

Gebrekkig beroep op draagkracht/bekwaamheid van een derde bij aanbesteding: wanneer is herstel (on)mogelijk?

Auteur(s): mr. Th. (Theunis) Dankert, Trip advocaten

Een inschrijver¹ die meedingt naar een overheids-/concessieopdracht, maar niet zelfstandig voldoet aan de geschiktheidseisen, kan zich (meestal²) beroepen op de draagkracht/bekwaamheid van een derde, ongeacht de juridische banden met die derde en mits de inschrijver aantoont dat hij kan beschikken over de voor uitvoering van de overheidsopdracht noodzakelijke middelen van de derde.³

Een beroep op een derde kan niet pas na inschrijving⁴

Een dergelijk beroep dient bij inschrijving te worden gedaan en levert geen herstelbaar gebrek op indien dat is vergeten. Dit kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit het *Esaprojekt*-arrest.⁵ De aanbestedende dienst werd door het Hof op de vingers getikt omdat die een nieuwe lijst met referenties had geaccepteerd, waarbij de betreffende inschrijver alsnog een beroep op een derde deed. Het Hof oordeelde dat dit meer is dan enkel een eenvoudige precisering of een verbetering van een kennelijke materiële fout in de inschrijving. De aanvulling vormt in werkelijkheid een wezenlijke en aanzienlijke wijziging van de oorspronkelijke inschrijving, die eerder lijkt op de indiening van een nieuwe inschrijving.

Deze verplichting geldt overigens net zo goed voor een inschrijver die de draagkracht/bekwaamheid van een zuster-/dochtervennootschap nodig heeft. Dergelijke vennootschappen kunnen namelijk niet vereenzelvigd worden met de inschrijver zelf. Ook op zo'n zuster-/dochtervennootschap zal bij inschrijving een beroep moeten worden gedaan op de draagkracht/bekwaamheid van die zuster-/dochtervennootschap en kan dit niet nadien worden hersteld.⁶

Een beroep op een derde moet in beginsel (maar niet zonder meer) blijken uit deel IIC UEA

Een beroep op een derde dient bij deel IIC van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) te worden aangegeven door het aanvinken van het vakje 'ja'. Ook bevat deel IIC UEA ruimte om aan te geven op welke specifieke draagkracht het beroep betrekking heeft.

Gaat bij de beantwoording hiervan wat mis, dan hoeft dat niet zonder meer tot uitsluiting te leiden. Indien dit namelijk berust op een kennelijke vergissing en elders uit de inschrijving kan objectief worden afgeleid dat de inschrijver een beroep wenst te doen op een derde, dan is herstel mogelijk.⁷ Een recent voorbeeld hiervan is een aanbesteding van de gemeente Utrecht waarover de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland⁸ en vervolgens het Hof Arnhem-Leeuwarden⁹ heeft geoordeeld. Een inschrijver had bij deel IIC UEA 'ja' aangevinkt en in de toelichting aangegeven voor welke specifieke werkzaamheden een beroep op een derde werd gedaan. In het ook bij inschrijving ingediende formulier 'Opgave referenties' was echter de vraag of een beroep op een derde zou worden gedaan met 'nee' beantwoord. Deze tegenstrijdigheid moest op een misverstand berusten, zo oordeelde de voorzieningenrechter. Dat de naam van de derde niet was opgenomen in de toelichting bij deel IIC UEA, achtte de voorzieningenrechter geen omissie; een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend inschrijver hoefde niet te begrijpen dat in deel IIC de naam van de derde moe(s)t worden ingevuld. Daar wordt in deel IIC ook niet expliciet naar gevraagd. De naam van de derde bleek overigens wel uit de ook bij inschrijving ingediende 'Uitvoeringsverklaring onderaannemer' en een door die derde ingevuld en ondertekend UEA.

In beide instanties werd geoordeeld dat de gemeente op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel verplicht¹⁰ was de fout te laten herstellen. Het Hof baseert zich hierbij op de in rechtsoverweging 3.7 opgenomen (en lezenswaardige) uitgangspunten uit de Europese wetgeving en jurisprudentie (waarnaar ik kortheidshalve verwijs).¹¹

Daarentegen oordeelde de rechtbank Gelderland¹² dat op het moment van inschrijving duidelijk dient te zijn of een beroep op een derde is gedaan. Dat was in die zaak onvoldoende het geval. In het plan van aanpak was enkel vermeld dat de betonwerkzaamheden door een gecertificeerd bedrijf zouden worden uitgevoerd, maar niet door welk bedrijf. Bij gebreke van duidelijkheid kan volgens de voorzieningenrechter niet worden aangenomen dat het aankruisen van het antwoord 'nee' in het UEA en het vervolgens ook niet indienen van een 'Verklaring beroep op derden' op een kennelijke vergissing berust. Herstel zou dan niet louter een eenvoudige precisering of een verbetering van een kennelijk materiële fout in de inschrijving zijn, maar in het licht van het eerder aangehaalde *Esaprojekt*-arrest neerkomen op een nieuwe inschrijving.

Bij inschrijving moet een door de derde ingevuld en ondertekend UEA gevoegd worden

De aanbestedende dienst dient te controleren of er geen uitsluitingsgrond op de derde van toepassing is en of deze voldoet aan de geschiktheidseis(en) waarvoor een beroep op de derde is gedaan.¹³ Daarvoor dient bij

inschrijving een door de derde (bij deel IIA, IIB en IIIA t/m IIIC) ingevuld en ondertekend UEA ingediend te worden. Een dergelijke verklaring is volgens de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag "een *wezenlijk en zelfs onmisbaar onderdeel van de aanmelding en geen ontoelaatbaar formalistische geldigheidstoets*".¹⁴ Het ontbreken ervan leidde in die zaak dan ook tot uitsluiting. Het ontbreken van een uittreksel uit het handelsregister met betrekking tot de derde en het ontbreken van een volmacht waaruit blijkt dat de derde het UEA rechtsgeldig heeft ondertekend, vormde in een recentere uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag eveneens voldoende grond voor uitsluiting.¹⁵

Vervanging van de derde blijft lastig

Wat nu als de derde op wiens draagkracht/bekwaamheid een beroep wordt gedaan niet voldoet aan de uitsluitingsgronden of minimumeisen? Uit art. (2.94 lid 5 juncto art.) 2.92 lid 5 en (indien er facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn verklaard) 6 Aw, volgt dat de aanbestedende dienst dan 'verplicht' is de inschrijver in de gelegenheid te stellen om de derde te vervangen. In de praktijk levert dit de nodige hoofdbreken op. In 2021 heeft het HvJ EU twee arresten gewezen waarmee dit helaas niet is opgelost.

Ik begin met het eerste in 2021 gewezen arrest: het *Rad Service e.a.*-arrest.¹⁶ Een aanbestedende dienst had een inschrijver uitgesloten van deelname omdat in het UEA van de derde niets vermeld was over een vonnis uit 2013 waarmee de derde strafrechtelijk was veroordeeld voor het onopzettelijk schenden van de verplichtingen op het gebied van arbeidsbescherming. De inschrijver was daarmee niet bekend. De veroordeling stond ook niet in een openbaar register vermeld. Het Hof was van mening dat in die omstandigheid de inschrijver geen gebrek aan zorgvuldigheid kon worden verweten en oordeelde dat een wettelijke bepaling die (iedere) vervanging van een derde automatisch verhindert, daarom in strijd is met het evenredigheidsbeginsel.¹⁷

Uit het *Monument Vandekerckhove*-arrest, dat vier maanden later werd gewezen, volgt echter dat de verplichting voor de aanbestedende dienst om de inschrijver de derde te laten vervangen, strikt moet worden uitgelegd: "*[d]eze bepaling laat de aanbestedende dienst dan ook geen enkele beoordelingsmarge en verplicht hem om van een ondernemer te eisen dat hij een entiteit op wier draagkracht hij een beroep wil doen, vervangt wanneer die entiteit niet voldoet aan een selectie criterium*".¹⁸ De vraag of de inschrijver wel of niet een gebrek aan zorgvuldigheid kan worden verweten (omdat die wel of niet op de hoogte was of kon zijn van de situatie bij de derde), zoals het Hof in het *Rad Service*-arrest nog expliciet betrok in het oordeel, lijkt dus in het geheel geen rol meer te spelen. Ik heb daar wel moeite mee.

Vervanging van de derde mag, zo blijkt uit rechtsoverweging 44 van beide arresten, overigens niet in strijd zijn met de aanbestedingsbeginselen; de vervanging mag er dan ook niet toe leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt ingediend, waarbij verwezen wordt naar de jurisprudentie met betrekking tot herstel van gebreken (zoals het welbekende *SAG*-arrest¹⁹).

Naar mijn mening betekent dit dat indien de derde waarop een beroep is gedaan (tevens) een prominente rol had in het (bij inschrijving ingediende) plan van aanpak en een nieuw plan van aanpak aangeleverd moet worden voor de kwalitatieve beoordeling van de inschrijvingen, vervanging niet is toegestaan. De vervanging zou dan immers in werkelijkheid leiden tot een nieuwe inschrijving.

Daarentegen lijkt vervanging van een derde waarop een beroep is gedaan voor bijvoorbeeld een verzekeringseis mogelijk indien van de nieuwe derde een passende polis kan worden overgelegd die dateert van voor de uiterste datum voor inschrijving.²⁰ Of datzelfde gezegd kan worden indien op die derde een beroep is gedaan om te kunnen voldoen aan een referentie-eis, is minder duidelijk. In de lagere rechtspraak is meermalen beslist dat een inschrijver geen nieuwe referentie mag overleggen,²¹ hetgeen dan ook zou moeten gelden bij vervanging van een derde. Recentelijk wees het Gerechtshof 's-Hertogenbosch echter een arrest²² in het kader van de inkoop van Jeugdhulp (een SAS-dienst), waarin wel werd toegestaan een nieuwe referentie in te dienen. Dat zou namelijk "*niet leiden tot een feitelijk nieuwe inschrijving*", aldus het Hof. De informatie van de nieuwe referentie dateerde namelijk (net zoals bij de polisvoorwaarden in het voorbeeld hiervoor) objectief van vóór de uiterste termijn voor aanmelding, maar los daarvan kon geen sprake zijn van een nieuwe inschrijving "*omdat nog geen sprake was van een inschrijving, maar van een aanmelding voor de selectiefase*". Is dat laatste een beslissend criterium? Dat lijkt mij niet. Indien een derde wordt vervangen en een nieuwe referentie wordt overgelegd in de selectiefase, waarmee meer punten kunnen worden gescoord in het kader van de selectiecriteria, dan is dat van invloed op de beoordeling van de aanmeldingen en lijkt mij dat een wezenlijke wijziging van de aanmelding op te leveren die strijdig is met het gelijkheidsbeginsel. Of cassatie is ingesteld tegen laatstbedoelde arrest is mij niet bekend, maar dat zou een welkome verduidelijking opleveren voor de praktijk.

1. Of 'gegadigde'.

2. Een algehele beperking van het in deel 2, 2a en 3 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw) opgenomen recht om een beroep te doen op een derde en/of lid van een samenwerkingsverband (combinatie) is niet toegestaan (vgl. HvJ EU 28 april 2022, C-642/20 (ECLI:EU:C:2022:308), HvJ EU 26 september 2019, C-63/18 (ECLI:EU:C:2019:787) en HvJ EU 27 november 2019, C-402/18 (ECLI:EU:C:2019:1023)). Zie ook art. 2.94 lid 2 en 2.95 lid 2 Aw. Indien echter deel 2, 2a of 3 van de Aw 2012 niet (volledig) van toepassing is, bijvoorbeeld bij onderdrempelige opdrachten (met uitzondering van die waarop hoofdstuk 2 t/m 6, 8 of 14 van het ARW 2016 van toepassing is verklaard), of 'sociale en andere specifieke' diensten' als bedoeld in art. 2.38 Aw, dan ontbreekt een wettelijk recht en is een succesvol beroep op de draagkracht/bekwaamheid van een derde alleen mogelijk indien de aanbestedende dienst die mogelijkheid heeft opgenomen in de

aanbestedingsstukken (vgl. ECLI:NL:RBOBR:2017:5664 respectievelijk HvJ EU 17 maart 2011, C-295/10). Een inschrijver dient hierop bedacht te zijn en zo nodig ter gelegenheid van de inlichtingenronde de aanbestedende dienst te verzoeken een beroep op een derde mogelijk te maken.

3. Eerste lid van art. 2.92 en 294 Aw.

4. Of 'aanmelding'/'verzoek tot deelname'.

5. HvJ EU 4 mei 2017, C-389/14 (ECLI:EU:C:2017:338).

6. Vgl. rechtbank Midden-Nederland 10 september 2020 (ECLI:NL:RBMNE:2020:3919), Advies 465 CvEA d.d. 27 september 2018 en voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 27 augustus 2021 (ECLI:NL:RBDHA:2021:10615).

7. Dat ligt n.m.m. anders indien het gebrek in de aanbestedingsstukken onmiskenbaar is gesanctioneerd met uitsluiting. In dat geval dient de aanbestedende dienst de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht te nemen en is hij gehouden een inschrijver uit te sluiten. Vgl. o.a. HvJ EU 6 november 2014, ro. 42, C-42/13 (ECLI:EU:C:2014:2345, Cartiera dell'Adda) en HvJ EU 10 oktober 2013, ro. 40, C-336/12 (ECLI:EU:C:2013:647, Manova). Vgl. ook HvJ EU 14 december 2016, C-171/15 (ECLI:EU:C:2016:948, Connexxion).

8. ECLI:NL:RBMNE:2021:504.

9. ECLI:NL:GHARL:2021:11450.

10. Ik kan me vinden in een dergelijke plicht indien herstel in het concrete geval mogelijk is op basis van de Europese jurisprudentie. Los van het zorgvuldigheidsbeginsel zou het weigeren van herstel, terwijl dat op grond van de jurisprudentie wel is toegestaan, naar mijn mening namelijk tot willekeur en favoritisme kunnen leiden. Een verplichting werd onder de oude richtlijn overigens niet (altijd) aangenomen onder verwijzing naar rechtsoverweging 38 van het SAG-arrest (HvJEU):

"Voor het overige blijkt noch uit art. 2 noch uit een andere bepaling van richtlijn 2004/18 noch uit het beginsel van gelijke behandeling of uit de transparantieplichting, dat de aanbestedende dienst in een dergelijke situatie verplicht zou zijn om contact op te nemen met de betrokken gegadigden. Die zouden zich er overigens niet over kunnen beklagen dat er in dit opzicht geen enkele verplichting op de aanbestedende dienst rust, aangezien de onduidelijkheid van de inschrijving slechts het gevolg is van een tekortschieten in hun zorgvuldigheidsplicht bij het opstellen ervan, waaraan zij net zoals de andere gegadigden zijn onderworpen."

11. ECLI:NL:GHARL:2021:11450.

12. ECLI:NL:RBGEL:2019:5871.

13. Vierde lid van art. 2.92 en 2.94 Aw.

14. ECLI:NL:RBDHA:2021:10615, ro. 37.

15. ECLI:NL:RBDHA:2022:4283.

16. HvJ EU 3 juni 2021, zaak C-210/20 (ECLI:EU:C:2021:445).

17. Onder de werkingssfeer van de 'oude' richtlijn 2004/18/EG oordeelde het Hof overigens nog anders. Zie HvJ EU 14 september 2017, C-223/16 (ECLI:EU:C:2017:685).

18. HvJ EU 6 oktober 2021, ro. 39, C-316/21 (ECLI:EU:C:2021:837, Vandekerckhove).

19. Punt 3.25 tot en met 3.37 van de conclusie van A-G L. Timmerman van 21 juni 2019 (ECLI:NL:PHR:2019:667) bevat een overzichtelijke opsomming van de relevante Europese jurisprudentie.

20. Vgl. bijv. het Manova-arrest van het HvJ EU d.d. 10 oktober 2013, C-336/12 (ECLI:EU:C:2013:647).

21. Vgl. bijv. ECLI:NL:RBDHA:2020:14014. Idem Advies 666 van de CvAE d.d. 20 mei 2022.

22. ECLI:NL:GHSHE:2022:2363.