

**Zaak C-682/21**

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

**Datum van indiening:**

11 november 2021

**Verwijzende rechter:**

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (Litouwen)

**Datum van verwijzing:**

11 november 2021

**Eisers tot cassatie en verzoekers in eerste aanleg:**

„HSC Baltic” UAB

„Mitnija” UAB

„Montuotojas” UAB

**Andere partij in de cassatieprocedure en verweerder in eerste aanleg:**

Vilniaus miesto savivaldybės administracija

**Derde partijen:**

„Active Construction Management” UAB, een onderneming waartegen een insolventieprocedure is ingeleid

„Vilniaus vystymo kompanija” UAB

---

**Voorwerp van het geschil in het hoofdgeding**

Vordering van eisers tot cassatie (verzoekers in eerste aanleg) tot het onrechtmatig verklaren van het besluit van de andere partij in de cassatieprocedure (verweerder in eerste aanleg) om hen op te nemen op een lijst van onbetrouwbare leveranciers vanwege de gebrekkige uitvoering van een overheidsopdracht door een groep verbonden leveranciers en beëindiging van die opdracht op grond van wezenlijke niet-nakoming

## Voorwerp en rechtsgrondslag voor het verzoek om een prejudiciële beslissing

Uitlegging van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, in het bijzonder artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), en lid 6, en richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, in het bijzonder artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, lid 3; artikel 267, derde alinea, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

## Prejudiciële vragen

1. Dienen artikel 18, lid 1, en artikel 57, lid 4, onder g), en lid 6, van richtlijn 2014/24 en artikel 1, lid 1, vierde alinea, en lid 3, van richtlijn 89/665 (tezamen of afzonderlijk, maar niet beperkt tot deze artikelen), aldus te worden uitgelegd dat een besluit van een aanbestedende dienst om de desbetreffende ondernemer op de lijst van onbetrouwbare leveranciers op te nemen en hem hierdoor voor een bepaalde periode de mogelijkheid te ontnemen om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures, met als argument dat er sprake is van wezenlijke niet-nakoming van een met de aanbestedende dienst gesloten overeenkomst, een juridisch aan te vechten maatregel is?

2. Zo ja, moeten de eerder aangehaalde Unierechtelijke bepalingen (tezamen of afzonderlijk, maar niet beperkt tot deze bepalingen) aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen nationale wettelijke bepalingen en een praktijk voor de toepassing ervan, waarbij: (a) de aanbestedende dienst bij het beëindigen van een overheidsopdracht op grond van wezenlijke niet-nakoming, geen formeel (afzonderlijk) besluit neemt met betrekking tot opneming van ondernemers op de lijst van onbetrouwbare leveranciers; (b) een ondernemer vooraf niet in kennis wordt gesteld van een aanstaande opneming op de lijst van onbetrouwbare leveranciers en bijgevolg niet in staat is om relevante toelichtingen te geven, om zodoende de opneming op doeltreffende wijze aan te vechten; (c) de aanbestedende dienst geen onderzoek verricht naar de omstandigheden van de gebrekkige uitvoering van een opdracht, zodat in geval de overheidsopdracht wegens wezenlijke niet-nakoming rechtmatig wordt beëindigd, de ondernemer die juridisch gezien daarvoor verantwoordelijk is, automatisch wordt opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers?

3. Indien de eerste twee vragen bevestigend worden beantwoord, moeten de eerder aangehaalde Unierechtelijke bepalingen (tezamen of afzonderlijk, maar niet beperkt tot deze bepalingen) aldus worden uitgelegd dat samenwerkingspartners (entiteiten die een gezamenlijke leverancier vormen) die de op grond van wezenlijke niet-nakoming rechtmatig beëindigde overheidsopdracht hebben

uitgevoerd, hun betrouwbaarheid mogen aantonen en zodoende worden uitgesloten van de lijst van onbetrouwbare leveranciers op basis van, onder andere, de omvang van hun deel (waarde) van de uitgevoerde opdracht, de insolventie van de leidende partner, handelingen van die partner en de betrokkenheid van de aanbestedende bij de niet-uitvoering van de opdracht?

### **Aangehaalde bepalingen van het Unierecht**

Richtlijn 2014/24, in het bijzonder artikel 18, lid 1, artikel 57, leden 3, 4 en 6, artikel 90 en artikel 91.

Richtlijn 89/665 van de Raad, in het bijzonder artikel 1, lid 1, vierde alinea, en artikel 1, leden 2 en 3.

### **Aangehaalde bepalingen van het nationaal recht**

Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (wet inzake overheidsopdrachten van de Republiek Litouwen; hierna: „wet inzake overheidsopdrachten”): artikel 2, punt 36 (definitie van de term „leverancier”); artikel 46, lid 4, punt 6, leden 7 en 8, getiteld „gronden voor uitsluiting van een leverancier”; artikel 91, getiteld „niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van een overheidsopdracht”; en artikel 101, leden 1 en 2, getiteld „het recht om handelingen of besluiten van een aanbestedende dienst aan te vechten”.

Lietuvos Respublikos civilinis kodeksas (burgerlijk wetboek van de Republiek Litouwen; hierna: „burgerlijk wetboek”): artikel 6.6, lid 1 en lid 3 tot en met lid 6, getiteld „gezamenlijke en hoofdelijke verplichtingen van schuldenaars”; artikel 6.15, punt 1; artikel 6.217, getiteld „beëindiging van een opdracht”; artikel 6.219; artikel 6.969, lid 1, getiteld „het begrip samenwerkingsovereenkomst (partnerschap)”; artikel 6.975, getiteld „aansprakelijkheid van partners bij gezamenlijke verplichtingen”; artikel 6.978, lid 1, punten 2 en 3, en lid 3, getiteld „beëindiging van een samenwerkingsovereenkomst”.

### **Beknopte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Op 7 december 2016 publiceerde het Vilniaus miesto savivaldybės administracija (gemeentebestuur van Vilnius), verweerder in eerste aanleg, een aankondiging voor een aanbestedingsprocedure voor de gunning van een overheidsopdracht voor de bouw van het Lazdynai multifunctioneel wellnesscentrum in Vilnius („de aanbestedingsprocedure”).
- 2 Op 30 januari 2017 sloten verzoekers in eerste aanleg - „Montuotojas” UAB, „Mitnija” UAB, „HSC Baltic” UAB en „Axis Power” UAB - een samenwerkingsovereenkomst om deel te kunnen nemen aan de

aanbestedingsprocedure. In deze samenwerkingsovereenkomst kwamen de partners overeen dat in het geval van gunning van de opdracht de verhoudingen van de waarde van de verplichtingen (bijdrage aan de samenwerking) die het totaalbedrag van de inschrijving vormen, als volgt zouden zijn: „Active Construction Management” UAB - 65 % (de leidende partner) „HSC Baltic” UAB - 15 %, „Axis Power” UAB - 10 %, „Mitnija” UAB - 5 % en „Montuotojas” UAB - 5 %.

- 3 Op 5 juni 2017 sloot verweerder in eerste aanleg een bouwovereenkomst met „Active Construction Management” UAB waarin de termijn voor het uitvoeren van de bouwwerkzaamheden werd vastgesteld op 5 december 2018.
- 4 De opdracht werd niet op tijd uitgevoerd. Op 21 augustus 2019, nadat verweerder in eerste aanleg gebreken in het technisch ontwerp constateerde, werd de termijn voor het uitvoeren van de werkzaamheden gewijzigd naar 28 mei 2020. Echter, zelfs na verlenging van de termijn liepen de werkzaamheden vertraging op en verliepen ze niet moeiteloos.
- 5 Bij beschikking van 28 oktober 2019 van de Vilniaus apygardos teismas (regionale rechter Vilnius, Litouwen) werd er een faillissementsprocedure gestart jegens „Active Construction Management” UAB. Verweerder in eerste aanleg en verzoekers in eerste aanleg werden door de curator hiervan op de hoogte gesteld bij brief van 6 december 2019. Hierbij was ook aangegeven dat de leidende partner de opdracht niet meer zou volbrengen en dat deze bijgevolg als beëindigd werd beschouwd ten aanzien van die partner.
- 6 Verweerder in eerste aanleg en de overgebleven partners, oftewel verzoekers in eerste aanleg, konden geen onderlinge overeenstemming bereiken over de verdere uitvoering van de opdracht.
- 7 Bij brief van 22 januari 2020 stelde verweerder in eerste aanleg verzoekers in eerste aanleg op de hoogte van de beëindiging van de opdracht op grond van wezenlijke niet-nakoming van de overeenkomst.
- 8 Op 21 februari 2021 stelden verzoekers in eerste aanleg beroep in bij de regionale rechter Vilnius en vorderden (1) vaststelling dat de eenzijdige beëindiging van de opdracht door verweerder in eerste aanleg op grond van wezenlijke niet-nakoming van de overeenkomst onrechtmatig was; (2) vaststelling dat de opdracht was beëindigd door toedoen van verweerder in eerste aanleg; en (3) vaststelling dat het besluit van verweerder in eerste aanleg om verzoekers in eerste aanleg in het centrale informatiesysteem voor overheidsopdrachten op te nemen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers, onrechtmatig was.
- 9 Bij uitspraak van 27 augustus 2020 heeft de regionale rechter Vilnius het beroep van verzoekers in eerste aanleg in zijn geheel verworpen.
- 10 De rechter oordeelde dat de opdracht rechtmatig was beëindigd op grond van wezenlijk niet-nakoming wegens niet of niet goed uitvoeren van de

overheidsopdracht en dat aanbestedende diensten in een dergelijk geval verplicht zijn om leveranciers (of, in het geval van een groep leveranciers, alle leden van de groep) op te nemen op die lijst van onbetrouwbare leveranciers. Tevens oordeelde hij dat verzoekers in eerste aanleg zich volgens nationale bepalingen zouden kunnen rehabiliteren door het nemen van „zelfreinigende” maatregelen bij deelname aan andere aanbestedingsprocedures en daarom dus niet uitgesloten waren van deelname daaraan.

- 11 Bij beschikking van 21 januari 2021 verwierp de Lietuvos apeliacinis teismas (hof van beroep van Litouwen) het door verzoekers in eerste aanleg ingestelde beroep tegen de uitspraak van de regionale rechter Vilnius.
- 12 Op 22 januari 2021 werden verzoekers in eerste aanleg op initiatief van verweerder in eerste aanleg door het Viešųjų pirkimų tarnyba (bureau voor overheidsopdrachten) opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers.
- 13 Van 18 tot en met 22 februari 2021 zijn verzoekers in eerste aanleg bij de Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (hooggerechtshof Litouwen; hierna: „verwijzende rechter”) in cassatie gegaan tegen de beschikking van het hof van beroep van Litouwen. Hun verzoek om voorlopige maatregelen werd ingewilligd en zij werden verwijderd van de lijst van onbetrouwbare leveranciers hangende de uitkomst van de cassatieprocedure.
- 14 Bij deelbeschikking van 11 november 2021 bekrachtigde de verwijzende rechter die delen van de uitspraken in eerste en tweede aanleg waarmee de vorderingen betreffende de juiste uitvoering van de opdracht en de rechtmatigheid van de beëindiging van die opdracht verworpen werden.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 15 Verzoekers in eerste aanleg voerden bij de verwijzende rechter aan dat de bepalingen in artikel 91 van de wet inzake overheidsopdrachten niet in die zin uitgelegd kunnen worden dat ondernemers die een groep verbonden leveranciers (aannemers) vormen en feitelijk geen werkzaamheden krachtens een overheidsopdracht hebben uitgevoerd (voorafgaand aan de faillissementsprocedure zijn de aanbestede werkzaamheden uitsluitend door de leidende partner uitgevoerd) zouden worden opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers, wanneer de niet-nakoming (of gebrekkige nakoming) van de relevante contractuele verplichtingen hebben geleid tot de beëindiging van die opdracht, en dit zelfs al wordt aangenomen dat het doel van de toepassing van deze bepalingen het uitsluiten van malafide ondernemers van het aangaan van rechtsbetrekkingen op het gebied van overheidsopdrachten is. Anders zouden soortgelijke situaties, waarbij de desbetreffende werkzaamheden in het kader van een overheidsopdracht niet door een onderaannemer of door de relevante samenwerkingspartner zijn uitgevoerd, ongelijk worden behandeld, aangezien onderaannemers enkel op de lijst van onbetrouwbare leveranciers moeten worden opgenomen als de niet-nakoming betrekking heeft op dat gedeelte van de

overheidsopdracht dat aan hen is uitbesteed. De rechters hebben artikel 91 van de wet inzake overheidsopdrachten onjuist toegepast en de beginselen voor overheidsopdrachten geschonden door geen rekening te houden met de specifieke handelingen van de betreffende ondernemers bij de uitvoering van de werkzaamheden, dat wil zeggen, met hun integriteit en betrouwbaarheid. Artikel 91 van de wet inzake overheidsopdrachten is van toepassing op grond van de individuele verantwoordelijkheid van de ondernemer. Het Hof van Justitie stelde in het arrest *Klaipėdos regiono atlieky tvarkymo centras* (C-927/19) van 7 september 2021 vast dat samenwerkingspartners slechts aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de handelingen van een van hen indien zij daar kennis van hadden, oftewel, handelingen van alle partners worden beoordeeld op grond van het beginsel van individuele verantwoordelijkheid en niet op grond van gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid.

- 16 Verweerder in eerste aanleg gaf bij de verwijzende rechter aan dat het de bevindingen van de rechters steunt en dat de aanbestedende dienst geen keuzevrijheid heeft bij het toepassen van artikel 91 van de wet inzake overheidsopdrachten en derhalve verplicht is om de desbetreffende ondernemers op te nemen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers. Bij het uitvoeren van die verplichting houdt het er geen rekening mee welke specifieke partner van de groep verbonden leveranciers door zijn handelingen verantwoordelijk is voor wezenlijke niet-nakoming van de overheidsopdracht. Een andere uitlegging is onverenigbaar met de gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van samenwerkingspartners en derhalve zijn verzachtende omstandigheden slechts relevant voor de „zelfreinigende” maatregelen van entiteiten die al opgenomen zijn op de lijst van onbetrouwbare leveranciers.

### **Beknopte uiteenzetting van de redenen voor een verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 17 De verwijzende rechter wijst erop dat het geschil betreffende de opneming van verzoekers in eerste aanleg op de lijst van onbetrouwbare leveranciers is ontstaan als gevolg van de uitlegging en toepassing van de bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten, meer in het bijzonder artikel 91 daarvan, en hun verhouding met de bepalingen in het burgerlijk wetboek betreffende gezamenlijke activiteiten. De argumenten van partijen bij het geschil over de uitlegging en toepassing van nationale wettelijke bepalingen leiden tot nauw met elkaar verbonden rechtsvragen en twijfels van de kant van de rechter met betrekking tot de verenigbaarheid van de bepalingen van de wet inzake overheidsopdrachten met het Unierecht, namelijk (a) of het opnemen van leveranciers op de lijst van onbetrouwbare leveranciers een besluit van de aanbestedende dienst vormt dat ontvankelijk is voor een rechtmatigheidstoetsing; en (b) als een dergelijk besluit voor beroep vatbaar is, wat is de grondslag voor vaststelling en voor het beoordelen van de rechtmatigheid ervan.

- 18 Zoals de rechters in eerste en tweede aanleg oordeelden en verweerder in eerste aanleg betoogt, hebben de aanbestedende diensten krachtens de voorschriften in Litouwen (artikel 91 van de wet inzake overheidsopdrachten) geen vrijheid om te bepalen of de desbetreffende ondernemer wordt opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers indien er sprake is van wezenlijke niet-nakoming van de overheidsopdracht door die ondernemer en die niet-nakoming heeft geleid tot de eenzijdige beëindiging van die opdracht door de aanbestedende dienst. De non-discretionaire aard van de handelingen van de aanbestedende diensten blijkt uit hun wettelijke verplichting om alle entiteiten die een groep verbonden leveranciers vormen - samenwerkingspartners - op te nemen op die lijst.
- 19 De inhoud van artikel 91 van de wet inzake overheidsopdrachten doet in feite vermoeden dat bij het opnemen van ondernemers op de lijst van onbetrouwbare leveranciers zowel formeel als materieel geen sprake is van autonomie. Krachtens Litouwse wettelijke voorschriften vormt een dergelijke opname geen afzonderlijk besluit, maar vormt het een rechtsgevolg van een ander besluit, namelijk de eenzijdige beëindiging van een overheidsopdracht. Wordt de beëindiging van de opdracht wegens wezenlijke niet-nakoming helemaal niet betwist door de ondernemer of wordt de rechtmatigheid van een dergelijk besluit door de rechter vastgesteld, dan wordt de betreffende ondernemer die zelfstandig of met partners die opdracht heeft uitgevoerd, van rechtswege opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers.
- 20 Allereerst veronderstellen dergelijke wettelijke voorschriften dat situaties waarin een aanbestedende dienst in staat zou zijn om een opdracht rechtmatig te kunnen beëindigen op grond van wezenlijke niet-nakoming daarvan, maar de leverancier niet opgenomen zou worden op de lijst van onbetrouwbare leveranciers wegens de omstandigheden in een individueel geval, rechtens niet mogelijk zijn. Daarnaast kan de leverancier in principe slechts de eenzijdige beëindiging van de overheidsopdracht betwisten.
- 21 De betreffende nationale wettelijke voorschriften lijken niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar met de doeltreffende verdediging van de rechten van leveranciers aangezien de ondernemer, net als in het onderhavige geval, de eenzijdige beëindiging van de overheidsopdracht daadwerkelijk kan betwisten door te stellen dat er geen sprake is van wezenlijke niet-nakoming, dat de aanbestedende dienst ook deels verantwoordelijk is voor het feit dat de doelstellingen van de opdracht niet zijn verwezenlijkt, enzovoort. Echter, in dit verband dient te worden opgemerkt dat bij het beëindigen van een opdracht op grond van wezenlijke niet-nakoming, krachtens Litouwse wettelijke voorschriften er in principe geen rekening wordt gehouden met het subjectieve aspect van de handelingen van de partij die in gebreke is.
- 22 Op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden geconcludeerd dat de oorzaken die tot de niet-nakoming hebben geleid, de aard daarvan en overige omstandigheden juridisch van belang zijn om te beslissen over de beperking van het recht van leveranciers om deel te nemen aan overige

aanbestedingsprocedures. In zijn arrest van 19 juni 2019, *Meca* (C- 41/18), stelde het Hof van Justitie vast dat volgens artikel 57, lid 5, van richtlijn 2014/24, aanbestedende diensten moet worden toegestaan om in een van de in artikel 57, lid 4, van die richtlijn genoemde gevallen hun eigen oordeel te vormen over het handelen of nalaten – zowel vóór als tijdens de aanbestedingsprocedure – van een ondernemer. In het licht hiervan, kunnen aanbestedende diensten niet gebonden zijn door een eerder onderzoek naar een inbreuk aangezien dit niet in overeenstemming zou zijn met het evenredigheidsbeginsel, een beginsel dat onder andere inhoudt dat het noodzakelijk is om de aard van de niet-nakoming te beoordelen, namelijk of deze gering of wezenlijk en herhaaldelijk is.

- 23 Zoals eerder aangegeven doen de rechters in eerste en tweede aanleg en verweerder in eerste aanleg in feite een beroep op bovengenoemde rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat het in dit stadium van het geschil niet mogelijk en niet noodzakelijk is om de aard van de handelingen van verzoekers in eerste aanleg te beoordelen, aangezien zij zichzelf kunnen rehabiliteren door het nemen van „zelfreinigende” maatregelen bij deelname aan andere aanbestedingsprocedures. Deze uit de nationale voorschriften voortvloeiende praktijk komt overeen met de *ratio decidendi* van het arrest in *Meca* (C -41/18), vooral omdat de betreffende aanbestedende dienst in daaropvolgende aanbestedingsprocedures niet gebonden hoeft te zijn aan een beoordeling van een andere aanbestedende dienst, wat niet het geval is bij een beslissing van een rechter. Als de rechter zou oordelen dat opnemng van de ondernemer op de lijst van onbetrouwbare leveranciers rechtmatig zou zijn, dan is het de vraag of de betreffende aanbestedende dienst een dergelijke beslissing zou kunnen toetsen in een buitengerechtelijke procedure.
- 24 Echter, naar de mening van de verwijzende rechter leidt dit standpunt van de rechters en verweerder in eerste aanleg in feite tot een tegenstrijdige situatie.
- 25 Ten eerste, om rekening te kunnen houden met de aard van de handelingen van de betreffende ondernemer, dient die ondernemer eerst opgenomen te worden op de lijst van onbetrouwbare leveranciers; bijgevolg worden de omstandigheden van de uitvoering van de opdracht niet bij de beslissing over de opnemng, maar bij de ad hoc verwijdering van die lijst relevant. In dat verband kunnen onder andere de vroegere handelingen van een ondernemer die, zoals vastgelegd in de geldende wetgeving, voor een periode van drie jaar is opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers, verschillend worden behandeld. Het feit dat de niet-nakoming van de ondernemer door een aanbestedende dienst als gering zal worden beschouwd, betekent niet dat een andere aanbestedende dienst ook tot die conclusie zal komen.
- 26 Ten tweede, bij een dergelijke praktijk zou een beslissing over de strekking van de handelingen van de ondernemer niet worden genomen door de aanbestedende dienst die het best geïnformeerd is over de niet-nakoming, maar door andere aanbestedende diensten die zich in feite zullen baseren op toelichtingen van de betreffende leverancier. In ieder geval is de mogelijkheid om de omstandigheden van de niet-nakoming van de opdracht slechts te beoordelen ten aanzien van



ondernemers die al opgenomen zijn op de lijst van onbetrouwbare leveranciers, niet te rechtvaardigen door een legitieme doelstelling of goede praktijk.

- 27 De verwijzende rechter deelt niet het standpunt van verweerder in eerste aanleg dat een andere uitlegging van artikel 91 van de wet inzake overheidsopdrachten, namelijk een individuele beoordeling van de gedragingen van verzoekers in eerste aanleg bij het uitvoeren van de opdracht, onverenigbaar kan zijn met de gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van samenwerkingspartners. Het belang van gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van samenwerkingspartners krachtens artikel 57 van richtlijn 2014/24 is al aan de orde gesteld door de verwijzende rechter in de hierboven aangehaalde zaak *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras*. Het Hof heeft echter vastgesteld dat een aanbestedende dienst een individuele beoordeling van de handelingen van iedere ondernemer (partner) dient te maken. Zoals „Mitnija” UAB terecht aanvoert, bepaalt artikel 91, lid 1 van de wet inzake overheidsopdrachten uitdrukkelijk dat overige ondernemers waarop door de leverancier een beroep is gedaan en die krachtens artikel 49, lid 5, van die wet samen met de leverancier gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid op zich hebben genomen voor de uitvoering van de opdracht, ook moeten worden opgenomen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers, mits het een inbreuk betreft op dat deel van de opdracht dat aan hen is uitbesteed. Het wordt niet bestreden dat een samenwerkingspartner en een aanbieder van economische of financiële mogelijkheden, in wezen een financiële garantieggever, niet dezelfde entiteiten zijn. Echter, indien zij gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn (eerstgenoemde op grond van het burgerlijk wetboek, laatstgenoemde op grond van de wet inzake overheidsopdrachten), dan is een andere beoordeling van hun handelingen niet gerechtvaardigd.
- 28 Desalniettemin is de gezamenlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van samenwerkingspartners voor de toepassing van artikel 91 van de wet inzake overheidsopdrachten (artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24) over het algemeen een bijkomend element als het standpunt zou worden aanvaard dat de lijst van onbetrouwbare leveranciers slechts die ondernemers zou omvatten die op grond van een individuele beoordeling van hun handelingen als onbetrouwbaar (malafide) worden beschouwd. In dat geval zou de beëindiging van de overheidsopdracht op grond van wezenlijke niet-nakoming niet noodzakelijkerwijs leiden tot hun opneming op de lijst van onbetrouwbare leveranciers (bijvoorbeeld: faillissement, schuld van andere entiteiten, overmacht, enzovoort). Bijgevolg zou er geen verschil zijn (moeten zijn) naargelang de aannemer die de overheidsopdracht niet uitvoerde, alleen handelde of als een groep van onafhankelijke ondernemers (uit hoofde van een samenwerkingsovereenkomst). Anders zou een groep van verbonden leveranciers ten onrechte worden benadeeld.
- 29 De verwijzende rechter heeft ook twijfels ten aanzien van de classificatie van het besluit van de aanbestedende dienst om een ondernemer op te nemen op de lijst van onbetrouwbare leveranciers. Volgens de rechtspraak van het Hof dient het

begrip „door de aanbestedende diensten genomen besluiten” zodanig ruim te worden uitgelegd dat het vrijwel al hun besluiten omvat zonder dat daartussen onderscheid wordt gemaakt naar gelang van de inhoud of het tijdstip van vaststelling daarvan. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 voorziet geen enkele beperking ter zake van de aard en inhoud van de daarin bedoelde besluiten (arrest van 11 januari 2005, *Stadt Halle and RLP Lochau*, C- 26/03, punten 28 en 30).

- 30 Daarnaast wijst deze rechter op de formulering van artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665, waarvan de taalversies niet identiek zijn. De Litouwse en Engelse taalversies verwijzen respectievelijk naar „su sutartimis... susiję... sprendimai” [„besluiten die verband houden met opdrachten”] en „contracts... decisions”, terwijl de Franse taalversie verwijst naar „les procédures de passation des marches”. De Franse formulering lijkt niet zo ruim te zijn omdat deze specifiek betrekking heeft op procedures voor het sluiten van opdrachten (gunning) en niet op de gevolgen van de beëindiging van die opdrachten. Het begrip „procedures voor de gunning van opdrachten” wordt ook gebruikt in artikel 1, lid 2 van richtlijn 89/665. Voorts bepaalt artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665 onder meer dat een persoon die een beroepsprocedure inleidt, in ieder geval een belang moet hebben bij het verkrijgen van een specifieke opdracht en geschaad moet zijn door onrechtmatige handelingen van de kant van de aanbestedende dienst.
- 31 Het is duidelijk dat dit geschil niet is ontstaan als gevolg van besluiten van de aanbestedende dienst om een specifieke overheidsopdracht wel of niet te gunnen (te verlenen), aangezien de opdracht aan verzoekers in eerste aanleg is verleend; bovendien leidden hun handelingen tot een rechtmatig besluit van verweerder in eerste aanleg om die opdracht te beëindigen. Anderzijds beperkt de opnemings van de betreffende ondernemers op de lijst van onbetrouwbare leveranciers hun recht om andere overheidsopdrachten uit te voeren krachtens de uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, onder g) van richtlijn 2014/24. Bijgevolg zou het op grond van een algemene ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof om een ruime uitlegging aan het begrip „door de aanbestedende dienst genomen besluit” te geven, in principe gerechtvaardigd zijn om het besluit van verweerder in eerste aanleg in het onderhavige geval aan te merken als een besluit bedoeld in artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665.
- 32 Als het in een deel van de nationale procedure aan de orde zijnde besluit van de aanbestedende dienst binnen de werkingssfeer van artikel 1, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 89/665 valt, is het van belang om uitgangspunten vast te stellen voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een dergelijk besluit. Verzoekers in eerste aanleg leggen de grootste nadruk op de volgende omstandigheden als uitgangspunt om, ongeacht het feit dat de opdracht beëindigd is, hun betrouwbaarheid te beoordelen: het aandeel in de contractuele verplichtingen (bijdragen) van de aannemers met betrekking tot de uitvoering van de overheidsopdracht; het feit dat voorafgaand aan de beëindiging van de opdracht, alle werkzaamheden uitsluitend werden uitgevoerd door de leidende partner, oftewel verzoekers in eerste aanleg waren nog niet begonnen met de aan hen

uitbestede werkzaamheden; de faillissementsprocedure die is ingeleid tegen de leidende partner; bepaalde handelingen van verweerder in eerste aanleg die wellicht hebben geleid tot een gebrekkige uitvoering van de opdracht, en overige omstandigheden.

- 33 Naar het oordeel van de verwijzende rechter kunnen de bovengenoemde omstandigheden van belang zijn voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemers die de opdracht hebben uitgevoerd in verband met hun opneming op de lijst van onbetrouwbare leveranciers. Indien een dergelijke beoordeling van betrouwbaarheid overeenkomstig het arrest Meca (C-41/18) plaatsvindt door de aanbestedende diensten die een aankondiging van nieuwe aanbestedingsprocedures hebben gepubliceerd, zou het niet onredelijk zijn om van de aanbestedende dienst die de beëindigde overheidsopdracht had gegund, namelijk verweerder in eerste aanleg, te verlangen dat deze ook een dergelijke beoordeling uitvoert.

WERKDOCUMENT