



Datum van inontvangstneming : 19/11/2021

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

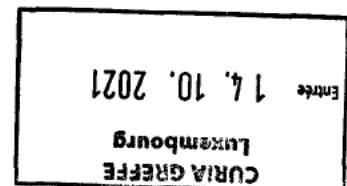
Team Handelsrecht

zaaknummer 200.279.133/01

arrest van 5 oktober 2021

in de zaak van

Tours B.V.,
 gevestigd te [redacted] gemeente Leudal,
 appellante,
 hierna aan te duiden als [redacted]
 advocaat: mr. L.C. van den Berg te Den Haag,



tegen

1. **gemeente Weert**,
met zetel te Weert,
en
2. **gemeente Nederweert**,
met zetel te Nederweert,
geïntimeerden,
hierna aan te duiden als de gemeenten,
advocaat: mr. N.A.D. Groot te Rotterdam,
3. **[...] Touringcars VOF**,
gevestigd te Weert,
geïntimeerde,
hierna aan te duiden als [Touringcars],
niet verschenen,

in vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 1 juni 2021 in het hoger beroep van het vonnis van 12 februari 2020, door de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht, in kort geding gewezen tussen [redacted] als eiseres, de gemeenten als gedaagden en Touringcars als tussengekomen partij.

DEEL I

(vervolg tussenarrest)

(vertaling niet nodig)

7. Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 1 juni 2021
- de akten van partijen van 29 juni 2021

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

8. De verdere beoordeling in hoger beroep

8.1. In het tussenarrest heeft het hof in overweging genomen prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie EU) over de uitleg van de Aanbestedingsrichtlijnen en Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7. Partijen hebben zich hierover bij akte uitgelaten.

Het stellen van vragen

8.2. [REDACTED] stemt in met het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU.

8.3. De gemeenten hebben bezwaren naar voren gebracht. Volgens hen volgt uit Unierechtelijke en nationale regels niet dat iedere vennoot bij inschrijving door een vennootschap onder firma een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) over moet leggen.

8.4. Dit standpunt van de gemeenten is bekend. Het is echter de vraag of dit standpunt in dit geval juist is en daarop hebben de prejudiciële vragen betrekking.

8.5. De gemeenten menen verder dat een beslissing van het Hof van Justitie EU niet noodzakelijk is voor de uitspraak in deze zaak. Volgens de gemeenten heeft [REDACTED] geen belang bij haar grieven over de proceskosten, omdat zij haar vorderingen heeft ingetrokken. Bovendien verlangt [REDACTED] volgens de gemeenten een verklaring voor recht over de vraag of KT VOF mocht volstaan met het indienen van één UEA en leent een kort geding zich daar niet voor.

8.6. In 5.2 van het tussenarrest heeft het hof het volgende overwogen:
[REDACTED] heeft in hoger beroep haar vorderingen beperkt tot de proceskostenveroordeling, omdat zij ongeacht de uitkomst in hoger beroep de opdracht niet meer gegund kan krijgen. [REDACTED] verwijst in dit verband naar de beperkte mogelijkheden om een overeenkomst na gunning aan te tasten (HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638). In verband hiermee stelt [REDACTED] in hoger beroep alleen de vraag aan de orde of [Touringcars] mocht volstaan met het indienen van één UEA voor de vennootschap onder firma, of dat de beide vennoten ieder een eigen UEA hadden moeten indienen.'

8.7. De rechtsvraag die na het wijzigen van de eis in hoger beroep nog voorligt, is dus of ieder van de vennoten van [Touringcars] een UEA had moeten verstrekken. De omstandigheid dat dit de in hoger beroep overgebleven rechtsvraag is, brengt niet mee dat het antwoord daarop een verklaring voor recht is of moet uitmonden in een verklaring voor recht. De rechtsvraag moet worden beantwoord om na te gaan wie van partijen in deze procedure het gelijk aan haar zijde heeft wat betreft de geldigheid van de inschrijving van Touringcars. Daarmee is de rechtsvraag van belang voor het antwoord op de vraag wie de proceskosten van beide instanties moet dragen. Reeds in de proceskosten ligt een voldoende belang voor het voeren van een hoger beroep.

De vragen

8.8. ■■■■■ kan zich vinden in de vragen die het hof heeft geformuleerd, maar stelt voor vraag 2 aan te vullen. ■■■■■ wil van het Hof van Justitie EU tevens vernemen 'of het verschil maakt of de gezamenlijke onderneming juridisch in staat en bevoegd is de vragen van het UEA mede namens de deelnemende natuurlijke personen en/of rechtspersonen bindend te beantwoorden, als ook of het verschil maakt of het samenwerkingsverband onder Nederlands recht juridisch transparant is in die zin dat de verplichtingen die het samenwerkingsverband op zich neemt in beginsel door de deelnemende natuurlijke personen en/of rechtspersonen worden aangegaan'.

8.9. Het hof heeft geen bezwaar tegen deze aanvullingen. Het hof formuleert de aanvullingen, zoals hierna in 11.1 is vermeld.

8.10. De gemeenten hebben diverse kanttekeningen bij de geformuleerde vragen gemaakt. Het hof bespreekt deze kanttekeningen hierna.

8.11. De gemeenten willen in de eerste plaats aanpassingen die erop neerkomen dat de vragen van uitleg worden toegespitst op concrete artikelen van Richtlijn 2014/24 EU en op de Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7, op 'gezamenlijke onderneming' en de vennootschap onder firma, in plaats van op 'samenwerking'. Het hof zal de relevante artikelen en de verordening een plaats geven in 10.17 bij de inleiding op de vragen en de vragen verduidelijken door te spreken van 'gezamenlijke onderneming' in plaats van samenwerking.

8.12. De gemeenten willen verder vernemen of een of meer van de factoren die zijn genoemd in vraag 2 van doorslaggevende betekenis zijn en zo ja welke. Het hof zal hierover een vraag toevoegen, te nummeren als vraag 3.

8.13. Er is geen reden om vraag 3 (oud) te beperken tot de situatie dat de gezamenlijke onderneming voor het uitvoeren van de opdracht *uitsluitend* gebruik maakt van middelen die tot de eigen onderneming van een of meer van de deelnemende personen of rechtspersonen behoren. Het hof verduidelijkt de vraag door het toevoegen van het woord 'ook'.

8.14. Het hof ziet aanleiding om vraag 5 (oud) uit te breiden met de vraag aan welke eisen de gezamenlijke onderneming moet voldoen, in het geval er eisen gelden.

8.15. Het hof ziet ervan af om een vraag op te nemen over een controleverplichting van de aanbestedende dienst. Het valt niet in te zien dat op dit onderdeel andere verplichtingen gelden dan ten aanzien van andere opgaven die inschrijvers doen.

8.16. Het hof neemt niet de vraag op welke gevolgen het moet hebben als niet ieder van de samenwerkende personen een UEA heeft ingediend, hoewel zij daartoe verplicht waren. Er is geen reden om aan te nemen dat dit gevolg anders is dan in de situatie dat een inschrijver geen UEA heeft ingediend.

8.17. Ten slotte willen de gemeenten een vraag toevoegen over het beperken van de temporele werking van de beslissing van het Hof van Justitie EU. De gemeenten voeren aan dat zij geen reden hadden om aan te nemen dat iedere vennoot een UEA zou moeten indienen en dat een andersluidende beslissing grote financiële gevolgen kan hebben vanwege

mogelijke schadeclaims.

8.18. De omstandigheid dat aanbestedende diensten in de aanbestedingspraktijk een uitleg geven aan Unierechtelijke regels die later onjuist wordt bevonden, is op zichzelf geen reden om de werking van regels overeenkomstig een juiste uitleg, in tijd te beperken. Het hof ziet geen bijzondere omstandigheden die ertoe noodzaken in dit geval hierover een afzonderlijke vraag te stellen aan het Hof van Justitie EU. Vanzelfsprekend kan het Hof van Justitie EU zelf een dergelijke beperking geven als daartoe aanleiding is.

8.19. Gelet op het voorgaande zal het hof de prejudiciële vragen stellen, zoals die in 11.1 zijn geformuleerd.

8.20. In deel II van dit arrest herhaalt het hof, al dan niet verkort, de overwegingen uit het tussenarrest die voor het Hof van Justitie EU van belang zijn en richt het hof het verzoek aan het Hof van Justitie EU om de geformuleerde vragen te beantwoorden. Voor de volledigheid merkt het hof op dat alleen deel II van dit arrest ten behoeve van het Hof van Justitie EU behoeft te worden vertaald.

DEEL II

(gedeelte van de uitspraak dat van belang is voor het Hof van Justitie EU)
(*vertaling wenselijk*)

9. De feiten

9.1. ■■■■■ heeft in opdracht van de gemeenten het vervoer van basisschoolleerlingen in het kader van bewegingsonderwijs (hierna: gymnastiekvervoer) verzorgd. De opdracht liep tot 1 augustus 2019, met de mogelijkheid van verlenging. De gemeenten hebben de opdracht niet verlengd, maar op 28 februari 2019 een Europese openbare aanbesteding uitgeschreven voor het gymnastiekvervoer in de periode van 1 januari 2020 tot aan het einde van het schooljaar 2027-2028. Het gunningscriterium was de economische meest voordelige inschrijving. Na daartoe in kort geding te zijn verplicht, zijn de gemeenten tot heraanbesteding overgegaan.

9.2. Tot de aanbestedingsdocumenten behoort de Aanbestedingsleidraad die de gemeenten ten behoeve van deze aanbesteding hebben opgesteld. De Aanbestedingsleidraad luidt onder meer:

‘1.9 Tekenbevoegdheid

Een functionaris die bevoegd is de onderneming te vertegenwoordigen en te binden dient de in te vullen Eigen Verklaring (UEA – Uniform Europees Aanbestedingsdocument), inschrijving en bijlagen te ondertekenen. Met ondertekenen geeft de ondertekenaar de garantie voor de juistheid en rechtsgeldigheid van de totale inschrijving.

(...)

1.18 Inschrijven

(...)

Inschrijven in combinatie met meerdere vervoerders is ook toegestaan. De combinatie dient aan de gestelde eisen te voldoen. Als u inschrijft als combinatie dient de combinatie een penvoerder aan te wijzen. Iedere combinant is hoofdelijk aansprakelijk voor nakoming van de uitvoering van de vervoersovereenkomst. Uit de inschrijving van combinanten moet

blijken hoe de continuïteit van het gymnastiekvervoer wordt gewaarborgd wanneer één of meer combinanten niet aan hun verantwoordelijkheden kan/kunnen voldoen.

(...)

2.1 Aantal exemplaren/volledigheid

(...)

De inschrijving moet volledig zijn en bevat de volgende documenten:

- Een volledig ingevuld en rechtsgeldig ondertekende Eigen Verklaring (UEA, Bijlage 2); het UEA is een invulbaar pdf bestand dat wij via TenderNed beschikbaar hebben gesteld
- (...)’

9.3. Op 11 november 2019 bleek dat alleen [REDACTED] en [Touringcars] op de aanbesteding hadden ingeschreven. De inschrijving van [Touringcars] is ingediend door [..] [F]. [F] heeft namens [Touringcars] één Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) ingediend. Bij e-mail van 12 november 2019 heeft [REDACTED] aan de gemeenten onder meer gevraagd of [Touringcars] voor ieder van beide vennoten een UEA had ingediend. Bij e-mail van dezelfde dag hebben de gemeenten geantwoord dat de stukken van inschrijvers vertrouwelijk zijn en dat zij geen inzage geven in informatie die een andere inschrijver heeft ingediend.

9.4. Bij brieven van 3 en 5 december 2019 hebben de gemeenten aan [REDACTED] meegedeeld dat zij het voornemen hadden de opdracht te gunnen aan [Touringcars].

9.5. [REDACTED] is daartegen in kort geding opgekomen. In dit kort geding is [Touringcars] tussengekomen. De voorzieningenrechter heeft [REDACTED] in het ongelijk gesteld en [REDACTED] veroordeeld in de proceskosten van de gemeenten en [Touringcars].

9.6. De gemeenten hebben voor het gymnastiekvervoer overeenkomsten gesloten met [Touringcars]. Deze overeenkomsten zijn op 1 maart 2020 ingegaan.

10. Het geschil in hoger beroep

Inleiding en stellingen van partijen

10.1. [REDACTED] heeft in hoger beroep drie grieven aangevoerd en haar oorspronkelijke eis gewijzigd. Zij heeft geconcludeerd tot het geheel of gedeeltelijk vernietigen van het bestreden vonnis, waaronder de daarin uitsproken proceskostenveroordeling, subsidiair tot het gedeeltelijk vernietigen van dat vonnis ‘en de dubbele proceskostenveroordeling ten aanzien van [Touringcars] in eerste aanleg te herzien en de dubbel gerekende proceskosten te compenseren tot de gebruikelijke proceskosten’.

10.2. In hoger beroep is alleen nog de vraag aan de orde of [Touringcars] mocht volstaan met het indienen van één UEA voor de vennootschap onder firma, of dat de beide vennoten ieder een eigen UEA hadden moeten indienen.

10.3. [REDACTED] voert onder meer aan dat [Touringcars] een permanent samenwerkingsverband tussen de ondernemingen van de vennoten is, en dus een combinatie van ondernemingen. Het is daarom van belang dat de gedragingen en verklaringen van beide vennoten door middel van een eigen UEA kunnen worden getoetst.

10.4. Volgens de gemeenten moet onderscheid worden gemaakt tussen tijdelijke en permanente samenwerkingsverbanden. Een combinatie van ondernemers in de Unierechtelijke aanbestedingsregels heeft betrekking op een tijdelijk samenwerkingsverband. Een vennootschap onder firma is een partnerschap, zoals bedoeld in overweging 14 van Richtlijn 2014/24/EU en dus in haar geheel een ondernemer en dus geen combinatie. Bovendien kan toetsing van vennoten plaatsvinden via deel IIIA van de UEA, aldus de gemeenten.

[..] Touringcars VOF en haar vennoten

10.5. Uit informatie uit het handelsregister blijkt het volgende.

10.5.1. [Touringcars] is een vennootschap onder firma, opgericht op 1 januari 2011 voor onbepaalde duur. Volgens het handelsregister heeft [Touringcars] 82 werkzame personen en zijn de activiteiten van [Touringcars]: 'ongeregeld personenvervoer over de weg, vervoer per ■■■ en handel in en reparatie van personenauto's en lichte bedrijfsauto's'. Vennoten van [Touringcars] zijn [K] B.V. en [F] Touringcars B.V. Directeur van [Touringcars] is [...] [F], met volledige volmacht. De beide vennoten exploiteren een eigen vervoersonderneming.

10.5.2. Bestuurder van vennoot [K] B.V. is [...] [K].
[F] is gevolmachtigde van [K] B.V., met als titel commercieel directeur.
[K] B.V. heeft volgens het handelsregister 39 werkzame personen.

10.5.3. Enig bestuurder en aandeelhouder van vennoot [F] Touringcars B.V. is [...] [F] Beheer B.V.
Enig bestuurder en aandeelhouder van [...] [F] Beheer B.V. is [F].
[F] Touringcars B.V. heeft volgens het handelsregister geen werkzame personen.

10.6. Bij brief van 27 januari 2020 heeft [...] [K] onder meer verklaard:
'Op 5 januari 2011 heb ik als alleen en zelfstandig bevoegd bestuurder van [K] B.V. de heer [...] [F] een volledige volmacht gegeven om [K] B.V. te vertegenwoordigen (...) Ofschoon de heer [F] en ik regelmatig overleg hebben over het reilen en zeilen van de aan [K] B.V. gelieerde onderneming(en) laat ik de volledige bedrijfsvoering vanaf die datum aan hem over.
Voor wat betreft dat laatste merk ik verder op dat [K] B.V. vanaf 1 januari 2011 samen met [F] Touringcars B.V. een vennootschap onder firma is aangegaan onder de naam [...] Touringcars V.O.F. Binnen dit samenwerkingsverband hebben de heer [F] en ik ook regelmatig overleg, maar hij is degene die de onderneming feitelijk drijft.'

Het recht van de Europese Unie

10.7. De Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 luidt onder meer:

(14) Verduidelijkt dient te worden dat het begrip „ondernemers” in ruime zin dient te worden opgevat, zodat daar ook personen en/of entiteiten onder vallen die de uitvoering van werken, de levering van producten of de verrichting van diensten op de markt aanbieden, ongeacht de rechtsvorm die zij voor hun activiteiten hebben gekozen. Aldus moeten bedrijven, bijkantoren, dochterondernemingen, partnerschappen, coöperatieve vennootschappen, besloten vennootschappen, openbare of particuliere universiteiten en

andere entiteiten dan natuurlijke personen alle onder de noemer „ondernemer” vallen, ongeacht of deze onder alle omstandigheden „rechtspersonen” zijn.

(15) Duidelijk moet worden dat combinaties van ondernemers, ook indien zij zich hebben verenigd in een tijdelijk samenwerkingsverband, aan aanbestedingsprocedures kunnen deelnemen zonder dat zij daartoe een specifieke rechtsvorm moeten aannemen. Voor zover nodig, bijvoorbeeld wanneer hoofdelijke aansprakelijkheid vereist is, kan een specifieke rechtsvorm vereist zijn indien aan zulke groepen de opdracht is gegund.

Artikel 2

Definities

1. Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

(...)

10. „ondernemer”: elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt;

Artikel 19

Ondernemers

(...)

2. Combinaties van ondernemers, waaronder tijdelijke samenwerkingsverbanden, mogen deelnemen aan aanbestedingsprocedures. Een aanbestedende dienst kan niet eisen dat zij voor het indienen van een inschrijving of een verzoek tot deelname een bepaalde rechtsvorm aannemen.

Artikel 59

Uniform Europees Aanbestedingsdocument

1. Op het ogenblik van de indiening van de verzoeken tot deelname of de inschrijvingen, aanvaarden de aanbestedende diensten - als voorlopig bewijs ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven certificaten die bevestigen dat de betrokken ondernemer aan alle volgende voorwaarden voldoet - het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), bestaande uit een bijgewerkte eigen verklaring:

- a) hij bevindt zich niet in een van de situaties als bedoeld in artikel 57, waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten;
- b) hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 58;
- c) hij voldoet, indien van toepassing, aan de objectieve regels en criteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 65.

Indien de ondernemer overeenkomstig artikel 63 een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten bevat het UEA ook de in de eerste alinea van dit lid genoemde gegevens ten aanzien van die entiteiten. Het UEA bestaat uit een formele verklaring van de ondernemer dat de betrokken grond tot uitsluiting niet van toepassing is en/of dat aan het selectie criterium is voldaan en bevat de relevante informatie die door de aanbestedende dienst wordt verlangd. Voorts vermeldt het UEA welke overheidsinstantie of derde verantwoordelijk is voor het vaststellen van de bewijsstukken en bevat zij een formele verklaring dat de ondernemer in staat zal zijn om op verzoek en onverwijld die bewijsstukken te leveren.

Artikel 63

Beroep op de draagkracht van andere entiteiten

1. Met betrekking tot de in artikel 58, lid 3, bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan een ondernemer zich, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten. Wat betreft de criteria inzake de onderwijs- en beroepskwalificaties in bijlage XII, deel II, onder f), of inzake de relevante beroepservaring, mogen ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, zal verrichten. Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, toont hij ten behoeve van de aanbestedende dienst aan dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, bijvoorbeeld door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten. De aanbestedende dienst gaat overeenkomstig de artikelen 59, 60 en 61 na of de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen of dat er redenen zijn voor uitsluiting volgens artikel 57. De aanbestedende dienst eist dat de ondernemer een entiteit die niet voldoet aan een betrokken selectie criterium, of waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, vervangt. De aanbestedende dienst kan eisen, of kan door de lidstaat worden opgelegd te eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden aanwezig zijn, vervangt. Indien een ondernemer een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten voor het vervullen van de economische en financiële criteria, kan de aanbestedende dienst eisen dat de ondernemer en die entiteiten hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 19, lid 2, zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.

2. In het geval van opdrachten voor werken, diensten en plaatsings- of installatiewerkzaamheden in het kader van een opdracht voor diensten kunnen aanbestedende diensten eisen dat bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht, of wanneer de inschrijving door een combinatie van ondernemers als bedoeld in artikel 19, lid 2, is ingediend, door een deelnemer aan die combinatie.

10.8. Richtlijn 2014/25/EU, die van toepassing is op onder meer vervoersdiensten, bevat soortgelijke bepalingen (respectievelijk overwegingen 17 en 18; art. 2, aanhef en onder 6; art. 37 lid 2, art. 80 lid 3, art. 79).

10.9. Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van de Europese Commissie van 5 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument luidt onder meer:

(1) Een van de belangrijkste doelstellingen van de Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU is het verlichten van de administratieve lasten van aanbestedende diensten, aanbestedende entiteiten en ondernemers, waaronder niet in de laatste plaats de kleine en middelgrote ondernemingen. In dat kader is het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) van groot belang. Het standaardformulier voor het UEA dient dan ook zodanig te worden opgesteld dat het niet meer nodig is om een groot aantal certificaten of andere documenten in verband met uitsluitings- en selectiecriteria over te leggen. Daartoe dient het standaardformulier ook de relevante informatie te bevatten over de entiteiten op de draagkracht waarvan de ondernemer een beroep doet, zodat die informatie samen met en onder dezelfde voorwaarden als de informatie betreffende de hoofdondernemer kan worden gecontroleerd.

Bijlage 1

Gebruiksaanwijzing

Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) is een eigen verklaring waarmee ondernemers voorlopig bewijs overleggen ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven certificaten. Zoals bepaald in artikel 59 van Richtlijn 2014/24/EU is het een formele verklaring van de ondernemer dat hij zich niet bevindt in een van de situaties waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten en dat hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria en, indien van toepassing, aan de objectieve regels en criteria als vastgesteld met het oog op de beperking van het aantal in andere opzichten gekwalificeerde gegadigden dat wordt uitgenodigd tot deelneming. Het is de bedoeling dat het UEA de administratieve lasten zal beperken die voortvloeien uit het voorschrift om een aanzienlijk aantal certificaten of andere documenten die betrekking hebben op de uitsluitings- en selectiecriteria over te leggen.

(...)

Een ondernemer die **zelfstandig** deelneemt en **zich niet beroept op de draagkracht** van andere entiteiten om aan de selectiecriteria te voldoen, moet **één** UEA invullen.

Een ondernemer die zelfstandig deelneemt, maar zich beroept op de draagkracht van één of meer andere entiteiten, moet ervoor zorgen dat de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit zijn eigen UEA samen met een **afzonderlijk** UEA met de relevante informatie voor **elk van de entiteiten waarop hij steunt**, ontvangt.

Ten slotte moet, als combinaties van ondernemers — waaronder tijdelijke samenwerkingsverbanden — samen deelnemen aan een aanbestedingsprocedure, voor **elk** van de deelnemende ondernemers **een afzonderlijk** UEA worden ingediend met daarin de in de delen II tot en met V gevraagde gegevens.

In alle gevallen waarin meer dan één persoon lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van een ondernemer of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid heeft, **moeten wellicht** alle betrokkenen hetzelfde UEA ondertekenen, al naar gelang de nationale regels, waaronder de regels inzake gegevensbescherming.

Het nationale recht

10.10. De Aanbestedingsrichtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. De Aanbestedingswet 2012 luidt, voor zover hier van belang:

Artikel 2.52

(...)

3. Een samenwerkingsverband van ondernemers kan zich inschrijven of zich als gegadigde opgeven.

4. Een aanbestedende dienst verlangt voor het indienen van een inschrijving of een verzoek tot deelneming van een samenwerkingsverband van ondernemers niet dat het samenwerkingsverband van ondernemers een bepaalde rechtsvorm heeft.

Artikel 2.84

1. Een eigen verklaring is een verklaring van een ondernemer waarin deze aangeeft:

- a. of uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn;
- b. of hij voldoet aan de in de aankondiging of in de aanbestedingsstukken gestelde geschiktheidseisen;
- c. of hij voldoet of zal voldoen aan de technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden die milieu en dierenwelzijn betreffen of die gebaseerd zijn op sociale overwegingen;

d. of en op welke wijze hij voldoet aan de selectiecriteria.

2. De gegevens en inlichtingen die in een verklaring kunnen worden verlangd en het model of de modellen van die verklaring worden bij of krachtens algemene maatregel van bestuur vastgesteld.

Artikel 2.85

1. De aanbestedende dienst verlangt van een ondernemer dat hij bij zijn verzoek tot deelneming of zijn inschrijving met gebruikmaking van het daartoe vastgestelde model een eigen verklaring indient en geeft daarbij aan welke gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring moeten worden verstrekt.

2. De aanbestedende dienst verlangt niet dat een ondernemer bij zijn verzoek tot deelneming of zijn inschrijving gegevens en inlichtingen op andere wijze verstrekt, indien deze gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring gevraagd kunnen worden.

3. De aanbestedende dienst kan een ondernemer uitsluitend verzoeken bewijsstukken bij de door hem ingediende eigen verklaring te voegen die geen betrekking hebben op gegevens en inlichtingen die in de eigen verklaring gevraagd kunnen worden, tenzij het bewijsstukken betreft die genoemd zijn in artikel 2.93, eerste lid, onderdeel a, voor zover het de in dat onderdeel genoemde lijst betreft, of onderdeel b.

4. Een ondernemer als bedoeld in het eerste lid kan een eerder gebruikte eigen verklaring indienen, mits hij bevestigt dat de daarin opgenomen gegevens nog steeds correct zijn.

10.11. Het Aanbestedingsbesluit luidt, voor zover hier van belang:

Artikel 2

1. In de eigen verklaring, bedoeld in artikel 2.84 van de wet, worden ten minste de volgende gegevens opgenomen:

- a. gegevens over de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf en over de aanbestedingsprocedure;
- b. gegevens over de onderneming;
- c. een verklaring aangaande uitsluitingsgronden;
- d. een verklaring aangaande de gestelde geschiktheidseisen en een verklaring aangaande technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden die milieu betreffen;
- e. een verklaring aangaande de wijze waarop voldaan wordt aan de selectiecriteria;
- f. een verklaring aangaande de juistheid van de ingevulde eigen verklaring en de bevoegdheid van de ondertekenaar;
- g. de datum en de handtekening.

2. (...)

3. Het model of de modellen van de eigen verklaring worden vastgesteld bij ministeriële regeling.

De vennootschap onder firma in het Nederlandse recht

10.12. [Touringcars] heeft de rechtsvorm van een vennootschap onder firma. De vennootschap onder firma is, evenals de maatschap en de commanditaire vennootschap, een personenvennootschap.

10.13. In zijn conclusie van 31 januari 2020 (ECLI:NL:PHR:2020:97) (nummers 3.3-3.8) heeft de procureur-generaal bij de Hoge Raad de personenvennootschap als volgt beschreven.

‘De verschillende personenvennootschappen

3.3 Ons recht kent een drietal personenvennootschappen: de maatschap, de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap (hierna: ‘cv’). Dit zijn bij overeenkomst aangegane samenwerkingsvormen waarbij anders dan bij de rechtspersonen uit Boek 2 BW¹ geen sprake is van instituten. Tegelijkertijd zijn zij soms, en misschien moeten we wel zeggen meer en meer, te beschouwen als entiteiten, zodat de vraag naar rechtspersoonlijkheid en/of rechtssubjectiviteit (nadrukkelijker) rijst. De vof² en de cv zijn gekwalificeerde maatschapsvormen.

3.4 De maatschap is door de wetgever omschreven in art. 7A:1655 BW:

“Maatschap is een overeenkomst, waarbij twee of meerdere personen zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen, met het oogmerk om het daaruit ontstane voordeel met elkaar te delen.”

Een maatschap kan ‘stil’ en ‘openbaar’ zijn; bepalend is of al dan niet onder een gemeenschappelijke naam wordt deelgenomen aan het verkeer. Wordt er onder een gemeenschappelijke naam opgetreden dan is de maatschap openbaar. Is dat niet het geval dan heet zij ‘stil’; derden zijn dan dus niet van het bestaan van de maatschap op de hoogte (zodat zij ook niet met ‘de maatschap’ contracteren). De vof en de cv zijn beide species van het genus openbare maatschap. In art. 16 WvK³ is de vof als volgt omschreven:

“De vennootschap onder een firma is de maatschap, tot de uitoefening van een bedrijf onder een gemeenschappelijke naam aangegaan.”

De vof is dus een maatschap ter uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam. De cv kan omschreven worden als een vennootschap die wordt aangegaan tussen hoofdelijk verbonden vennoten en (één of meer) commanditaire vennoten (vgl. art. 19 WvK). Deze laatsten (ook wel stille vennoten of commandieten genoemd) brengen wel risicodragend vermogen in de gemeenschap, maar zijn niet bevoegd om voor rekening van de vennootschap handelingen te verrichten. Ook de cv is een gekwalificeerde maatschap: een maatschap waarbij onder gemeenschappelijke naam een bedrijf wordt uitgeoefend (voor de cv gelden dus dezelfde vereisten als voor de vof (randnummer 3.6)), zij het dat die bedrijfsuitoefening mede voor rekening van vennoten komt die niet extern aansprakelijk zijn. Hiermee onderscheidt de cv zich van de vof; waar deze laatste enkel beherende vennoten heeft, kent de cv ook nog één of meer stille vennoten.

3.5 Uit het samenspel van de zojuist genoemde art. 16 WvK en art. 7A:1655 BW volgt dat de vof:

- a) een overeenkomst is,
- b) gericht op de samenwerking tussen twee of meerdere personen,
- c) die zich verbinden om iets in gemeenschap te brengen,
- d) teneinde een gemeenschappelijk voordeel te behalen,
- e) welke samenwerking dient tot uitoefening van een bedrijf, en
- f) die aangegaan is onder een gemeenschappelijke naam.

De wet stelt geen formele ontstaansvereisten waar het maatschap, vof en cv betreft. Zodra het samenwerkingsverband aan de omschrijving van art. 7A:1655 BW en/of art. 16 of 19 WvK voldoet, kan deze gekwalificeerd worden als een maatschap, een vof of een cv. Voor de vof (en de cv) schrijft de wet nog wel voor dat deze wordt aangegaan bij authentieke of onderhandse akte (art. 22 WvK) en dat zij in het handelsregister wordt ingeschreven (art.

¹ Burgerlijk Wetboek, hier geciteerd in hedendaagse spelling

² Vennootschap onder firma

³ Wetboek van Koophandel, hier steeds geciteerd in hedendaagse spelling

23 WvK), maar dit zijn dus geen constitutieve vereisten. Het aktevereiste heeft slechts een bewijsfunctie (art. 157 Rv⁴) en het inschrijvingsvereiste dient ter bescherming van derden (rechtszekerheid).

Vertegenwoordigingsbevoegdheid en hoofdelijke verbondenheid van de vennoten

3.6 Art. 17 lid 1 WvK bepaalt dat, behoudens andersluidende contractuele afspraak, iedere vennoot bevoegd is om namens de vof te handelen:

“Elk van de vennoten, die daarvan niet is uitgesloten, is bevoegd ten name van de vennootschap te handelen, gelden uit te geven en te ontvangen, en de vennootschap aan derden, en derden aan de vennootschap te verbinden.”

Wat de rechtsgevolgen betreft is art. 18 WvK van belang:

“In vennootschappen onder een firma is elk der vennoten, wegens de verbintenissen van de vennootschap, hoofdelijk verbonden.”

De vennoten zijn dus hoofdelijk verbonden in de zin van art. 6:6 lid 2 BW, hetgeen inhoudt dat iedere vennoot voor het geheel aansprakelijk is ter zake van de schulden van de vennootschap.’

10.14. In zijn arrest van 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:649 (UWV/bewindvoerder), heeft de Hoge Raad het volgende tot uitgangspunt genomen over de vennootschap onder firma:

‘3.4.1

Een vof is een bij overeenkomst aangegane rechtsverhouding strekkende tot de uitoefening van een bedrijf onder gemeenschappelijke naam in een duurzaam samenwerkingsverband (vgl. art. 16 WvK in verbinding met art. 7A:1655 BW). Aan de vof komt naar geldend recht geen rechtspersoonlijkheid toe. Wet en rechtspraak kennen niettemin tot op zekere hoogte in het rechtsverkeer aan de vof een zelfstandige positie toe ten opzichte van de afzonderlijke vennoten. Zo kan een vof op eigen naam in rechte optreden (art. 51 lid 2 Rv) en kan zij op eigen naam failliet verklaard worden (art. 4 lid 3 Fw). Verder is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het voor het bedrijf van de vof bestemde vermogen van de vennoten afgescheiden van hun privévermogens. Op dit afgescheiden vermogen kunnen schulden, aangegaan in het kader van het door de vof uitgeoefende bedrijf, worden verhaald. Het faillissement van de vof ziet op de vereffening en verdeling van het afgescheiden vermogen en brengt niet steeds en zonder meer het faillissement mee van de vennoten. (...)

3.4.2

Het ontbreken van rechtspersoonlijkheid brengt mee dat een vof niet zelfstandig draagster is van subjectieve rechten en verplichtingen. Wanneer een vennoot handelt in naam van de vof (waartoe iedere vennoot op grond van art. 17 WvK in beginsel bevoegd is), handelt hij namens de gezamenlijke vennoten en bindt hij de gezamenlijke vennoten. Een overeenkomst ‘met de vof’ moet dan ook worden aangemerkt als een overeenkomst met de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid van vennoten (...).

3.4.3

Art. 18 WvK bepaalt dat ieder van de vennoten hoofdelijk verbonden is wegens de verbintenissen van de vennootschap. Deze bepaling brengt mee dat iedere vennoot voor het geheel aansprakelijk is ter zake van de verbintenissen van de gezamenlijke vennoten in hun

⁴ Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

hoedanigheid van vennoten. Art. 18 WvK vormt aldus een uitzondering op het in art. 6:6 lid 1 BW neergelegde uitgangspunt dat indien een prestatie door twee of meer schuldenaren is verschuldigd, zij ieder voor een gelijk deel verbonden zijn. Art. 18 WvK bewerkstelligt derhalve een hoofdelijke verbondenheid van de vennoten onderling en niet een hoofdelijke verbondenheid van iedere vennoot met de vof (de gezamenlijke vennoten).

3.4.4

Een schuldeiser van de gezamenlijke vennoten kan zijn vordering zowel geldend maken tegen de gezamenlijke vennoten ('tegen de vof'), als tegen iedere vennoot afzonderlijk. Een vennootschapscrediteur heeft aldus jegens iedere vennoot twee samenlopende vorderingsrechten: één jegens de gezamenlijke vennoten ('jegens de vof'), dat verhaalbaar is op het afgescheiden vermogen van de vof, en één jegens de vennoot persoonlijk, dat verhaalbaar is op het privévermogen van deze vennoot. Tegen eerstgenoemde vordering kan een vennoot niet de aan hem persoonlijk toekomende verweermiddelen aanvoeren, tegen laatstgenoemde wel. Een op naam van de vof gewezen vonnis waarbij een vordering uitsluitend tegen de vof is toegewezen, kan geen gezag van gewijsde krijgen jegens een vennoot persoonlijk en niet worden tenuitvoergelegd ten laste van diens privévermogen. Een schuldeiser van de vof kan zowel de vof (de gezamenlijke vennoten in hun hoedanigheid) aanspreken als een of meer vennoten in privé; hij kan dat ook beide – na elkaar of gelijktijdig – doen. (...).

Vragen van uitleg

10.15. In dit geval zijn de vennoten ([K] B.V. en [F] Touringcars B.V.) zelf ondernemers, die met een eigen onderneming ook zelf actief zijn op dezelfde markt als de onderneming (de vennootschap onder firma) die heeft ingeschreven ([Touringcars]). [REDACTED] heeft daarbij aangevoerd dat [Touringcars] gebruik maakt van middelen die vanuit de eigen ondernemingen van de vennoten aan [Touringcars] ter beschikking worden gesteld. De gemeenten hebben dit weersproken.

10.16. Het is van belang dat de aanbestedende dienst kan toetsen of de ondernemer die een opdracht wil uitvoeren, moet worden uitgesloten en of hij voldoet aan geschiktheidseisen, specifieke voorwaarden en selectiecriteria. Als personen duurzaam en onder een gemeenschappelijke naam samenwerken in een afzonderlijke, gezamenlijke onderneming, rijst de vraag of de toets beperkt mag blijven tot alleen de gezamenlijke onderneming of dat de toets ook betrekking moet hebben op ieder van de samenwerkende personen.

10.17. De kernvraag is wanneer een ondernemer, indien daarin personen (natuurlijke personen en/of rechtspersonen) samenwerken, mag volstaan met het indienen van één UEA. Dit vereist uitleg van de artikelen 2, 19, 59 en 63 van Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 en van de Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7. De vragen van uitleg van de artikelen 2, 19, 59 en 63 van Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 en van de Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7, die voortvloeien uit de kernvraag, formuleert het hof hierna in 11.1.

10.18. Het hof zal elke verdere beslissing aanhouden. In afwachting van de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie EU, zal het hof de zaak ambtshalve op de rol doorhalen. Het geding kan na het beantwoorden van de prejudiciële vragen op verzoek van ieder van partijen worden hervat door de zaak weer op de rol te laten brengen voor nadere memorie aan de zijde van beide partijen.

11. De uitspraak

Het hof:

11.1. verzoekt het Hof van Justitie EU uitleg te geven van de artikelen 2, 19, 59 en 63 van Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 en van de Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 door uitspraak te doen over de volgende vragen:

1. Als samenwerkende personen (natuurlijke personen en/of rechtspersonen) een gezamenlijke onderneming hebben (in dit geval in de vorm van een vennootschap onder firma):
 - moet ieder van de samenwerkende personen dan afzonderlijk een Uniform Europees Aanbestedingsdocument indienen; of
 - moeten ieder van de samenwerkende personen én hun gezamenlijke onderneming dan afzonderlijk een Uniform Europees Aanbestedingsdocument indienen; of
 - behoeft alleen de gezamenlijke onderneming dan één Uniform Europees Aanbestedingsdocument in te dienen?
 2. Maakt het hierbij verschil:
 - of de gezamenlijke onderneming tijdelijk of niet tijdelijk (duurzaam) is;
 - dat de samenwerkende personen zelf ondernemers zijn;
 - dat de samenwerkende personen een eigen onderneming exploiteren die soortgelijk is aan de gezamenlijke onderneming, althans op dezelfde markt actief is;
 - dat de gezamenlijke onderneming geen rechtspersoon is;
 - dat de gezamenlijke onderneming wel een (van het vermogen van de vennoten) afgescheiden (en voor verhaal vatbaar) vermogen kan hebben;
 - of de gezamenlijke onderneming naar nationaal recht bevoegd is om de samenwerkende personen te vertegenwoordigen bij het beantwoorden van de vragen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument;
 - dat naar nationaal recht bij een vennootschap onder firma het de vennoten zijn die de verplichtingen uit hoofde van de opdracht op zich nemen en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het nakomen daarvan (en dus niet de vennootschap onder firma zelf)?
 3. Indien meerdere van de hiervoor onder 2 genoemde factoren van betekenis zijn, hoe verhouden deze factoren zich dan tot elkaar? Zijn bepaalde factoren van grotere betekenis dan andere factoren of zelfs van doorslaggevende betekenis?
 4. Is het juist dat bij een gezamenlijke onderneming in elk geval een afzonderlijke Uniform Europees Aanbestedingsdocument is vereist van een samenwerkende persoon, indien voor het uitvoeren van de opdracht (ook) gebruik zal worden gemaakt van middelen die tot de eigen onderneming van deze persoon behoren (zoals personeel en bedrijfsmiddelen)?
 5. Moet de gezamenlijke onderneming aan bepaalde eisen voldoen om als één ondernemer te kunnen worden beschouwd? Zo ja, welke eisen zijn dit?
- 11.2. bepaalt dat de zaak ambtshalve op de rol wordt doorgehaald;

11.3. houdt elke verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. W.J.J. Los, A.L. Bervoets en M.W.M. Souren en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 5 oktober 2021.

griffier

rolraadsheer