

Redactie:
 mr. I.A.H. Dolmans-Budé
 Dolmans-Budé Legal B.V.

drs. S. de Jong
 Tender Services Group, Den Haag

prof. mr. G.W.A. van de Meent
 Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. L.J.W. Sueters
 Bartels Sueters Aanbestedingsadvocatuur BV,
 's-Hertogenbosch

ir. H.L.J.M. Wijnen
 PIANOo, Den Haag

mr. A.W. van Wijngaarden
 International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Marit Hazeleger
 E-mail: marit@redactioneleproducties.nl

Uitgever: Virginie Wagenaar
 Tel.: (020) 515 93 95
 E-mail: Virginie.Wagenaar@reedbusiness.nl

Abonnementen:
 Abonnementen: € 216,00 p.j. (incl. BTW)
 Losse nummers: € 30,50 (incl. BTW)
 Bij betaling via acceptgiro zullen wij een bedrag van
 € 2,50 (incl. BTW) aan kosten in rekening brengen.
 Abonnementen lopen automatisch door, tenzij
 uiterlijk 30 dagen voor de vervaldatum bij onze
 klantenservice wordt opgezegd via telefoonnum-
 mer (0314) 35 83 58.

Aanvraag abonnementen/wijzigingen:
 Klantenservice: (0314) 35 83 58
 E-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl
 De artikelen in de Tender Nieuwsbrief wor-
 den gearchiveerd in de kennisbank Inkoop en
 Aanbesteden van Reed Business bv.

De Nederlandse Vereniging voor
 Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraag-
 stukken op het gebied van het nationale, Europese
 en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert,
 begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter
 optimalisering van hun inkoopprocessen en aan-
 schaffingen in het kader van de implementatie van
 wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Aan de totstandkoming van deze uitgave is de
 uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans
 onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden
 redactie en uitgever geen aansprakelijkheid. Voor
 eventuele verbeteringen van de opgenomen gege-
 vens houden zij zich gaarne aanbevolen.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen
 of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke
 toestemming van de uitgever.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt
 voor het toezenden van informatie en/of speciale
 aanbiedingen door Reed Business bv en speciaal
 geselecteerde bedrijven. Indien u hiertegen
 bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed
 Business bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808
 7000 AV Doetinchem.

uitgeversverbond
 Groep uitgevers voor
 vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van
 Reed Business bv, Amsterdam
 © 2016
 ISSN: 1384-2838

Nadere voorwaarden beroep op derde en herstel inschrijving

Het Hof van Justitie beantwoordt in het arrest Partner Apelski¹ een aantal prejudiciële vragen die van belang zijn in de aanbestedingspraktijk. De mogelijkheid om zich te beroepen op de draagkracht van derden komt aan bod, en er wordt ingegaan op de (on)mogelijkheid om de inschrijving te wijzigen.

Feiten

De reinigingsdienst van de stad Warschau is een procedure gestart voor het reinigen van de straten van de stad Warschau. De opdracht is verdeeld in acht percelen. Gekozen is voor een procedure die wordt afgesloten met een elektronische veiling. Om de technische bekwaamheid aan te tonen moest iedere inschrijver een lijst met referenties overleggen die in de afgelopen drie jaar zijn verricht en een bepaalde minimale waarde vertegenwoordigen. De referenties moesten zien op diensten van wegonderhoud in de winter waarbij de natzouttechnologie werd toegepast.

Partner heeft naast haar eigen referenties twee referenties overgelegd van PUM. Partner heeft bij haar inschrijving een verklaring van PUM gevoegd waarin PUM zich verbindt bekwaamheden ter beschikking te stellen aan Partner, met name door het verrichten van adviesdiensten, waaronder de opleiding van de werknemers van Partner en hulp bij het oplossen van problemen die zich bij de uitvoering van de onderhavige opdracht kunnen voordoen.

Aangezien het niet de bedoeling van partijen is dat PUM persoonlijk en werkelijk aan de uitvoering van de betrokken opdracht deelneemt, heeft de reinigingsdienst Partner uitgesloten van de aanbesteding. Tevens heeft de reinigingsdienst de aanbesteding na het houden van een elektronische veiling beëindigd.

Partner is een nationale gerechtelijke procedure gestart. De behandelende rechter heeft in dat kader tien prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie.

Voorwaarden beroep draagkracht en bekwaamheid derden

Het Hof gaat in de beantwoording van de vragen 1 tot en met 6 in op de voorwaarden

waaronder ingevolge artikel 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG een beroep kan worden gedaan op de technische bekwaamheid van een derde. Het Hof scheidt technische bekwaamheid en financiële draagkracht over één kam en spreekt in het arrest in beide gevallen van 'draagkracht'.

Het Hof oordeelt als volgt:

- Het is geen uitzonderingsbepaling.
- Een inschrijver is vrij om een beroep te doen op de draagkracht van een derde, ongeacht de juridische aard van de banden tussen de inschrijver en de derde.²
- Echter, de betreffende inschrijver moet aantonen werkelijk te beschikken over de niet aan hemzelf toebehorende middelen van die derde die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht. Het is dus niet een louter formeel beroep op de derde.

Er zijn volgens het Hof beperkingen op dit recht denkbaar:

- De werkzaamheden vertonen dusdanige bijzonderheden die een bepaalde draagkracht vereisen die niet kan worden verkregen door de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen bij elkaar te brengen.³
- De voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke bekwaamheden waarover een derde beschikt kunnen, gelet op de aard en de doelstelling van de betreffende opdracht, niet worden overgedragen aan de inschrijver. In dat geval kan slechts een beroep op de derde worden gedaan, indien de derde rechtstreeks en persoonlijk deelneemt aan de uitvoering van de opdracht.

Slechts in dat laatste geval mag een aanbestedende dienst nauwkeurige regels vaststellen volgens welke een inschrijver zich op de draag-

kracht van een derde kan beroepen. Er geldt in dat geval een aantal voorwaarden:

- Deze regels moeten in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld.
- Deze regels moeten verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp en de doelstellingen van de opdracht (oftewel: proportioneel zijn).
- Inschrijvers moeten de mogelijkheid hebben om alternatieve wijzen voor te stellen.

In de beantwoording van vraag 10 oordeelt het Hof van Justitie dat artikel 63 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU, dat ziet op een beroep op de draagkracht van een derde, nieuwe voorwaarden invoert waar artikel 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG niet in voorziet. Meer in het bijzonder gaat het om de voorwaarde dat een inschrijver zich slechts op de draagkracht van een derde mag beroepen als deze derde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is zal verrichten. Nu de implementatiermijn nog niet is verstreken kan nog geen beroep worden gedaan op deze voorwaarden.

Wijzigen inschrijving

Toen aan Partner duidelijk werd dat de reinigingsdienst geen genoegen zou nemen met de verklaring van PUM (en daarmee met twee ingediende referenties) heeft Partner verzocht om de referenties volgens een bepaalde rangorde toe te wijzen, zodat een eventuele afwijzing van de twee referenties van PUM geen betrekking zou hebben op de gehele opdracht, maar alleen op de percelen waarvoor niet was voldaan aan de geschiktheidseis.

Het Hof gaat in haar antwoord op vraag 7 in op de (on)mogelijkheid om aldus een inschrijving te wijzigen na opening van de ingediende inschrijvingen. Het Hof verwijst allereerst naar het Manova-arrest⁴ waarin zij het volgende heeft geoordeeld:

- Een aanbestedende dienst mag een inschrijver niet om preciseringen verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de technische specificaties van het bestek acht.
- Gegevens van de inschrijvingen kunnen evenwel gericht worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten.
- Echter, het verzoek om een inschrijving toe te lichten mag er niet toe leiden dat de betrokken

inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient.

- Inschrijvers moeten gelijk en op een loyale wijze worden behandeld, zodat een verzoek om een toelichting niet overkomt als ten onrechte in het voordeel of nadeel van de inschrijver tot wie dit verzoek was gericht.

Het Hof komt tot de conclusie dat de mededeling van Partner om de referenties volgens een bepaalde rangorde toe te wijzen in werkelijkheid een aanzienlijke wijziging vormt die op de indiening van een nieuwe inschrijving lijkt.

Intrekken en opnieuw houden elektronische veiling

De reinigingsdienst heeft eerst de inschrijving van Partner afgewezen en is daarna overgegaan tot het houden van een elektronische veiling. Daarna heeft de reinigingsdienst de aanbesteding beëindigd.

Vervolgens doet zich de prejudiciële vraag 9 voor of het de reinigingsdienst is toegestaan om de aanbesteding te heropenen en de veiling opnieuw te doorlopen, waaraan ook de ten onrechte uitgesloten deelnemers mogen deelnemen. Het Hof oordeelt dat dit gelet op de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie vereist is. Niet relevant is of de deelname van de uitgesloten deelnemer de uitkomst van de veiling zou hebben gewijzigd. Immers op voorhand kan niet worden uitgesloten dat deze deelnemer de economisch meest voordelige inschrijving zou hebben ingediend als hij wel zou zijn toegelaten tot de veiling.

Commentaar

Het Hof van Justitie heeft nader aangeduid onder welke voorwaarden een beroep kan worden gedaan op de draagkracht van een derde, wanneer de inschrijver zelf niet aan de gestelde eisen voldoet. Deze staan hierboven weergegeven. Richtlijn 2014/24/EU had per 18 april 2016 geïmplementeerd moeten zijn in Nederlandse wetgeving. Betoogd kan worden dat artikel 63 lid 1 rechtstreekse werking heeft. Deze bepaling is immers voldoende duidelijk en nauwkeurig en kent rechten toe aan ondernemers. Dit betekent, dat als een inschrijver voor wat betreft de door de aanbesteder gestelde criteria inzake (1) de onderwijs- en beroepskwalificaties (aangaande de technische bekwaamheid) of (2) de relevante beroepservaring, reeds nu een beroep op een derde wenst te doen, hij deze derde ook daadwerkelijk als onderaannemer in moet zetten bij de uitvoering van de opdracht voor

wat betreft de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is. Onder 'de relevante beroepservaring' wordt de ervaringseis oftewel de referentie-eis verstaan. Voor 18 april 2016 gold deze verplichting nog niet, zoals het Hof van Justitie oordeelde in het antwoord op vraag 10.

In de *Tender Nieuwsbrief* van oktober 2012 besprak ik het SAG-arrest.⁵ Ik gaf aan dat de belangrijkste voorwaarde is dat de wijziging er niet toe mag leiden dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld. Aangezien het Hof de herstelkans als een uitzondering ziet, nam ik aan dat deze voorwaarde restrictief zou moeten worden geïnterpreteerd. Ik was van mening, dat als het herstel van de fout van invloed is op de inhoudelijke beoordeling van de inschrijving al snel sprake zou zijn van een nieuwe inschrijving. Dat deze zienswijze juist is, bevestigde het Hof van Justitie allereerst in het Manova-arrest, waar het Hof van Justitie aan de SAG-voorwaarden toevoegde dat geen sprake kan zijn van herstel als de fout in de aanbestedingsstukken is gesanctioneerd met uitsluiting. Uit het Partner Apelski-arrest blijkt dat zelfs als de inschrijving zelf niet wijzigt toch sprake kan zijn van het voorstellen van een nieuwe inschrijving. Hieruit volgt temeer dat het Hof van Justitie deze voorwaarde zeer restrictief uitlegt.

Ik vind het merkwaardig dat het Hof van Justitie enerzijds oordeelt dat niet relevant is of de deelname van de uitgesloten deelnemer de uitkomst van de veiling zou hebben gewijzigd, en anderzijds oordeelt dat op voorhand niet kan worden uitgesloten dat deze deelnemer de economisch meest voordelige inschrijving zou hebben ingediend als hij wel zou zijn toegelaten tot de veiling. Daaruit blijkt dat er toch wel enige relevantie is. Ik concludeer hieruit dat als er een theoretische kans is dat de betreffende deelnemer de economisch meest voordelige inschrijving indient de onregelmatig verlopen fase opnieuw moet worden doorlopen.

mr. A. Stellingwerff Beintema
Maasdam Broers Fischer advocaten

Noten

1. HvJ 7 april 2016 C-324/14, Swm Costruzioni.
2. HvJ 14 januari 2016 C-234/14, Ostas Celnieks (zie TN april 2016).
3. HvJ 10 oktober 2013 C-94/12 Swm Costruzioni.
4. HvJ 10 oktober 2013, C-336/12, Manova (zie TN januari 2014).
5. HvJ 29 maart 2012, C-599/10, SAG.