

# Jurisprudentie Alarm

Vrije bewijslevering en het UEA

# De zaak

De Portugese afvalbeheerorganisatie LIPOR (**'LIPOR'**) houdt een aanbesteding voor het vervoer en het storten van 75.000 ton afval afkomstig van een installatie voor energierterugwinning. In deze procedure dienen onder meer PreZero Portugal S.A. (**'PreZero'**) en Semural Waste & Energy S.A. (**'Semural'**) een inschrijving in.

PreZero wil voor de uitvoering van een deel van de opdracht gebruikmaken van een stortplaats die wordt geëxploiteerd door de vennootschap Valor RIB (**'Valor RIB'**), een onderneming waarvan zij het volledige aandelenkapitaal in handen heeft en waarvan een van de bestuurders tevens bestuurder van PreZero is. De exploitatievergunning voor de stortplaats, de milieuvergunning en de exploitatievergunning van Valor RIB zijn bij het dossier gevoegd. Tijdens de beoordeling van de inschrijvingen blijkt dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (**'UEA'**) van PreZero niet correct is ingevuld. Op verzoek van de aanbestedende dienst wordt dit gebrek hersteld. Vervolgens wordt de inschrijving van PreZero als economisch meest voordelige inschrijving gerangschikt en wordt de opdracht aan haar gegund.

Semural betwist deze beslissing. Volgens haar moet PreZero worden uitgesloten omdat zij bij haar inschrijving geen onderaannemingsverklaring en geen verbintenisverklaring van Valor RIB heeft gevoegd. Ook ontbreekt het UEA van deze onderneming. Volgens Semural vormt dit een essentieel gebrek dat niet kan worden hersteld. LIPOR wijst deze bezwaren af. De aanbestedende dienst stelt dat het gebruik van de stortplaats van Valor RIB niet als onderaanneming kan worden aangemerkt, omdat PreZero de enige aandeelhouder van deze vennootschap is. Volgens LIPOR gaat het feitelijk om het inzetten van middelen die binnen dezelfde ondernemingsgroep beschikbaar zijn.

Na procedures bij de Portugese bestuursrechters komt de zaak terecht bij de Supremo Tribunal Administrativo. Deze rechter stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (**'het Hof'**) over de uitleg van de aanbestedingsrichtlijn. De eerste vraag is of een onderneming die voor de uitvoering van een opdracht gebruikmaakt van de middelen van een dochteronderneming waarvan zij 100% van het kapitaal bezit, de enige vennoot is en waarvan een van de bestuurders tevens haar eigen bestuurder is, moet worden geacht een beroep te doen op de draagkracht van een "andere entiteit" in de zin van artikel 63 van de richtlijn. De tweede vraag betreft de gevolgen van het feit dat het UEA van die dochteronderneming niet bij de inschrijving is gevoegd.

Het Hof oordeelt dat een dochteronderneming, ook wanneer zij volledig eigendom is van de moedermaatschappij, juridisch een afzonderlijke entiteit blijft. Wanneer een inschrijver voor de uitvoering van een opdracht gebruikmaakt van de middelen van zo'n onderneming, doet hij dus een beroep op de draagkracht van een andere entiteit in de zin van artikel 63 van de richtlijn 2014/24/EU. Het Hof benadrukt daarbij dat het aanbestedingsrecht uitgaat van de rechtspersoonlijkheid van ondernemingen en niet van het mededingingsrechtelijke begrip van de economische eenheid.

Volgens het Hof volgt uit artikel 60, lid 1 juncto artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU dat ondernemers met alle passende middelen mogen aantonen dat zij voor de uitvoering van een overheidsopdracht over de noodzakelijke middelen beschikken, onder meer door een verbintenisverklaring van derden over te leggen. Door het beginsel van vrije bewijslevering kan van een gegadigde of inschrijver niet worden verlangd dat hij voor zichzelf en voor elke entiteit op wier draagkracht hij een beroep doet een UEA indient. Daaruit volgt dat, indien de door PreZero overgelegde vergunningen van Valor RIB volstaan om aan te tonen dat deze entiteit voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria van artikel 58, geen UEA hoefde te worden ingediend om dit aan te tonen. Voor zover de dochteronderneming wordt beheerd door één bestuurder die ook de bestuurder van de moedermaatschappij is, kan bovendien uit het UEA van deze laatste blijken dat een van de uitsluitingsgronden van artikel 57 van die richtlijn niet op deze persoon van toepassing is. Het is aan de verwijzende rechter om te beoordelen of dit in het concrete geval zo is.

Indien blijkt dat de door PreZero en Valor RIB ingediende bewijsstukken niet volstaan, moet voor elke betrokken entiteit afzonderlijk een UEA worden ingediend. Dit volgt uit bijlage 2, deel II, afdeling C, bij uitvoeringsverordening 2016/7, gelezen in samenhang met de achttiende alinea van bijlage 1 bij deze uitvoeringsverordening en met overweging 84, derde alinea, en artikel 59, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU. Ontbreekt het UEA, dan kan dit volgens artikel 56, lid 3, van richtlijn 2014/24/EU in beginsel worden hersteld, mits het nationale recht dat toestaat en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden gerespecteerd.

# Juridisch kader

- **Artikel 1.9 Aanbestedingswet 2012** bevat het transparantiebeginsel en verplicht aanbestedende diensten alle voorwaarden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren.
- **Artikel 56 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU** geeft aanbestedende diensten de mogelijkheid om inschrijvers te verzoeken ontbrekende of onvolledige informatie aan te vullen of te verduidelijken, mits de beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden gerespecteerd en het nationale recht zich daar niet tegen verzet.
- **Artikel 58 Richtlijn 2014/24/EU** bepaalt dat selectiecriteria betrekking kunnen hebben op de geschiktheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen, de economische en financiële draagkracht en de technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemer.
- **Artikel 59 Richtlijn 2014/24/EU** bepaalt dat aanbestedende diensten op het ogenblik van de indiening van de verzoeken tot deelname of de inschrijvingen het UEA aanvaarden. Het UEA is een eigen verklaring van de ondernemer die voorlopig bewijs levert dat geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en dat aan de selectiecriteria wordt voldaan. Wanneer een ondernemer een beroep doet op andere entiteiten, bevat het UEA ook gegevens over die entiteiten.
- **Artikel 60 Richtlijn 2014/24/EU** regelt dat aanbestedende diensten certificaten en andere bewijsstukken kunnen verlangen om te controleren of ondernemers voldoen aan de selectiecriteria en niet onder uitsluitingsgronden vallen. Ondernemers mogen verschillende middelen gebruiken om aan te tonen dat zij over de nodige middelen beschikken.
- **Artikel 63 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU** bepaalt dat een ondernemer zich voor een specifieke opdracht kan beroepen op de economische, financiële, technische of beroepsmatige draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische band met die entiteiten. De ondernemer moet aantonen dat hij daadwerkelijk over de middelen van deze entiteiten kan beschikken, bijvoorbeeld via een verbintenisverklaring.

# Rechters aan het woord

- Dit is niet de eerste keer dat een inschrijver verzuimt om een UEA in te dienen en de rechter moet beoordelen of die fout achteraf mag worden hersteld. Binnen het Nederlandse nationale recht luidt het oordeel in de meeste gevallen dat de aanbestedende dienst terecht geen herstelbaarheid heeft geboden. Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Rechtbank Den Haag, Rechtbank Rotterdam en Rechtbank Zeeland-West-Brabant.
- Overeenkomstig het arrest Succhi di Frutta dient een aanbestedende dienst nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen. Een gewenste beperking van de inschrijvingsmogelijkheden dient op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aanbestedingsstukken te worden verwerkt. Die verplichting houdt ook in dat een aanbestedende dienst een inschrijver moet uitsluiten, wanneer de inschrijver vergeet een document in te dienen dat volgens de aanbestedingsdocumenten op straffe van uitsluiting moest worden overgelegd. Dit volgt uit het Manova-arrest. In dat arrest oordeelde het Hof een aanbestedende dienst een inschrijver na inschrijving mag verzoeken documenten te overleggen waarin diens situatie wordt beschreven, op basis waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de inschrijvingstermijn. Dit is echter niet toegestaan als de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk voorschrijven dat die documenten op straffe van uitsluiting bij inschrijving moeten worden overgelegd.
- In het Rad Service e.a.-arrest benadrukt het Hof dat artikel 63 van de richtlijn 2014/24/EU ondernemingen een ruim recht geeft om zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van de band met die entiteiten.
- In het Taxi Horn Tours-arrest oordeelt het Hof dat een onderneming die meent voor de uitvoering van een overheidsopdracht een beroep te moeten doen op de eigen middelen van bepaalde vennoten, zij moet worden geacht een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten in de zin van artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU en zij niet alleen haar eigen UEA dient in te dienen, maar ook het UEA van elk van de vennoten op wier draagkracht zij een beroep wil doen.

# Tips voor de praktijk

 In de praktijk komt het vaak voor dat aanbestedende diensten verlangen dat inschrijvers afzonderlijke UEA's indienen voor elke derde waarop zij een beroep doen. Indien het UEA ontbreekt van de derde waarop een inschrijver een beroep doet, controleer dan of uit de overige (bewijs)stukken blijkt dat ook die derde aan de selectiecriteria voldoet. Indien het geval, dan volstaan die (bewijs)stukken als alternatief voor het UEA.

 Indien geen UEA van de derde is overhandigd én niet uit de overige (bewijs)stukken volgt dat de derde aan de selectiecriteria voldoet, leidt dat niet altijd automatisch tot uitsluiting. Als het nationale recht dat toestaat en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden gerespecteerd, kan herstel worden toegestaan. Herstel zal in beginsel niet mogen worden toegestaan als een UEA op straffe van uitsluiting moet worden ingediend, maar het besproken arrest roept de vraag op of het ontbreken van een UEA überhaupt met uitsluiting mag worden gesanctioneerd.

 Ook wanneer een dochteronderneming 100% van het aandelenkapitaal bezit, dient deze onderneming juridisch te worden beschouwd als een andere entiteit.



# MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne](#)  
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

**epsa**<sup>™</sup>  
PROCUREMENT

Van Doorne