

JAAN 2016/181, Hof van Justitie EU, 14-07-2016, C-406/14**(annotatie)**

Instantie: Hof van Justitie EU
Datum uitspraak: 14-07-2016
Publicatie: JAAN 2016/181 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 6, 2016
Annotator: <ul style="list-style-type: none">• mr. G.L. Weerheim
Zaaknummer: C-406/14
Rechtsgebied: Aanbestedingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none">• mr. Bay Larsen• mr. Šváby• mr. Malenovský• mr. Safjan• mr. Vilaras
Partijen: Wroclaw - Miasto na prawach powiatu tegen de Minister Infrastructuur en Ruimte
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none">• Richtlijn 2004/18/EG - 25• Richtlijn 2004/18/EG - 48 lid 3• Verordening 1083/2006/EG - 2 punt 7• Verordening 1083/2006/EG - 98 1 en 2

Inhoudsindicatie

Beroep op derden/onderaannemers, Financiële correctie

Ga direct naar

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

Samenvatting

Op 18 mei 2007 heeft de bevoegde dienst van de stad Wroclaw een niet-openbare procedure ingeleid voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor de aanleg van een gedeelte van een ringweg. Voor dat project, waarvan de kosten ongeveer € 65 miljoen bedroegen, is financiële steun van de Unie verstrekt in het kader van het operationele programma voor gemeenschapssteun aan de Republiek Polen op het gebied van infrastructuur en milieu (Convergentiedoelstelling), dat mede is gefinancierd door het Cohesiefonds en het EFRO. Het bestek schreef voor dat de ondernemer gehouden is minimaal 25% van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uit te voeren.

Na een administratieve procedure na afloop van de uitvoering van deze opdracht, ingeleid door de nationale autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de regelmatigheid van bepaalde mede door de Unie gefinancierde projecten, is aan de stad Wroclaw primair een financiële correctie opgelegd van 5% van het bedrag van de uit openbare middelen gefinancierde kosten, wegens vermeende onregelmatigheid van dit beding in het licht van Richtlijn 2004/18, die gezien de waarde van deze opdracht daarop van toepassing was.

De stad Wroclaw heeft tegen het besluit waarbij de financiële correctie is opgelegd, beroep ingesteld bij de verwijzende rechter. Deze heeft vervolgens twee prejudiciële vragen gesteld.

Verplichte uitvoering met eigen middelen

Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of Richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het bestek van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan bedingen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, een bepaald percentage van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uitvoert.

Volgens art. 25 alinea 1 Richtlijn 2004/18 kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken, of door een lidstaat worden verplicht de inschrijver te verzoeken, om in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. In dat artikel is geen beperking aangebracht op een beroep op onderaannemers. Integendeel, in art. 48 lid 3 van deze richtlijn is voor inschrijvers de mogelijkheid neergelegd om zich voor de uitvoering van een opdracht te beroepen op

onderaanneming, en wel – in beginsel – zonder beperking.

Een beding als in het hoofding aan de orde, dat het beroep op onderaannemers op abstracte wijze beperkt tot een bepaald percentage van de opdracht, en dit ongeacht de mogelijkheid de capaciteiten van de eventuele onderaannemers na te gaan en zonder vermelding van de wezenlijke aard van de betrokken taken, blijkt onverenigbaar met Richtlijn 2004/18.

Financiële correctie

Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of art. 98 Verordening nr. 1083/2006, in samenhang met art. 2 punt 7 van die verordening, aldus moet worden uitgelegd dat de omstandigheid dat een aanbestedende dienst in het kader van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken voor een project dat mede met financiële steun van de Unie wordt verwezenlijkt, in strijd met Richtlijn 2004/18 heeft bedongen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund ten minste 25% van de werken met eigen middelen uitvoert, onder omstandigheden als in het hoofding een 'onregelmatigheid' in de zin van dat art. 2 punt 7 oplevert die een financiële correctie uit hoofde van dat art. 98 rechtvaardigt.

De vraag omvat dus twee aspecten: het begrip onregelmatigheid in de zin van art. 2 punt 7 Verordening nr. 1083/2006 en het mechanisme van financiële correctie dat de nationale autoriteiten krachtens art. 98 van die verordening ten uitvoer moeten leggen als zich een onregelmatigheid voordoet.

Uit de definitie in art. 2 punt 7 Verordening 1083/2006 volgt dat een inbreuk op het Unierecht enkel een onregelmatigheid in de zin van deze bepaling oplevert als de algemene begroting van de Unie daarbij door een onverschuldigde uitgave wordt of zou kunnen worden benadeeld. Derhalve moet een dergelijke inbreuk worden beschouwd als een onregelmatigheid indien de inbreuk als zodanig een weerslag kan hebben op de begroting. Bewijs van een specifieke financiële weerslag is echter niet vereist.

Wat ten tweede het mechanisme van financiële correctie in art. 98 Verordening nr. 1083/2006 betreft, moet worden vastgesteld dat de lidstaten krachtens lid 1 en 2 van dat artikel een financiële correctie moeten opleggen ingeval een onregelmatigheid is geconstateerd.

Krachtens lid 2 eerste alinea van dat artikel is de bevoegde nationale autoriteit bij het vaststellen van het bedrag van de correctie evenwel ook gehouden drie criteria in aanmerking te nemen, namelijk de aard van de geconstateerde onregelmatigheid, de ernst ervan en het financiële verlies voor het betrokken fonds.

Omstandigheden als de overeenstemming van een beding als in het hoofding aan de orde met de nationale wet, de verplichting een bepaald deel van de opdracht met eigen middelen uit te voeren en de omstandigheid dat enkel een – mogelijk gering – risico van een financiële weerslag vast is komen te staan, kunnen dus van invloed zijn op het definitieve bedrag van de op te leggen financiële correctie.

Uitspraak

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 25 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114, met rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 2083/2005 van de Commissie van 19 december 2005 (PB 2005, L 333, blz. 28) (hierna: „richtlijn 2004/18”), en van artikel 98 van verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad van 11 juli 2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1260/1999 (PB 2006, L 210, blz. 25).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Wrocław – Miasto na prawach powiatu (stad Wrocław, Polen) en de Minister Infrastruktury i Rozwoju (minister van Infrastructuur en Ontwikkeling) over een besluit waarbij de stad Wrocław een financiële correctie is opgelegd wegens een vermeende inbreuk op richtlijn 2004/18 bij het plaatsen van een overheidsopdracht voor werken die mede met fondsen van de Europese Unie waren gefinancierd.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Richtlijn 2004/18

3 Overeenkomstig artikel 7, onder c), van richtlijn 2004/18 was deze richtlijn, ten tijde van de feiten van het hoofding, van toepassing op niet-uitgesloten

overheidsopdrachten voor werken waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk was aan of groter was dan 5 278 000 EUR.

4 De mogelijkheid dat een inschrijver een deel van de opdracht aan derden in onderaanneming wenst te geven, komt onder meer aan de orde in artikel 25 van deze richtlijn, in de volgende bewoordingen:

„In het bestek kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken, of door een lidstaat worden verplicht de inschrijver te verzoeken, om in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.

Deze mededeling laat de aansprakelijkheid van de leidende ondernemer onverlet.”

5 Artikel 26 van richtlijn 2004/18, met het opschrift „Voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd”, bepaalt het volgende:

„De aanbestedende diensten kunnen bijzondere voorwaarden bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht en in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld. De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, kunnen met name verband houden met sociale of milieuoverwegingen.”

6 Deze bepaling wordt toegelicht in overweging 33 van deze richtlijn, die verklaart dat de voorwaarden voor de uitvoering van een opdracht verenigbaar zijn met deze richtlijn „voor zover zij niet rechtstreeks of onrechtstreeks discriminerend zijn en zij in de aankondiging van opdracht of in het bestek worden vermeld. Zij kunnen met name ten doel hebben de beroepsopleiding op de werkplek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het arbeidsproces te integreren personen te bevorderen, de werkloosheid te bestrijden of het milieu te beschermen. Als voorbeeld kan onder andere worden verwezen naar de verplichtingen om voor de uitvoering van de opdracht langdurig werklozen aan te werven of in opleidingsacties voor werklozen of jongeren te voorzien, om inhoudelijk de belangrijkste verdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) na te leven indien deze niet in het nationale recht zijn omgezet, en om een groter dan het bij de nationale wetgeving voorgeschreven aantal gehandicapten aan te werven”.

7 Richtlijn 2004/18 stelt tevens de kwalitatieve selectiecriteria vast aan de hand waarvan kan worden bepaald welke kandidaten tot de aanbestedingsprocedure voor

een overheidsopdracht worden toegelaten. Artikel 48 van die richtlijn, betreffende de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, bepaalt:

„[...]”

2. De technische bekwaamheid van de ondernemer kan op een of meer van de volgende manieren worden aangetoond, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:

[...]

b) aan de hand van een opgave van de al dan niet tot de onderneming van de ondernemer behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole en, in het geval van overheidsopdrachten voor werken, van die welke de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;

[...]

i) aan de hand van de omschrijving van het gedeelte van de opdracht dat de dienstverlener eventueel in onderaanneming wil geven;

[...]

3. Een ondernemer kan zich in voorkomend geval en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere lichamen, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die lichamen. In dat geval moet hij de aanbestedende dienst aantonen dat hij kan beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, bijvoorbeeld door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de ondernemer de nodige middelen ter beschikking te stellen.

[...]

5. Bij procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden nodig zijn, voor het verlenen van diensten en/of de uitvoering van werken, kan de geschiktheid van ondernemers om die diensten te verlenen of die installatiewerkzaamheden of werken uit te voeren, worden beoordeeld aan de hand van met name hun knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid.

6. De aanbestedende dienst geeft in de aankondiging of in de uitnodiging tot indiening van een inschrijving aan, welke van de in lid 2 genoemde referenties hij verlangt.”

Verordening nr. 1083/2006

8 Overweging 66 van verordening nr. 1083/2006 luidt als volgt:

„Om de efficiënte en correcte uitvoering van de operationele programma's te garanderen moet worden bepaald aan welke verplichtingen de lidstaten moeten voldoen wat betreft de beheers- en controlesystemen, de certificering van de uitgaven en de preventie, opsporing en correctie van onregelmatigheden of inbreuken op de communautaire wetgeving. [...]”

9 Artikel 1 van deze verordening bepaalt:

„Bij deze verordening worden de algemene bepalingen vastgesteld met betrekking tot het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling (EFRO), het Europees Sociaal Fonds (ESF) (hierna de ‚structuurfondsen‘ genoemd) en het Cohesiefonds [...].

[...]

Te dien einde worden bij deze verordening de op een verdeling van de verantwoordelijkheden tussen de lidstaten en de Commissie gebaseerde beginselen en bepalingen betreffende het partnerschap, de programmering, de evaluatie, het beheer, met inbegrip van het financiële beheer, het toezicht en de controle vastgesteld.”

10 Artikel 2, punt 7, van deze verordening omschrijft het begrip onregelmatigheid als „elke inbreuk op een bepaling van het gemeenschapsrecht als gevolg van een handeling of nalatigheid van een marktdeelnemer waarbij de algemene begroting van de Europese [Unie] door een onverschuldigde uitgave wordt of zou kunnen worden benadeeld”.

11 Overeenkomstig artikel 9, lid 5, van verordening nr. 1083/2006 zijn de uit de structuurfondsen en het Cohesiefonds gefinancierde concrete acties in overeenstemming met onder meer alle handelingen van afgeleid recht.

12 Artikel 98 van deze verordening, met het opschrift „Financiële correcties door de

lidstaten”, bepaalt:

„1. In eerste instantie is het aan de lidstaten om onregelmatigheden te onderzoeken, op te treden wanneer een belangrijke wijziging wordt geconstateerd die de aard of de voorwaarden van de uitvoering of de controle van concrete acties of operationele programma's beïnvloedt, en de nodige financiële correcties te verrichten.

2. De lidstaat past de financiële correcties toe die noodzakelijk zijn in verband met eenmalige of systematische onregelmatigheden die bij concrete acties of operationele programma's zijn geconstateerd. De door de lidstaat verrichte correcties bestaan in een volledige of gedeeltelijke intrekking van de overheidsbijdrage aan het operationele programma. De lidstaat houdt rekening met de aard en de ernst van de onregelmatigheden en met het financiële verlies voor de fondsen.

[...]

Pools recht

13 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat artikel 36, lid 5, van de ustawa – Prawo zamówien publicznych (aanbestedingswet) van 29 januari 2004 (hierna: „p.z.p.”), in de versie die van toepassing was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, als volgt was verwoord:

„De aanbestedende dienst kan in het bestek bepalen welk gedeelte van de opdracht niet aan derden in onderaanneming mag worden gegeven.”

14 Deze bepaling is nadien gewijzigd in die zin dat een ondernemer de uitvoering van een aan hem gegunde opdracht in onderaanneming kan geven, tenzij de aanbestedende dienst in het licht van de bijzondere aard van de opdracht in het bestek bepaalt dat de opdracht of een deel ervan niet in onderaanneming mag worden gegeven.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

15 Op 18 mei 2007 heeft de bevoegde dienst van de stad Wroclaw een niet-openbare procedure ingeleid voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor de aanleg van een gedeelte van een ringweg. Voor dat project, waarvan de kosten ongeveer 65 miljoen EUR bedroegen, is financiële steun van de Unie verstrekt in het kader van het operationele programma voor gemeenschapssteun aan de Republiek

Polen op het gebied van infrastructuur en milieu (Convergentiedoelstelling), dat mede is gefinancierd door het Cohesiefonds en het EFRO.

16 Zeven ondernemers hebben een verzoek tot deelname ingediend en vijf van hen zijn uitgenodigd om in te schrijven. Het bestek dat aan deze vijf ondernemers werd verstrekt, bevatte een als volgt verwoord beding:

„De ondernemer is gehouden minimaal 25 % van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uit te voeren.”

17 Op 1 augustus 2008 heeft de stad Wroclaw een overeenkomst voor de overheidsopdracht gesloten met de ondernemer die zij had geselecteerd.

18 Na een administratieve procedure na afloop van de uitvoering van deze opdracht, ingeleid door de nationale autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de regelmatigheid van bepaalde mede door de Unie gefinancierde projecten, is van de stad Wroclaw primair een financiële correctie van 8 600 473,38 Poolse zloty (PLN) (ongeveer 1 960 000 EUR) gevorderd, hetgeen overeenkomt met 5 % van het bedrag van de uit openbare middelen gefinancierde kosten, wegens vermeende onregelmatigheid van dit beding in het licht van richtlijn 2004/18, die gezien de waarde van deze opdracht daarop van toepassing was.

19 Volgens de verwijzingsbeslissing heeft de in het laatste stadium van de administratieve procedure bevoegde autoriteit deze financiële correctie gerechtvaardigd, ten eerste, met het feit dat het litigieuze beding het beroep op onderaannemers zou hebben beperkt zonder artikel 36, lid 5, p.z.p. in acht te nemen. Deze bepaling is namelijk bedoeld om ervoor te zorgen dat de delen van een opdracht waarvoor bijzondere kennis en vaardigheden nodig zijn en waarbij de kwaliteit van de uitvoering dus afhangt van de individuele bekwaamheden van de uitvoerder, feitelijk worden uitgevoerd door de ondernemer die in de loop van de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht is getoetst op geschiktheid voor het uitvoeren ervan. Dat doel is van bijzonder belang aangezien de bepalingen van nationaal recht in de ten tijde van de feiten in het hoofdgeding geldende versie ondernemers niet toestonden zich voor het bewijs van de vervulling van de vereiste capaciteitscriteria voor deelneming aan de procedure voor gunning van een overheidsopdracht te beroepen op de capaciteiten van derden.

20 Volgens deze autoriteit was de aanbestedende dienst die artikel 36, lid 5, p.z.p. toepaste, derhalve gehouden concreet aan te geven welke delen van de betrokken

opdracht verplicht door de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund zelf moesten worden uitgevoerd. Op basis van een beding als in het hoofdgeding aan de orde, dat niet meer bevat dan een impliciet percentage van de werken dat overeenkomt met het deel ervan dat moet worden uitgevoerd door de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, kan – in strijd met het doel van artikel 36, lid 5, p.z.p. – niet worden vastgesteld of de beperking van het beroep op onderaanneming betrekking heeft op werken voor de uitvoering waarvan bijzondere vaardigheden nodig zijn. Deze inbreuk op het nationale recht levert tevens een inbreuk op artikel 25 van richtlijn 2004/18 op; in dat verband heeft de autoriteit gewezen op het arrest van 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom (C 314/01, [ECLI:EU:C:2004:159](#)).

21 Ten tweede zou de beperking van het beroep op onderaanneming nadelig zijn voor de algemene begroting van de Unie, ondanks dat de gestelde inbreuk op het recht van de Unie geen invloed heeft op de gunning van de opdracht die in het hoofdgeding aan de orde was. Deze beperking bracht namelijk een risico mee van verstoring van het mededingingsevenwicht dat zich kon vertalen in een hogere prijs in de offertes, een risico dat volstaat voor een onregelmatigheid in de zin van artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006.

22 Uit de gegevens in het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt dat de bevoegde autoriteit het percentage van de toegepaste financiële correctie heeft bepaald aan de hand van een indicatieve tabel.

23 De stad Wroclaw heeft tegen het besluit waarbij de financiële correctie is opgelegd, beroep ingesteld bij de verwijzende rechter en de gegrondheid betwist van de twee onderdelen van de motivering waarop het besluit stoelt. Met betrekking tot de rechtmatigheid van het litigieuze beding van het bestek voert zij aan dat artikel 36, lid 5, p.z.p., in de versie die van toepassing was ten tijde van de feiten van het geding, het beginsel bevatte dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, deze met eigen middelen moet uitvoeren en het beroep op onderaanneming een uitzondering is. Uit dien hoofde kon de aanbestedende dienst het goedkeuren, maar hij was daartoe niet gehouden. De verwijzende rechter lijkt deze uitlegging van de betrokken bepaling te onderschrijven.

24 Volgens hem is voor de beslechting van het geding dat bij hem aanhangig is, ten eerste een uitlegging door het Hof van artikel 25 van richtlijn 2004/18 noodzakelijk, met name van de uitdrukking „gedeelte van de opdracht”, om te bepalen of deze bepaling zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst een maximumpercentage van de opdracht vaststelt dat de toekomstige aannemer in onderaanneming mag

geven. Deze rechter vraagt zich tevens af of een dergelijke beperking door artikel 26 van deze richtlijn kan worden bestreken, als voorwaarde waaronder de opdracht wordt uitgevoerd in de zin van deze bepaling.

25 Hij overweegt dat uit het arrest van 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom (C 314/01, [ECLI:EU:C:2004:159](#)) volgt dat het beroep op onderaanneming voor de uitvoering van overheidsopdrachten krachtens richtlijn 2004/18 mag worden beperkt, mits dat niet tot gevolg heeft dat ondernemers die zich willen beroepen op de technische en economische draagkracht van onderaannemers, worden belemmerd aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen. In dit arrest is echter niet beslist of een aanbestedende dienst de omvang van de werkzaamheden die de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund zelf moet uitvoeren, met een percentage kan aangeven.

26 Overigens vraagt de verwijzende rechter zich af of een beding als in het hoofdgeding, dat de mogelijkheid voor kleine en middelgrote ondernemingen beperkt om deel te nemen aan de uitvoering van werken die het voorwerp zijn van een overheidsopdracht, geen schending vormt van het beginsel van openstelling van overheidsopdrachten voor onvervalste mededinging. Deze openstelling geldt immers voor alle ondernemingen ongeacht hun omvang, waarbij ogenschijnlijk bijzondere aandacht moet uitgaan naar kleine en middelgrote ondernemingen. Deze rechter verwijst hiervoor naar de rechtspraak van het Hof, met name het arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C 94/12, [ECLI:EU:C:2013:646](#), punt 33).

27 Ten tweede meent deze rechter dat tevens duidelijkheid moet worden geschapen over het begrip onregelmatigheid in de zin van verordening nr. 1083/2006, zodat hij kan vaststellen of een financiële correctie vereist is in het licht van de ernst van de eventuele inbreuk op het recht van de Unie waardoor de procedure voor het plaatsen van de betrokken opdracht is aangetast en de omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak.

28 In dat verband vraagt hij zich af of elke schending van het recht van de Unie op het gebied van overheidsopdrachten een dergelijke onregelmatigheid oplevert en moet leiden tot een financiële correctie of dat rekening moet worden gehouden met de concrete omstandigheden van het geval, met name met de gevolgen van de eventuele schending van dat recht. Met betrekking tot die concrete omstandigheden merkt hij in casu op dat de toepasselijke wet aldus werd uitgelegd dat een beding als in het hoofdgeding aan de orde niet was uitgesloten, dat dit beding het hoe dan ook

mogelijk maakte 75 % van de onder de opdracht vallende werken in onderaanneming te geven, dat het beding niet was betwist en dat de oproep tot inschrijving heeft geleid tot felle concurrentie.

29 Daarop heeft de Wojewódzki Sad Administracyjny w Warszawie (bestuursrechter in eerste aanleg Warschau) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld.

„1) Is het in het licht van artikel 25 van richtlijn 2004/18 [...] toelaatbaar dat een opdrachtgever in het bestek van een [overheids]opdracht bepaalt dat de ondernemer [aan wie de opdracht wordt gegund,] gehouden is minimaal 25 % van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uit te voeren?

2) Ingeval de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord: vormt de toepassing van het in de eerste vraag beschreven vereiste in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht een schending van bepalingen van het recht van de Europese Unie die een financiële correctie in de zin van artikel 98 van verordening [...] nr. 1083/2006 [...] rechtvaardigt?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

30 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het bestek van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kan bedingen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, een bepaald percentage van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uitvoert.

31 Volgens artikel 25, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken, of door een lidstaat worden verplicht de inschrijver te verzoeken, om in zijn inschrijving aan te geven welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is aan derden in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.

32 Zoals het Hof in punt 31 van het arrest van 10 oktober 2013, Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino (C 94/12, [ECLI:EU:C:2013:646](#)), heeft vastgesteld, is in dat artikel van richtlijn 2004/18 sprake van een beroep op onderaannemers zonder dat daarop enige beperking wordt aangebracht.

33 Integendeel, in artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, waarin is voorzien in de mogelijkheid voor inschrijvers om aan te tonen dat zij voldoen aan de minimumeisen inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid die de aanbestedende dienst heeft gesteld door zich te beroepen op de draagkracht van andere lichamen, voor zover zij aantonen dat zij daadwerkelijk kunnen beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen die zij niet zelf bezitten, mocht deze aan hen worden gegund, is voor inschrijvers de mogelijkheid neergelegd om zich voor de uitvoering van een opdracht te beroepen op onderaanneming, en wel – in beginsel – zonder beperking.

34 Indien de stukken van de opdracht inschrijvers overeenkomstig artikel 25, eerste alinea, van richtlijn 2004/18 verplichten in hun offertes aan te geven welk deel van de opdracht zij voornemens zijn in onderaanneming te geven en welke onderaannemers zij voorstellen, heeft de aanbestedende dienst niettemin het recht voor de uitvoering van wezenlijke onderdelen van de opdracht te verbieden dat een beroep wordt gedaan op onderaannemers wier capaciteiten hij bij het onderzoek van de offertes en de selectie van de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, niet heeft kunnen nagaan (zie in die zin arrest van 18 maart 2004, Siemens en ARGE Telekom, C 314/01, [ECLI:EU:C:2004:159](#), punt 45).

35 Dat is echter niet de strekking van een beding als dat in het hoofding aan de orde, dat het beroep op onderaannemers op abstracte wijze beperkt tot een bepaald percentage van de opdracht, en dit ongeacht de mogelijkheid de capaciteiten van de eventuele onderaannemers na te gaan en zonder vermelding van de wezenlijke aard van de betrokken taken. Een dergelijk beding blijkt op al deze punten onverenigbaar met richtlijn 2004/18, die in het hoofding relevant is.

36 Zoals de advocaat-generaal in punt 41 van haar conclusie heeft opgemerkt, is een dergelijk beding, gesteld dat het een voorwaarde vormt waaronder de opdracht wordt uitgevoerd in de zin van artikel 26 van richtlijn 2004/18, overigens niet toelaatbaar uit hoofde van dat artikel op grond van de bewoordingen daarvan: het is immers strijdig met artikel 48, lid 3, van deze richtlijn, en dus met het recht van de Unie.

37 Bijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het bestek van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken niet kan bedingen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, een bepaald percentage van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uitvoert.

Tweede vraag

38 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 98 van verordening nr. 1083/2006, in samenhang met artikel 2, punt 7, van die verordening, aldus moet worden uitgelegd dat de omstandigheid dat een aanbestedende dienst in het kader van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken voor een project dat mede met financiële steun van de Unie wordt verwezenlijkt, in strijd met richtlijn 2004/18 heeft bedongen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund ten minste 25 % van de werken met eigen middelen uitvoert, onder omstandigheden als in het hoofdgeding een „onregelmatigheid” in de zin van dat artikel 2, punt 7, oplevert die een financiële correctie uit hoofde van dat artikel 98 rechtvaardigt.

39 Met betrekking tot de concrete omstandigheden van deze zaak merkt de verwijzende rechter op dat de toepasselijke nationale wet aldus werd uitgelegd dat een beding als in het hoofdgeding aan de orde niet was verboden, dat dit beding het hoe dan ook mogelijk maakte 75 % van de onder de opdracht vallende werken in onderaanneming te geven, dat het door de gegadigden die waren uitgenodigd een offerte in te dienen – de enigen die er kennis van hadden – niet was betwist en dat de oproep tot inschrijving heeft geleid tot felle concurrentie.

40 De vraag omvat dus twee aspecten: het begrip onregelmatigheid in de zin van artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 en het mechanisme van financiële correctie dat de nationale autoriteiten krachtens artikel 98 van die verordening ten uitvoer moeten leggen als zich een onregelmatigheid voordoet.

41 Ten eerste ziet het begrip onregelmatigheid volgens artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 op elke inbreuk op een bepaling van het Unierecht als gevolg van een handeling of nalatigheid van een marktdeelnemer waarbij de algemene begroting van de Unie door een onverschuldigde uitgave wordt of zou kunnen worden benadeeld.

42 Vastgesteld moet worden dat de twijfels van de verwijzende rechter zijn gewekt door het laatste deel van deze definitie, aangezien het litigieuze beding, dat gelet op het antwoord op de eerste vraag moet worden beschouwd als strijdig met het recht van de Unie, in casu volgens hem geen concrete gevolgen heeft gehad.

43 In dat verband moet worden opgemerkt dat de Unie met de structuurfondsen en het Cohesiefonds enkel acties beoogt te financieren die volledig in overeenstemming

zijn met het recht van de Unie, zoals de advocaat-generaal in de punten 53 tot en met 55 van haar conclusie onder verwijzing naar onder meer artikel 9, lid 5, van verordening nr. 1083/2006 en, naar analogie, het arrest van 21 december 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre* (C 465/10, [ECLI:EU:C:2011:867](#), punten 46 en 47) heeft opgemerkt.

44 Niettemin volgt uit de definitie in artikel 2, punt 7, van die verordening dat een inbreuk op het Unierecht enkel een onregelmatigheid in de zin van deze bepaling oplevert als de algemene begroting van de Unie daarbij door een onverschuldigde uitgave wordt of zou kunnen worden benadeeld. Derhalve moet een dergelijke inbreuk worden beschouwd als een onregelmatigheid indien de inbreuk als zodanig een weerslag kan hebben op de begroting. Bewijs van een specifieke financiële weerslag is echter niet vereist (zie naar analogie arrest van 21 december 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre*, C 465/10, [ECLI:EU:C:2011:867](#), punt 47).

45 Dientengevolge moet worden aangenomen dat een schending van de regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten een onregelmatigheid in de zin van artikel 2, punt 7, van verordening nr. 1083/2006 oplevert, voor zover niet kan worden uitgesloten dat deze schending een weerslag op de begroting van het betrokken fonds heeft gehad.

46 Wat ten tweede het mechanisme van financiële correctie in artikel 98 van verordening nr. 1083/2006 betreft, moet worden vastgesteld dat de lidstaten krachtens de leden 1 en 2 van dat artikel een financiële correctie moeten opleggen ingeval een onregelmatigheid is geconstateerd.

47 Krachtens lid 2, eerste alinea, van dat artikel is de bevoegde nationale autoriteit bij het vaststellen van het bedrag van de correctie evenwel ook gehouden drie criteria in aanmerking nemen, namelijk de aard van de geconstateerde onregelmatigheid, de ernst ervan en het financiële verlies voor het betrokken fonds.

48 Gaat het om een incidentele en niet om systematische onregelmatigheid, zoals in het hoofdgeding, dan houdt dit laatste vereiste noodzakelijkerwijs een onderzoek per geval in, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval die in het licht van één van deze drie criteria relevant zijn.

49 Zoals de advocaat-generaal in punt 60 van haar conclusie heeft onderstreept, sluit dat niet uit dat het bedrag in eerste aanzet wordt bepaald aan de hand van een

indicatieve tabel die het evenredigheidsbeginsel in acht neemt; bij het definitieve bedrag van de op te leggen correctie moet evenwel rekening worden gehouden met alle bijzondere kenmerken van de geconstateerde onregelmatigheid in het licht van de aspecten die zijn meegewogen bij de opstelling van die indicatieve tabel, die een hogere of juist lagere correctie kunnen rechtvaardigen.

50 Omstandigheden als de overeenstemming van een beding als in het hoofdinging aan de orde met de nationale wet, de verplichting een bepaald deel van de opdracht met eigen middelen uit te voeren en de omstandigheid dat enkel een – mogelijk gering – risico van een financiële weerslag vast is komen te staan, kunnen dus van invloed zijn op het definitieve bedrag van de op te leggen financiële correctie.

51 Op de tweede vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 98 van verordening nr. 1083/2006, in samenhang met artikel 2, punt 7, van die verordening, aldus moet worden uitgelegd dat de omstandigheid dat een aanbestedende dienst in het kader van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken voor een project dat mede met financiële steun van de Unie wordt verwezenlijkt, in strijd met richtlijn 2004/18 heeft bedongen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund ten minste 25 % van de werken met eigen middelen uitvoert, een „onregelmatigheid” in de zin van dat artikel 2, punt 7, oplevert die een financiële correctie uit hoofde van dat artikel 98 rechtvaardigt, voor zover niet kan worden uitgesloten dat deze schending een weerslag op de begroting van het betrokken fonds heeft gehad. Bij het bepalen van het bedrag van deze correctie moet rekening worden gehouden met alle concrete omstandigheden die relevant zijn in het licht van de in artikel 98, lid 2, eerste alinea, van deze verordening genoemde criteria, namelijk de aard van de geconstateerde onregelmatigheid, de ernst ervan en het financiële verlies voor het betrokken fonds.

Kosten

52 Ten aanzien van de partijen in het hoofdinging is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

1) 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, zoals gewijzigd bij

verordening (EG) nr. 2083/2005 van de Commissie van 19 december 2005, moet aldus worden uitgelegd dat een aanbestedende dienst in het bestek van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken niet kan bedingen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund, een bepaald percentage van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uitvoert.

2) Artikel 98 van verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad van 11 juli 2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van verordening (EG) nr. 1260/1999, in samenhang met artikel 2, punt 7, van die verordening, moet aldus worden uitgelegd dat de omstandigheid dat een aanbestedende dienst in het kader van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken voor een project dat mede met financiële steun van de Unie wordt verwezenlijkt, in strijd met richtlijn 2004/18 heeft bedongen dat de ondernemer aan wie de opdracht wordt gegund ten minste 25 % van de werken met eigen middelen uitvoert, een „onregelmatigheid” in de zin van dat artikel 2, punt 7, oplevert die een financiële correctie uit hoofde van dat artikel 98 rechtvaardigt, voor zover niet kan worden uitgesloten dat deze schending een weerslag op de begroting van het betrokken fonds heeft gehad. Bij het bepalen van het bedrag van deze correctie moet rekening worden gehouden met alle concrete omstandigheden die relevant zijn in het licht van de in artikel 98, lid 2, eerste alinea, van deze verordening genoemde criteria, namelijk de aard van de geconstateerde onregelmatigheid, de ernst ervan en het financiële verlies voor het betrokken fonds.

Noot

De emancipatie van de onderaannemer in het aanbestedingsrecht

In het hier te bespreken arrest – waarvan de conclusie van de A-G reeds was opgenomen in dit tijdschrift¹ – wordt voornamelijk de vraag behandeld in hoeverre het is toegestaan dat de mogelijkheid van een beroep op onderaannemers wordt beperkt tot bijvoorbeeld een bepaald percentage van de opdracht. Het arrest zal verder door mij worden aangeduid als het Wroclaw-arrest. In deze noot zal ik de ontwikkeling weergeven van de mogelijkheden een beroep te doen op onderaannemers, om daarna deze nieuwe loot aan de stam te bespreken.²

Het begrip ‘onderaanneming’ is - zoals de verwijzing naar aanneming van werk laat

zien - ontstaan in de bouw, maar is een inmiddels breed ingeburgerde aanduiding voor allerlei soorten overeenkomsten met hulppersonen, zoals met betrekking tot de levering van goederen en diensten. Het inzetten van onderaannemers is – historisch gezien - echter minder vanzelfsprekend dan het lijkt. De voorgeschreven onderaannemer bestond onder vigeur van de UAV 1968 bijvoorbeeld nog niet. De UAV 1989 (op dat punt gelijkloidend aan de UAV 1968³) hanteert het uitgangspunt dat de aannemer bepaalde onderdelen van het werk in onderaanneming kan laten uitvoeren, *mits* de schriftelijke goedkeuring van de directie is verkregen voor zowel de keuze van de onderdelen als de daarvoor in te schakelen onderaannemers (par. 6 lid 26 UAV 1989). In de UAV 2012 is daaraan toegevoegd dat de directie de goedkeuring voor een onderaannemer niet zonder redelijke grond mag weigeren indien deze onderaannemer vooraf bekend is gemaakt.⁴

In de parlementaire geschiedenis bij art. 7:751 BW wordt overwogen dat het past 'in de moderne maatschappij dat de aannemer het werk door anderen mag laten uitvoeren mits onder zijn leiding.'⁵ Ondanks de overweging van de wetgever dat onderaanneming past bij de moderne tijd is bij aanbestedingen lange tijd het zogenoemde 'zelfvereiste' toegepast.⁶ Doel van het opnemen van het zelfvereiste was te ontkomen aan zgn. makelaars in werken (waarmee het gevaar van collusie gepaard ging). In een aanbestedingsgeschil voor de Raad van Arbitrage voor de Bouw uit 1999 wordt de bijzondere uitvoeringsvoorwaarde dat de inschrijver ten minste 70% van het totale werk zelf dient uit te voeren door arbiters toelaatbaar geacht:

'Arbiters constateren dat het 'zelfvereiste' niet ziet op opgedane ervaring op andere werken, doch ziet op de komende uitvoering van het werk volgens bestek. De gestelde eis is aldus feitelijk een uitvoeringsbepaling inzake het uit te voeren werk. In het bestek kan een aanbesteder gevoeglijk eisen opnemen inzake het uit te voeren werk, waaraan de inschrijver, die op het werk inschrijft, gehouden is voldoen.'⁷

De jurisprudentie van het Europese Hof over een beroep op onderaannemers – waarmee het zelfvereiste aan het wankelen werd gebracht – komt op gang in de jaren '90. In het arrest *Ballast Nedam I* wordt een beroep op de ervaring van een

dochtervennootschap aanvaardbaar geacht voor zover wordt aangetoond dat de moedervenootschap daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van de dochtervennootschappen die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn.⁸ Uit latere arresten blijkt dat niet van belang is wat de exacte juridische aard is van de banden van de onderaannemer op wie een beroep wordt gedaan, zolang over zijn middelen kan worden beschikt; een gezagsverhouding is in elk geval niet vereist.⁹ In het arrest *Holst Italia* overweegt het Hof van Justitie dat een onderneming niet van deelname aan een aanbestedingsprocedure mag worden uitgesloten 'op de enkele grond dat hij voor de uitvoering van de opdracht middelen wil inzetten, die niet hemzelf, maar één of meerdere andere entiteiten ter beschikking staan'.¹⁰

In het daarop volgende arrest *Siemens en Arge Telekom* (2004) wordt gestipuleerd dat een beroep op een onderaannemer, ten behoeve van het voldoen aan de eisen aan technische bekwaamheid en de economische draagkracht, niet mag worden verboden indien de aanbestedende dienst in staat is de technische bekwaamheid en de economische draagkracht te controleren.¹¹ Dit is dus slechts anders indien de onderaannemer eerst na gunning wordt geïntroduceerd, terwijl door deze onderaannemer wel wezenlijke onderdelen van de overeenkomst worden uitgevoerd.

De jurisprudentie van het HvJ EU is gecodificeerd in de art. 25, 47 lid 2 en 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG.¹² Het leerstuk van het beroep op onderaannemer was daarmee nog niet uitontwikkeld. Door de Hoge Raad is in 2007 overwogen dat de opvatting dat een gegadigde zich ten aanzien van een ervaringseis niet mag beroepen op de vaardigheden van meerdere derden die *slechts gezamenlijk* aan die eis voldoen, een niet met de jurisprudentie van het Hof van Justitie te verenigen beperking inhoudt van de vrijheid van een gegadigde onderaannemers in te zetten bij de uitvoering van de opdracht.¹³ In 2013 overwoog ook het Hof van Justitie in het arrest *Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino* in die zin, namelijk dat de Richtlijn eraan in de weg staat dat een Italiaans decreet in zijn algemeenheid verbiedt dat voor het voldoen aan de eisen met betrekking tot de technische bekwaamheid een beroep wordt gedaan op meer dan één onderaannemer.¹⁴ Slechts in uitzonderingsgevallen kan gerechtvaardigd zijn dat één ondernemer zelfstandig het minimumniveau van bijvoorbeeld de gevraagde draagkracht heeft. Opvallend is dat het Hof voor zijn uitleg ook expliciet een beroep doet op het doel van de richtlijnen, namelijk overheidsopdrachten open te stellen voor zo ruim mogelijke mededinging. Het mogelijk maken van een beroep op meerdere

onderaannemers draagt hieraan bij, mede omdat het de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten vergroot.

In de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU is de bovenstaande lijn voortgezet. In art. 63 lid 2 is bepaald dat aanbestedende diensten uitsluitend kunnen eisen dat bepaalde 'kritieke taken' door de inschrijver zelf worden verricht. Art. 71 is geheel aan onderaanneming gewijd en bevat een aantal nieuwe regels (waarvoor de ruimte hier ontbreekt daarop nader in te gaan).

In twee Poolse zaken dit jaar komt het onderwerp onderaanneming weer aan de orde. In het arrest *Partners Apelski Dariusz* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat indien de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke bekwaamheden niet overdraagbaar zijn, een onderaannemer zich alleen kan beroepen op de bekwaamheden van een derde, indien deze derde persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de opdracht.¹⁵ Het is afhankelijk van de aard en de doelstellingen van de opdracht of de noodzakelijke bekwaamheden overdraagbaar zijn.

Het *Wroclaw*-arrest vormt het voorlopige sluitstuk van de ontwikkeling van het leerstuk van het beroep op onderaannemers. In deze zaak is de prejudiciële vraag van een Poolse bestuursrechter aan de orde of de strekking van een beding dat het beroep op onderaannemers beperkt tot een bepaald percentage van de opdracht verenigbaar is met Richtlijn 2004/18/EU. Het bestek van de niet-openbare aanbestedingsprocedure voor het aanleggen van een deel van een ringweg bevatte de volgende bepaling: 'De ondernemer is gehouden minimaal 25% van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen uit te voeren.' Deze formulering doet denken aan het zelfvereiste in de hiervoor besproken zaak bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw.

Door de A-G wordt overwogen dat onderaanneming een essentiële rol speelt bij de bevordering van de doelstellingen van het aanbestedingsrecht, namelijk door middel van het openstellen van de markt van overheidsopdrachten voor het MKB. Volgens

de A-G is een verbod van onderaanneming louter denkbaar indien de aanbestedende dienst niet in staat is na te gaan of de onderaannemer daadwerkelijk voldoet aan de eisen. In de conclusie van A-G wordt verder aangegeven dat de nieuwe richtlijn weliswaar beperkingen op onderaanneming toestaat, maar dat deze enkel aanvaardbaar zijn voor zover zij betrekking hebben op welomschreven taken die worden gezien als kritiek voor de uitvoering van de opdracht (in overeenstemming met het arrest *Swm Costruzioni 2* en *Mannocchi Luigino*). Art. 63 lid 2 Richtlijn 2014/24/EG, waarop de A-G doelt, vormt echter geen grond onderaanneming als zodanig te verbieden of te beperken.

Volgens de A-G is dit geval van een beperking die betrekking heeft op welomschreven, kritieke taken geen sprake, omdat het beperkende beding slechts een percentage van de waarde van de opdracht beschrijft. Het beding is dus niet in overeenstemming met Richtlijn 2004/18/EG. De A-G merkt daarbij op dat het geen verschil maakt dat de litigieuze beperking een bijzondere voorwaarde vormt waaronder de opdracht wordt uitgevoerd (in de zin van art. 26 Richtlijn 2004/18/EU). Aanbestedende diensten mogen dergelijke voorwaarden uitsluitend stellen indien zij verenigbaar zijn met het EU-recht. Daarvan is in dit geval geen sprake.

Het Hof van Justitie sluit aan bij conclusie van de A-G. Een toelaatbare uitzondering (vanwege de onmogelijkheid de capaciteiten van de onderaannemer vast te stellen) op het in onderaanneming geven, doet zich hier niet voor. Het Hof kwalificeert het beding dat de ondernemer gehouden is minimaal 25% van de werkzaamheden met eigen middelen uit te voeren als *abstract*: het bestaat ongeacht de mogelijkheid de capaciteiten van de eventuele onderaannemers na te gaan en vermeldt niet de wezenlijke aard van de betrokken taken waarop het zelfvereiste van toepassing is. Het Hof overweegt dan ook dat dit beding zich niet verhoudt tot de uit jurisprudentie voortvloeiende regel dat onderaanneming slechts mag worden verboden indien de aanbestedende dienst de capaciteiten van de onderaannemer voorafgaande aan gunning niet heeft kunnen controleren en slechts mag worden beperkt voor zolang dat betrekking heeft op welomschreven, kritieke taken.

Conclusie

De mogelijkheid een beroep te doen op onderaannemers mag zowel kwantitatief

(aantal onderaannemers) als kwalitatief (percentage onderaanneming) niet worden beperkt. Onderaanneming kan uitsluitend worden verboden indien de capaciteiten van de onderaannemer niet voorafgaande aan de gunning kunnen worden gecontroleerd. Een toelaatbaar zelfvereiste is slechts denkbaar indien dat betrekking heeft op welomschreven, kritieke taken en mag dus nimmer abstract zijn. Uit de ontwikkeling van het leerstuk van het beroep op onderaannemers volgt dat onderaannemer inmiddels een zelfstandige plaats in het aanbestedingsrecht heeft ingenomen. Dat blijkt ook uit de aandacht voor de onderaannemer in Richtlijn 2014/24/EG, waarmee de duidelijkheid over de mogelijkheden van het beroep op de onderaannemer toeneemt. Gelet op het grote belang van onderaanneming in de praktijk lijken mij het ontstaan van die zelfstandige plaats en de toegenomen duidelijkheid geen onwenselijke ontwikkeling.

mr. G.L. Weerheim, Advocaat bij HabrakenRutten

Voetnoten

1

Conclusie A-G E. Sharpston 17 november 2015, C-406/14, [ECLI:EU:C:2015:761](#), «JAAN» 2016, 1 (Wojewódzki Sad Administracyjny w Warszawie (Polen)).

2

Voor de goede orde merk ik op dat er strikt genomen een onderscheid gemaakt zou kunnen worden tussen het inschakelen van een onderaannemer tijdens de uitvoeringsfase enerzijds en het doen van een beroep op een derde om aan de eisen met betrekking tot de economische draagkracht of technische bekwaamheid te voldoen anderzijds. In dit arrest wordt dat onderscheid niet gemaakt, zodat ik mij daarbij aansluit.

3

In de UAV 1968 was in par. 6 lid 27 vastgelegd dat indien onderdelen van het werk in onderaanneming worden uitgevoerd, de aannemer verplicht is de onderaannemer volledig in te lichten omtrent de bepalingen van het bestek, die bij het desbetreffende onderdeel van belang kunnen zijn, en omtrent de wijze van uitvoering.

4

Dit in lijn met de tot dan heersende lijn van de jurisprudentie van de Raad van

Arbitrage voor de Bouw. Zie bijvoorbeeld RvA 17 september 2012, nr. 32983.

5

Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II* 1992/93, 23 095, nr. 3).

6

Te onderscheiden van een 'doorgelegd zelfvereiste' In de zaak Vزر. Rb. Den Haag 23 mei 2005, **ECLI:NL:RBSGR:2005:BK6398** werd een 'doorgelegd zelfvereiste' (inhoudende dat indien een referentiewerk niet door de inschrijver zelf was uitgevoerd dit in ieder geval door de onderaannemer moest zijn uitgevoerd) toelaatbaar geacht. Dit lijkt mij terecht, omdat dit de mogelijkheid een geschikte onderaannemer te contracteren niet blokkeert. Zie ook RvA 15 april 2005, nr. 27.444, waarin het zelfvereiste wordt 'opgerekt', zodat daaraan ook nog kan worden voldaan indien de onderaannemer een referentiewerk zelf heeft uitgevoerd.

7

RvA 8 januari 1999, nr. 20.958. Overigens heeft de Raad in 2003 het zelfvereiste alsnog in strijd met de Europese jurisprudentie geacht: RvA 3 juni 2003, nr. 25.476 (vgl. het iets andere oordeel in hoger beroep: RvA 16 september 2003, nr. 70.792).

8

HvJ EU 14 april 1994, C-389/92.

9

HvJ EU 18 december 1997, C-5/97, pt. 14 (Ballast Nedam II) en HvJ EU 2 december 1999, C-176/98 (*Holst Italia*). Zie het latere arrest HvJ EU 14 januari 2014, C-234/14, «JAAN» 2016, 2, m.nt. J.W.A. Meesters (Ostas celtnieks SIA), waarin ontoelaatbaar wordt geacht de eis dat een partij die zich beroept op een derde dient aan te tonen over de noodzakelijke middelen te beschikken door voorafgaand aan de inschrijving een samenwerkingsovereenkomst te sluiten dan wel een personenvennootschap op te richten.

10

HvJ EU 2 december 1999, C-176/98, pt. 26.

11

HvJ EU 18 maart 2004, C-314/01, pt. 41 e.v. (*Siemens en Arge Telekom*).

12

In de Aw 2012 is dat geïmplementeerd in de art. 2.79, 2.92 en 2.94.

13

HR 22 juni 2007, [ECLI:NL:HR:2007:BA1828](#), «JAAN» 2007/3.

14

HvJ EU 10 oktober 2013, C-94/12, pt. 38, «JAAN» 2014/1 m.nt. J.W.A. Meesters.

15

HvJ EU 22 juni 2016, C-324/12, «JAAN» 2016/4 m.nt. A.J. van Heeswijck. Min of meer in gelijke zin overwoog de Arnhemse voorzieningenrechter in Vزر. Rb. Arnhem 4 oktober 2009, [ECLI:NL:RBARNM:2009:BK2680](#), r.o. 4.9. Zie ook art. 2.94 lid 2 Aw 2012.
