden geacht dit te doen in het kader van

hun bedrijfsactiviteit en moeten dus de grootst mogelijke zorgvuldigheid in acht nemen.

- 63 In casu heeft de ondernemer verklaard dat hij de „levering, installatie, configuratie en implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis” heeft uitgevoerd voor het regionale, gespecialiseerde J. Korczak-ziekenhuis in Słupsk. De ondernemer heeft zich bij de omschrijving van deze prestatie duidelijk gebaseerd op de volgende voorwaarde om aan de procedure te kunnen deelnemen: „U heeft minstens 2 opdrachten uitgevoerd die (telkens) betrekking hadden op de levering, de installatie, de configuratie en de implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis met ten minste 200 bedden en voor een waarde van minstens 450 000,00 PLN bruto”.
- 64 Doordat de ondernemer dezelfde bewoordingen gebruikte („levering, installatie, configuratie en implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de witte en de grijze afdeling”), zonder enige nadere toelichting, ging de aanbestedende dienst ervan uit dat de levering aan de betrokken voorwaarde voldeed, en heeft hij niet gevraagd of deze werkelijk voldeed aan de verder onder dit criterium beschreven voorwaarden inzake de omvang van de werken. De ondernemer heeft ook niet aangegeven dat de uitgevoerde opdracht twee overeenkomsten bestreek, hoewel dat feit relevant was voor de aanbestedende dienst. De ondernemer kan evenmin ter verontschuldiging aanvoeren dat hij niet wist dat een opdracht voor de aanbestedende dienst gelijkstaat aan een overeenkomst, aangezien dit overeenstemt met de algemene praktijk van de aanbestedende diensten op dit gebied.
- 65 In wezen heeft de ondernemer de aanbestedende dienst dus geen valse inlichtingen verstrekt, maar hij heeft de informatie verstrekt op een wijze die bij de aanbestedende dienst de indruk moest wekken dat de uitgevoerde opdracht qua omvang voldeed aan de door hem gestelde vereisten. Daardoor heeft hij de aanbestedende dienst misleid, wat ertoe heeft geleid dat deze de voorwaarden vervuld achtte en ze vervolgens, na nadere inlichtingen over de uitgevoerde opdracht te hebben ontvangen, niet-vervuld achtte. Het ging dus om een ernstige misleiding van de aanbestedende dienst, die invloed heeft uitgeoefend op de kwalificatie van de ondernemer en op de selectie van zijn offerte in het kader van de aanbestedingsprocedure.
- 66 Voorts kan bezwaarlijk worden gesteld dat de ondernemer geen schuld treft, aangezien de inlichtingen en de documenten aan de aanbestedende dienst zijn verstrekt met het concrete doel, aan te tonen dat aan bepaalde vereisten is voldaan, zodat in beginsel kan worden aangenomen dat de valse inlichtingen niet toevallig zijn verstrekt. Bovendien was de betrokken voorwaarde zeer precies en ondubbelzinnig geformuleerd (aangezien de rechter in elk geval concreet nagaat of de manier waarop een voorwaarde is geformuleerd de ondernemer kan hebben misleid, dan wel of een andere interpretatie mogelijk en gerechtvaardigd is).

- 67 De kamer van beroep acht ook de door de nationale rechtspraak gehuldigde opvatting onjuist dat de ondernemer de opdrachtgever niet misleidt wanneer deze bepaalde feiten moet kennen of moet kunnen kennen, omdat hij bijvoorbeeld de ontvanger van de vermelde diensten was. Het is ook moeilijk om vast te stellen hoe ver die kennis van de opdrachtgever reikt. Dat kan evengoed gelden voor de eigen prestaties van de opdrachtgever, wanneer er geen breed overleg met andere medewerkers of externe aannemers plaatsvindt en geen documenten worden onderzocht. Voorts rest nog de vraag of een situatie kan worden getolereerd waarin iemand liegt „alsof het gedrukt staat”. Daarom moet volgens de kamer van beroep ook de poging om de opdrachtgever te misleiden worden bestraft met uitsluiting van de procedure, zelfs wanneer deze poging door de opdrachtgever of een andere ondernemer wordt verijdeld.
- 68 Voorts zij opgemerkt dat wanneer de vraag betreffende de verstrekking van valse inlichtingen of misleiding tijdens de procedure opduikt, dit betekent dat zij door de aanbestedende dienst of een andere ondernemer is opgemerkt en de poging tot misleiding dus de facto verijdeld is.
- 69 Ook moet worden beklemtoond dat de bepalingen betreffende de uitsluiting van de procedure weliswaar over het algemeen als sancties worden beschouwd, maar dat zij volgens de kamer van beroep geen strafbepalingen vormen ten opzichte van de ondernemers en slechts tot doel hebben om deze te kwalificeren en diegenen uit te sluiten aan wie de opdracht niet kan worden gegund. Deze bepalingen moeten dus niet met strafrechtelijke bepalingen worden vergeleken (zuiver opzettelijk handelen), maar met regels inzake goede praktijken (de door een vakman in acht te nemen zorgvuldigheid).
- 70 De „levering, installatie, configuratie en implementatie van een geïntegreerd ziekenhuissysteem voor de witte en de grijze afdeling van een ziekenhuis voor een brutowaarde van 2 009 470,54 PLN” moet ook nog vanuit een ander gezichtspunt worden beschouwd, namelijk vanuit het oogpunt van het door de opdrachtgever gehanteerde begrip „opdracht”: moet daaronder een specifieke overeenkomst worden verstaan, zodat elk deel als een afzonderlijke opdracht moet worden beschouwd, of veeleer als een uit te voeren taak, zodat het gehele systeem één opdracht vormt?
- 71 Deze vraag kan niet worden beantwoord aan de hand van de definitie van het begrip „overheidsopdracht” in de richtlijn en de aanbestedingswet. Deze definities hebben betrekking op de typische situatie (één overeenkomst – één opdracht) zoals die meestal voorkomt en die geen twijfels oproept. In de praktijk zijn er echter ook minder „vastbesloten” opdrachtgevers die, meestal wegens de hun ter beschikking staande financiële middelen, complexe overeenkomsten of meerdere overeenkomsten sluiten. Volgens de kamer van beroep moeten deze gevallen individueel worden beoordeeld en naargelang van de aard en de uitvoering ervan als één of meerdere overeenkomsten worden gekwalificeerd.

72 In casu staat vast dat:

1. twee overeenkomsten zijn gesloten, één voor de witte afdeling en één voor de grijze afdeling;
2. de aanbestedingsprocedure weliswaar voor beide delen van de opdracht simultaan is verlopen, maar dat de opdrachtgever deze delen niet als onlosmakelijk verbonden heeft beschouwd, aangezien hij de opdracht heeft opgedeeld en dus heeft toegestaan dat zij door twee ondernemers zou worden uitgevoerd;
3. de ondernemer met de uitvoering van de opdracht in het kader van twee overeenkomsten in de praktijk dezelfde ervaring heeft verworven als wanneer hij deze in het kader van één overeenkomst had uitgevoerd,
4. beide overeenkomsten vrij kort na elkaar zijn gesloten, meteen bij het begin van de installatie van het systeem;
5. beide delen (de witte en de grijze afdeling) evenals het systeem waarvoor thans een opdracht is gegund, een functionele eenheid vormen en dat de ondernemer ze gedeeltelijk tegelijkertijd of onmiddellijk na elkaar heeft uitgevoerd, zonder enige onderbreking; nadat de uitvoering voltooid was, heeft de opdrachtgever referenties opgesteld voor het systeem in zijn geheel.

73 Beide onderdelen zijn dus uitgevoerd als één project dat een zekere eenheid vormde, doordat het continu en op één en dezelfde plaats werd uitgevoerd. De uitvoering van het betrokken project onderscheidt zich in werkelijkheid ook geenszins van die van een opdracht die op basis van één overeenkomst zou zijn uitgevoerd, en geen van de overeenkomsten bestrijkt op zich alle geleverde prestaties. Vanuit een praktisch oogpunt lijkt het dus niet juist om een project/opdracht strikt op te vatten als één overeenkomst, wanneer het verzoek om bewijzen te verstrekken ertoe strekt na te gaan wat de ondernemer heeft uitgevoerd en hoe hij het hem toevertrouwde werk heeft aangepakt.

74 Een andere belangrijke vraag is of het vanuit het oogpunt van een eerlijke mededinging en de gelijke behandeling van ondernemers geoorloofd is dat een ondernemer zich op twee overeenkomsten en dus op twee opdrachten beroept en deze als één enkele opdracht voorstelt, en bovendien de opdrachtgever hierover niet inlicht. De opdrachtgever heeft bij de vaststelling van de betrokken voorwaarde niet bepaald dat een opdracht als één overeenkomst moet worden opgevat, maar deze interpretatie is zo wijdverspreid dat de meeste ondernemers dit vereiste aldus opvatten. Misschien zouden andere ondernemers zich ook hebben beroepen op de ervaring die zij in het kader van meerdere overeenkomsten hebben opgebouwd, en een offerte hebben ingediend, indien zij ervan uit waren gegaan dat deze mogelijkheid bestond.

- 75 Volgens de kamer van beroep rechtvaardigen bovengenoemde twijfels betreffende de toepassing van het Unierecht dat de behandeling van de zaak wordt geschorst en dat het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over bovengenoemde vragen.