



Leendert van den Berg
Severijn Hulshof advocaten

Beroep op een derde

Een onderwerp dat voor de aanbestedingspraktijk van groot belang is, betreft het door een inschrijver kunnen doen van een beroep op een derde om aan de door de aanbesteder gestelde geschiktheidseisen te kunnen voldoen. Onder het Europese aanbestedingsrecht is de hoofdregel dat een dergelijk beroep mogelijk is, mits de inschrijver daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van die derde. Hoewel inmiddels ruime ervaring is opgedaan met het beroep op derden, geven twee recente arresten van het Europees Hof van Justitie aan dat zeker nog niet alle vragen zijn beantwoord. Daarnaast is de regeling van het beroep op een derde in de thans geldende richtlijnen weer verder aangepast.

Hoofdregel

Deze hoofdregel is al meer dan twintig jaar geleden geformuleerd in het zogenaamde *Ballast Nedam I*-arrest (HvJ EG 14 april 1994, C-398/92, r.o. 18):

‘Mitsdien moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord, dat (...) bij de beoordeling van de criteria waaraan een aannemer moet voldoen bij het onderzoek van een erkenningsaanvraag ingediend door een dominerende rechtspersoon van een groep, rekening kan worden gehouden met de vennootschappen die van deze groep deel uitmaken, voor zover de betrokken rechtspersoon aantoonbaar dat hij werkelijk kan beschikken over de middelen van deze vennootschappen die voor de uitvoering van de opdrachten noodzakelijk zijn. Het

staat aan de nationale rechter, te onderzoeken of dit bewijs in de hoofdzaak is geleverd.’

Dit standaardarrest zag nog op een beroep op een groepsvennootschap, maar in de latere aanbestedingsrichtlijnen is de werking uitdrukkelijk uitgebreid naar alle derden, ongeacht of die tot de groep van de inschrijver behoorden. In artikel 47 lid 2 (oude) Richtlijn 2004/18/EG was opgenomen dat een ondernemer zich kon beroepen op de economische en financiële draagkracht van een derde, terwijl artikel 48 lid 3 Richtlijn 2004/18/EG bepaalde dat ook voor technische en/of beroepsbekwaamheid een beroep gedaan kon worden op een derde. Dit alles ongeacht de juridische betrekkingen van de betreffende ondernemer met de betreffende derde. Bepalend voor het beroep op een derde is slechts dat aangetoond kan worden dat daadwerkelijk beschikt kan worden over de middelen van die derde. De hiervoor genoemde richtlijnbevestigingen worden in de praktijk ingevuld met terbeschikkingstellingsovereenkomsten. In dergelijke overeenkomsten verklaart de derde op wie een beroep gedaan wordt doorgaans dat zijn middelen onvoorwaardelijk en onherroepelijk ter beschikking staan voor de uitvoering van de aanbestede opdracht.

Prejudiciële vragen inzake beroep op een derde

Het eerste arrest dateert van 7 april 2016 en betreft zaak C-324/14, en ziet op een aanzienlijk aantal prejudiciële vragen van de Poolse Nationale Kamer van Beroep. De casus was als volgt. De Reinigingsdienst van Warschau besteedde de mechanische reiniging van de straten van de stad aan. In de praktijk betekende dit reiniging in de zomer en gladheidsbestrijding in de winter. Inschrijver Partner schreef in op deze opdracht en beriep zich op een derde, PUM. PUM is echter gevestigd in Grudziadz, welke stad op 230 kilometer van Warschau ligt. De Reinigingsdienst sloot Partner vervolgens uit van deelname omdat PUM niet werkelijk zou deelnemen aan de uitvoering van de opdracht.

Deze casus leidde het Hof tot een groot aantal zeer interessante overwegingen. Het Hof overwoog dat een inschrijver zich niet op de draagkracht van een derde kan beroepen om louter formeel aan de gestelde eisen te voldoen. Op zich lijkt dat een herhaling van de hoofdregel (een inschrijver moet immers werkelijk kunnen beschikken over de middelen van de derde), maar deze overweging biedt aanbesteders wel de mogelijkheid om dieper te graven naar de redenen waarom een derde wordt ingeroepen. Vervolgens oordeelde het Hof dat het recht om een beroep te doen op een derde onder uitzonderlijke omstandigheden wordt beperkt. Als voorbeeld noemt het Hof de situatie waarin het bij elkaar brengen van de kleinere draagkracht van meerdere ondernemingen onvoldoende kan zijn om de voor een opdracht noodzakelijke draagkracht te garanderen. Ook noemt het Hof het voorbeeld dat bepaalde noodzakelijke bekwaamheden niet overgedragen kunnen worden aan de inschrijver. Dit zou – nogmaals onder uitzonderlijke omstandigheden – redenen kunnen zijn te eisen dat de derde rechtstreeks en persoonlijk deel moet nemen aan de uitvoering van de opdracht. Voor de concrete casus oordeelde het Hof van belang dat gladheidsbestrijding grote lokale kennis van de topografie van de stad zou vereisen. Hierdoor kon niet worden uitgesloten dat de deelname van PUM aan de opdracht (waarbij PUM alleen opleidings- en advieswerkzaamheden zou verrichten) onvoldoende zou zijn om een goede uitvoering van de opdracht te garanderen. Ten slotte oordeelde het Hof meer in algemene zin dat het voorwerp en de doelstelling van een bepaalde opdracht kunnen rechtvaardigen dat de aanbesteder nauwkeurige regels kan vaststellen voor het beroep op een derde. Daarmee kan de aanbesteder de vrijheid om een beroep op een derde te doen dus inperken. Hoewel de overige oordelen van het Hof vallen buiten het onderwerp van deze bijdrage zijn deze zonder meer vermeldenswaard. In r.o. 62-70 gaat het Hof nog in op de (beperkte) ruimte die inschrijvers hebben om hun inschrijving te preciseren (die in ieder geval geen aanzienlijke wijzi-

ging toestaan), terwijl in r.o. 77-78 wordt geoordeeld dat een veiling waaraan een aan de eisen beantwoordende inschrijver niet heeft kunnen deelnemen, onvermijdelijk geannuleerd moet worden. Maar die onderwerpen liggen zoals gezegd buiten het bereik van deze bijdrage.

Zelf-eis en vrijheid beroep op derden te doen

Het tweede arrest van het Europese Hof van Justitie is van 14 juli 2016 (C-406/14) en betreft wederom een Poolse zaak. Dit keer over de aanbesteding van een ringweg door de stad Wrocław. In de aanbestedingsstukken was de eis opgenomen dat de inschrijver ten minste 25% van de onder de opdracht vallende werken met eigen middelen moest uitvoeren. Een dergelijke 'zelf-eis' wordt ook door Nederlandse aanbesteders nog met enige regelmaat gesteld. De belangrijkste aan het Hof voorgelegde vraag was of deze eis wel compatibel is met de vrijheid van inschrijvers om zich op derden te beroepen, waardoor die derden ook de opdracht of grote delen daarvan zullen uitvoeren. Bij de beantwoording van de vraag stelt het Hof voorop dat aanbesteders het recht hebben om de uitvoering van delen van de opdracht te verbieden

aan onderaannemers van wie de aanbesteder de geschiktheid niet heeft kunnen nagaan. Dat recht is hier echter niet aan de orde nu de aanbesteder hier met het bepalen van een percentage dat sowieso niet aan onderaannemers mag worden uitgegeven nimmer aan een concreet onderzoek van onderaannemers (voor dat percentage) toekomt. Daarmee oordeelt het Hof dat deze voorwaarde onverenigbaar is met de vrijheid van inschrijvers om zich op derden te beroepen.

Resumerend

Deze arresten laten zien dat aanbesteders en inschrijvers nog altijd tegen problemen aanlopen bij het beroep op derden. Het tweede arrest laat duidelijk zien dat een algemene 'zelf-eis' (inhoudende dat inschrijvers het werk gedeeltelijk of geheel zelf moeten maken) niet is toegestaan. Het eerste arrest geeft echter een minder harde regel. Aanbesteders zullen alleen bij uitzonderlijke omstandigheden beperkingen kunnen stellen aan de inschakeling van (en het beroep op) derden, waarbij zij de noodzaak daartoe goed zullen moeten kunnen motiveren. Dat zal nog niet eenvoudig zijn. Wat zou bijvoorbeeld de uitkomst van de Warschause casus zijn indien de derde waarop een be-

roep werd gedaan weliswaar ver weg gevestigd zou zijn, maar concreet materieel en mensen beschikbaar zou kunnen stellen voor de uitvoering? Tezelfdertijd zou ik menen dat het arrest wel een streep zet door al te theoretische beroepen op derden, waarbij de daadwerkelijke beschikbaarheid van een derde voor de uitvoering van de opdracht niet meer dan een papieren werkelijkheid is. Bij dit alles moet worden bedacht dat de regeling voor het beroep op derden onder de huidige wetgeving weer is aangepast en deels is aangescherpt. Zo kan de aanbesteder onder artikel 63 Richtlijn 2014/24/EU bepalen dat degene op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan, hoofdelijk aansprakelijk zal zijn naast de inschrijver voor de uitvoering van de opdracht. Voor opdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerken in het kader van een opdracht voor diensten kunnen aanbesteders verder bepalen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf moeten worden verricht. Aldus bieden de hier besproken arresten weer wat meer helderheid ten aanzien van het beroep van een inschrijver op een derde, maar is het laatste woord zeker nog niet gezegd.