

3/

Een ondernemer, die individueel deelneemt aan een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht, is het niet toegestaan een beroep te doen op de ervaring van een combinatie van ondernemingen, waaraan hij in het kader van een andere overheidsopdracht heeft deelgenomen, wanneer hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen aan de uitvoering van deze opdracht.

Immers, zo meent het Hof, wanneer een ondernemer een beroep doet op de ervaring van een combinatie van ondernemingen waaraan hij heeft deelgenomen, moet deze bijgevolg worden beoordeeld aan de hand van de concrete deelneming van deze ondernemer en dus van zijn daadwerkelijke bijdrage aan de uitoefening van een in het kader van een bepaalde overheidsopdracht van die combinatie vereiste activiteit. Een ondernemer verwerft daadwerkelijk ervaring, niet louter door lid te zijn van een combinatie van ondernemingen, ongeacht zijn bijdrage daaraan, maar slechts door rechtstreeks deel te nemen aan de uitvoering minstens van een perceel van de opdracht, waarvan die combinatie de totale uitvoering verzekert. Daaruit volgt dat een ondernemer voor de door de aanbestedende dienst vereiste ervaring geen beroep mag doen op de door de andere leden van een combinatie van ondernemingen verrichte prestatie waaraan hij niet daadwerkelijk en concreet heeft deelgenomen.

4/

Het is een ondernemer toegestaan beroep te doen op ervaring door tegelijk te verwijzen naar twee of meer overeenkomsten als één opdracht, tenzij de aanbestedende dienst een dergelijke mogelijkheid heeft uitgesloten op grond van vereisten die verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van de betrokken overheidsopdracht.

Dienaangaande heeft de aanbestedende dienst gegronde redenen om, in beginsel in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, uitdrukkelijk het vereiste aan te geven om over zekere bekwaamheden te beschikken, en een concrete regeling volgens welke de inschrijver zijn geschiktheid moet aantonen om de betrokken opdracht binnen te halen en uit te voeren. Evenzo kan de aanbestedende dienst in uitzonderlijke omstandigheden, gelet op de aard van de betrokken werken en het voorwerp en het doel van de opdracht, voorzien in beperkingen, met name wat betreft het beroep op een beperkt aantal ondernemers (HvJ 5 april 2017, C298/15, Borta, overw. 90). Wanneer de aanbestedende dienst beslist om van een dergelijke mogelijkheid gebruik te maken, staat het echter aan hem om zich ervan te vergewissen dat de specifieke regels die hij vaststelt verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van die opdracht (HvJ 7 april 2016, C324/14, Partner Apelski Dariusz, overw. 40 en 56). In deze is in de aanbestedingsstukken niet uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid voor de inschrijver om zich te beroepen op twee of meer overeenkomsten als één opdracht. Maar dit neemt volgens het Hof niet weg dat een dergelijke mogelijkheid noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek uitdrukkelijk is uitgesloten. In deze omstandigheden kan volgens het Hof a priori niet worden uitgesloten dat de voor de uitvoering van de betrokken opdracht noodzakelijke ervaring, die de ondernemer niet in het kader van één overeenkomst, maar van twee of meer verschillende overeenkomsten heeft verworven, als voldoende kan worden beschouwd door de aanbestedende dienst en dat deze ondernemer op basis daarvan bijgevolg de betrokken overheidsopdracht kan binnenhalen. Immers, indien in beginsel aan de vereisten voor een bepaalde opdracht kan worden voldaan door de bekwaamheden en de ervaring van verschillende ondernemers samen te tellen, zou het a fortiori onlogisch zijn om de mogelijkheid van het combineren van de bekwaamheden en de ervaring die door dezelfde ondernemer in verschillende overeenkomsten daadwerkelijk is verworven a priori uit te sluiten.

Prejud. antwoord

Cfr. het elders in dit overzicht besproken arrest van 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C324/14 (inz. overw. 60-62). Ondernemers moeten op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze worden behandeld. De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie vereisen dat inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Voorts heeft de transparantieplichting ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat:

- alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en,
- de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

Bovendien verzetten de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de transparantieplichting zich tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver. Bijgevolg mag de aanbestedende dienst een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht.

Zie ook HvJ 11 mei 2017, C-131/16, Archus en Gama: de aanbestedende dienst kan een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht niet verzoeken alsnog verklaringen of documenten over te leggen die volgens het bestek moesten worden verstrekt, maar die niet binnen de termijn voor het indienen van inschrijvingen zijn ingestuurd. Wel kan de inschrijver worden verzocht zijn inschrijving nader toe te lichten of een kennelijke materiële fout daarin te verbeteren, mits een dergelijk verzoek wordt gericht aan alle inschrijvers die in dezelfde situatie verkeren, alle inschrijvers gelijk en op loyale wijze worden behandeld en die nadere toelichting of verbetering niet kan worden gelijkgesteld met de indiening van een nieuwe inschrijving. Een verzoek om precisering kan niet het ontbreken verhelpen van een stuk dat of van informatie die volgens de aanbestedingsstukken verplicht diende te worden verstrekt, aangezien de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht dient te nemen (HvJ 10 oktober 2013, C336/12, Manova, overw. 40). In deze casus moesten de inschrijvers bij hun offerte proeven van gedigitaliseerde archiefstukken voegen en moesten zij vermelden welke digitaliseringsmethode was toegepast en wat de kwaliteit van de digitalisering was. Archus en Gama hadden een verzoek om verbetering van hun offerte ingediend om de proef van een microfilm die bij hun inschrijving was gevoegd te vervangen door een nieuwe proef, omdat de eerste niet beantwoordde aan de specificaties van het bestek. Het betreft hier dus aanvullingen die tot gevolg hebben dat de inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd en die niet zijn beperkt tot het rechtzetten van een kennelijke materiële fout (Vgl. HvJ 29 maart 2012, C599/10, SAG ELV Slovensko e.a., overw. 40).

Voor een Belgische casus, zie RvS 8 januari 2015, nr. 229.768, bvba Tomassen ICT Services.

HvJ	Ingsteel en Metrostav	
13 juli 2017	C76/16	-
1/ De aanbestedende overheid mag, in het kader van het nagaan van de financieel-economische betrouwbaarheid van de kandidaten of inschrijvers, vereisen dat een verklaring vanwege een bankinstelling wordt voorgelegd, waarin deze instelling toezegt een lening te verstrekken ten bedrage van het in die aankondiging vastgelegde bedrag en aan deze inschrijver te garanderen dat dit bedrag gedurende de gehele duur van de uitvoering van de opdracht tot diens beschikking zal staan. Voldoet de kandidaat of inschrijver hier niet aan, kan de aanbestedende overheid hem uitsluiten. Zoals duidelijk blijkt uit de rechtspraak van het Hof mogen aanbestedende overheden kiezen welke bewijsstukken gegadigden of inschrijvers ter inzage moeten overleggen om hun economische en financiële draagkracht aan te tonen (HvJ 18 oktober 2012, C218/11, Édukóvízig en Hochtief Construction, overw. 28). Dit is anders bij de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, alwaar is voorzien in een gesloten systeem met beperkte beoordelings- en controlemethoden voor aanbestedende diensten en dus beperkte mogelijkheden om eisen te stellen. Wel blijft er de vereiste dat de minimumeisen inzake financieel-economische draagkracht voor een bepaalde opdracht verband moeten houden met en in verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. De minimumeisen inzake economische en financiële draagkracht moeten dus objectief geschikt zijn voor het bieden van informatie over die draagkracht van een ondernemer, en zij moeten aan de omvang van de betrokken opdracht worden aangepast, in die zin dat zij objectief een positieve aanwijzing zijn voor een voldoende economische en financiële basis voor de uitvoering van die opdracht maar niet verder gaan dan hetgeen daartoe redelijkerwijs noodzakelijk is (HvJ 18 oktober 2012, C218/11, Édukóvízig en Hochtief Construction, overw. 29). Bovendien vereist het beginsel van gelijke behandeling dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen. Het betekent derhalve dat voor deze inschrijvingen voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden moeten gelden. Verder heeft het transparantiebeginsel, dat het logische uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel vormt, in essentie tot doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Die verplichting impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, in de eerste plaats, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en, in de tweede plaats, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (HvJ C27/15, 2 juni 2016, Pizzo, overw. 36, zoals elders in dit overzicht besproken). De vereiste dat een lening wordt verkregen die bestemd is voor de uitvoering van de opdracht, is objectief geschikt voor het bieden van informatie over de economische draagkracht van de inschrijver om de opdracht met succes uit te voeren. De bestemming van de lening is geschikt om aan te tonen dat de inschrijver daadwerkelijk kan beschikken over de hem ten dienste staande, niet aan hemzelf toebehorende middelen die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn (HvJ 2 december 1999, C176/98, Holst Italia, overw. 29). Verder is het zo dat de controle door de aanbestedende dienst dat de economische en financiële criteria zijn vervuld in het kader van een aanbestedingsprocedure, veronderstelt dat hij de zekerheid krijgt dat de inschrijver tijdens de uitvoering van de opdracht inderdaad gebruik kan maken van de soorten middelen waarover hij stelt te beschikken (HvJ 14 januari 2016, C234/14, Ostas celtnieks, overw. 26).		

Bovendien is de handhaving van beschikbaarheid van het vereiste bedrag gedurende de uitvoering van de overeenkomst een nuttig element voor de concrete beoordeling van de economische en financiële draagkracht van de inschrijver in verhouding tot zijn toezeggingen. De goede uitvoering van de opdracht houdt immers intrinsiek verband met het feit dat de inschrijver over de financiële middelen beschikt om die met succes uit te voeren.

2/

Echter, het feit dat de bankinstellingen waarbij de inschrijver om een lening heeft verzocht, zich niet in staat achten hem een verklaring af te geven, is een „gegronde reden”, op grond waarvan de inschrijver zijn economische en financiële draagkracht kan aantonen met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht, voor zover vast staat dat het voor deze inschrijver objectief onmogelijk was de door de aanbestedende dienst gevraagde verklaring over te leggen. In casu had de uitgesloten inschrijver een verklaring op eer ingediend waarin hij garandeerde dat indien zijn inschrijving werd gekozen, hij het door de overheid gevraagde leningsbedrag op zijn rekening zou hebben staan gedurende de gehele uitvoering van de opdracht, waarbij hij stelde dat het voor hem onmogelijk was om een verklaring van een bankinstelling te verkrijgen waarmee deze zich ertoe verbindt hem een lening te verstrekken ter hoogte van het in de aankondiging van de opdracht vastgelegde bedrag. Het is volgens het Hof aan de nationale bodemrechter om na te gaan of er inderdaad sprake was van een objectieve onmogelijkheid om de gevraagde bankverklaring te bekomen.

V. Uniform Europees Aanbestedingsdocument, impliciete verklaring op erewoord en bewijsmiddelen

RvS	NED	
20 augustus 2015	Nr. 232.068	KS
<p>Er is gebruik gemaakt van de impliciete verklaring op eer wat betreft de uitsluitingsgronden. Echter, de aanbestedende overheid heeft nagelaten, alvorens de gunningsbeslissing te nemen, om deze verklaring op eer, wat de gekozen inschrijver betreft, te verifiëren aan de hand van de vereiste attesten. Zo ontbreekt in het administratief dossier het vereiste uittreksel uit het strafregister. Uit niets blijkt dat de echtheid van de verklaring op erewoord vanwege de gekozen inschrijver is onderzocht. Bovendien rijzen er twijfels over het continu voldaan zijn aan de minimumvereisten inzake technische bekwaamheid.</p>		
Schorsing		
<p>Deze rechtspraak behoudt zijn relevantie, nu zowel voor opdrachten vanaf de Europese bekendmakingsdrempels (Uniform Europees Aanbestedingsdocument) als eronder (impliciete verklaring op erewoord) een ex post controle moet gebeuren op de kandidatuur of de (laatste) offerte.</p>		