



Datum van  
inontvangstneming

:

30/01/2025

**Zaak C-812/24****Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

26 november 2024

**Verwijzende rechter:**

Supremo Tribunal Administrativo (Portugal)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

12 september 2024

**Verweersters in eerste aanleg en verzoeksters tot cassatie:**

LIPOR — Associação de Municípios para a Gestão Sustentável de Resíduos do Grande Porto

PREZERO Portugal, S. A.

**Verzoekster in eerste aanleg en verweerster in cassatie:**

Semural Waste &amp; Energy, S. A.

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Uitlegging van artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65) (hierna: „richtlijn 2014/24”). In het bijzonder wenst de verwijzende rechter te vernemen of het feit dat de activiteit waarop de in casu aan de orde zijnde aanbesteding betrekking heeft, wordt uitgevoerd door een onderneming die volledig in handen is van de inschrijver die de voordeligste inschrijving heeft ingediend, moet worden gekwalificeerd als een „beroep op de draagkracht van andere entiteiten” in de zin van voornoemd artikel 63 en of de „verbintenis” van die onderneming als zodanig verplicht moest worden ingediend, dan wel of het een activiteit betreft die niet onder die uitdrukking valt, omdat het geen „onderaanneming” van die activiteit betreft.

## **Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

Verzoek om een prejudiciële beslissing op grond van artikel 267, eerste alinea, onder b), VWEU betreffende de vraag op welke wijze artikel 63 van richtlijn 2014/24 moet worden uitgelegd.

### **Prejudiciële vragen**

- 1) Moet artikel 63, lid 1, van richtlijn [2014/24/EU] aldus worden uitgelegd dat een situatie waarin een ondernemer bij de uitvoering van een opdracht gebruik wil maken van de uitrusting van een onderneming (onafhankelijke rechtspersoon) waarvan het aandelenkapitaal volledig in handen van de ondernemer is en waarvan een van de bestuurders tevens bestuurder van de ondernemer is, een „beroep op de draagkracht van andere entiteiten” vormt?
- 2) Indien wordt geoordeeld dat is voldaan aan het wettelijke vereiste betreffende een beroep op de draagkracht van andere entiteiten, moet het feit dat de ondernemer bij de inschrijving geen [Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA)] heeft ingediend voor de onderneming die hij volledig in handen heeft, dan worden bestraft met uitsluiting van de aanbestedingsprocedure?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht en rechtspraak van het Hof**

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65), in het bijzonder overweging 84, artikel 59 en artikel 63, lid 1.

Arrest van 14 januari 2016, *Ostas celtnieks* (C-234/14, EU:C:2016:6).

Arrest van 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz* (C-324/14, EU:C:2016:214).

Arrest van 10 november 2022, *Taxi Horn Tours* (C-631/21, EU:C:2022:869).

Beschikking van 10 januari 2023, *Ambisig* (C-469/22, EU:C:2023:25).

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, que aprova o Código dos Contratos Públicos, que estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo [besluit met kracht van wet nr. 18/2008 van 29 januari 2008 tot goedkeuring van de Código dos Contratos Públicos (wetboek overheidsopdrachten) houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op overheidsopdrachten en van de materiële regels inzake overheidsopdrachten

die het karakter van een bestuursrechtelijke overeenkomst hebben; hierna: „CCP”], zoals gewijzigd bij besluit met kracht van wet nr. 78/2022 van 7 november 2022 (*Diário da República*, serie I, nr. 20 van 29 januari 2008), in het bijzonder: artikel 51, artikel 57, leden 1 en 6, artikel 70, lid 2, onder a), artikel 146, lid 2, onder d), en artikel 168, lid 4.

### **Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding**

- 1 Bij besluit van 29 mei 2023 van de raad van bestuur van LIPOR – Associação de Municípios para a Gestão Sustentável de Resíduos do Grande Porto (hierna: „LIPOR”) is een openbare aanbestedingsprocedure met internationale bekendmaking ingeleid voor de gunning van een opdracht voor de „verlening van diensten voor het vervoer en de verwijdering van slakken afkomstig van de energierterugwinningsinstallatie” en zijn de aanbestedingsdocumenten, waaronder het aanbestedingsdossier en het bestek, goedgekeurd.
- 2 Semural Waste & Energy, SA (hierna: „Semural” of „verweerster in cassatie”) en PreZero Portugal, S.A. (hierna: „PreZero” of „andere partij in het geding”) hebben op de aanbesteding ingeschreven, waarbij de inschrijving van PreZero als de economisch voordeligste werd beschouwd.
- 3 Op 31 juli 2023 heeft de raad van bestuur van LIPOR besloten de aanbesteding te gunnen aan PreZero.
- 4 Semural was het niet eens met dit gunningsbesluit en heeft daarom bij de Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (administratieve en fiscale rechter Porto, Portugal; hierna: „TAF do Porto”) een precontractueel administratief beroep ingesteld, strekkende tot *i) nietigverklaring van het besluit waarbij de opdracht voor de „verlening van diensten voor het vervoer en de verwijdering van slakken afkomstig van de energierterugwinningsinstallatie” aan PreZero is gegund; ii) uitsluiting van de inschrijving van PreZero; iii) gunning van de opdracht aan Semural Waste & Energy, en, subsidiair, vaststelling van onwettigheid van de regels voor de beoordeling van de gunningscriteria.*
- 5 Bij vonnis van de TAF do Porto van 9 november 2023 werd het beroep toegewezen en werd het besluit van 31 juli 2023 van de raad van bestuur van LIPOR tot gunning van de opdracht aan PreZero bijgevolg nietig verklaard; LIPOR werd gelast de inschrijving van PreZero uit te sluiten van de aanbesteding en de opdracht aan Semural te gunnen.
- 6 LIPOR en PreZero (hierna gezamenlijk: „verzoeksters tot cassatie”) hebben hoger beroep ingesteld bij de Tribunal Central Administrativo Norte (centrale bestuursrechter Noord-Portugal, Portugal; hierna „TCA Norte”), die beide beroepen bij arrest van 16 februari 2024 heeft verworpen en het bestreden vonnis heeft bevestigd.

- 7 Daar zij het niet eens waren met het arrest van de TCA Norte, hebben LIPOR en PreZero op grond van een kennelijk onjuiste uitlegging en toepassing van het recht het onderhavige cassatieberoep ingesteld bij de Supremo Tribunal Administrativo (hoogste bestuursrechter, Portugal), de verwijzende rechter.
- 8 Volgens artikel 1 van het goedgekeurde aanbestedingsdossier moest de geselecteerde inschrijver 75 000 (vijfenzeventigduizend) ton slakken afkomstig van de energieterugwinningsinstallatie vervoeren naar en verwijderen op een stortplaats voor ongevaarlijke afvalstoffen. In artikel 9, met als opschrift „Inschrijvingsdocumenten”, was bepaald dat inschrijvingen onder meer de volgende documenten moesten omvatten: het Uniform Europees Aanbestedingsdocument; een prijsopgave en, „in geval van onderaanneming, een verklaring van de inschrijver waarin de in onderaanneming te geven diensten worden vermeld, vergezeld van een verklaring van de onderaannemers waarin zij zich ertoe verbinden de werken waarvoor zij zijn aangewezen, onvoorwaardelijk uit te voeren”.
- 9 In de inschrijving van PreZero werd voorgesteld om alle werken waarop de aanbesteding betrekking had, uit te voeren door opnieuw gebruik te maken van een daartoe naar behoren vergunde stortplaats van de onderneming Valor RIB – Indústria de Resíduos, Unipessoal, Lda. (hierna: „Valor RIB”). Hoewel de behandeling, de nuttige toepassing en de verwijdering van de afvalstoffen op die stortplaats moesten plaatsvinden, heeft de belanghebbende partij bij haar inschrijving geen verklaring van onderaanneming gevoegd en, bovenal, geen verbintenis van deze eventuele onderaannemer.
- 10 Valor RIB is een onderneming die volledig in handen is van PreZero (de enige aandeelhouder van de onderneming) en een van haar bestuurders is tevens bestuurder bij PreZero. Dit blijkt duidelijk uit het elektronische uittreksel uit het handelsregister dat PreZero voor Valor RIB heeft ingediend.
- 11 PreZero heeft bij haar inschrijving geen door Valor RIB ondertekende verbintenis gevoegd, zoals vereist door artikel 9, lid 1, onder l), van het aanbestedingsdossier.
- 12 Zowel de TAF do Porto als de TCA Norte waren van oordeel dat Valor RIB een onderaannemer van PreZero was, zodat PreZero de verbintenis had moeten voorleggen die onderaannemers moeten indienen krachtens artikel 9, lid 1, onder l), van het aanbestedingsdossier, artikel 168, lid 4, CCP en artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24. Het ontbreken van deze verbintenis is een grond voor uitsluiting van de inschrijving krachtens artikel 146, lid 2, onder d), CCP.
- 13 Verzoeksters tot cassatie zijn echter van mening dat de rechtsbetrekking tussen PreZero en Valor RIB een „zeggenschapsverhouding” is, zodat niet kan worden gesproken van onderaanneming tussen beide. Zij wijzen erop dat Valor RIB geen onderaannemer van de andere partij in het geding is en als zodanig derhalve niet kan worden verplicht een verbintenis in te dienen, zodat er geen geldige rechtsgrondslag is om haar van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 14 Verzoeksters tot cassatie betogen dat een onderneming die volledig in handen is van de inschrijver, niet kan worden beschouwd als een onderaannemer en dat de wettelijke vereisten voor situaties waarin wél sprake is van onderaanneming, derhalve niet op haar van toepassing zijn.
- 15 Voorts zijn zij van mening dat moet worden nagegaan of, in het licht van het Unierecht en met name de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, de verplichting om de verbintenis van derden samen met de inschrijvingen in te dienen, blijft bestaan in het kader van een openbare aanbesteding met internationale bekendmaking, dan wel of een dergelijk vereiste alleen geldt in het kader van een niet-openbare aanbestedingsprocedure met voorafgaande selectie.
- 16 Zelfs indien wordt geconcludeerd dat een dergelijk vereiste van toepassing is op procedures zonder voorafgaande selectie, blijft het volgens verzoeksters tot cassatie nog steeds absoluut cruciaal om na te gaan of de niet-naleving van dat vereiste al dan niet een grond vormt voor de uitsluiting van de inschrijving waarbij geen verbintenis is gevoegd.
- 17 Volgens verzoeksters tot cassatie heeft de TCA Norte (en daarvoor de TAF do Porto) Valor RIB ten onrechte als onderaannemer van de andere partij in het geding beschouwd. Zij zijn van mening dat de TCA Norte de wettelijke regeling die aan de figuur onderaanneming ten grondslag ligt, onjuist heeft toegepast door uit te gaan van de opvatting dat de kwalificatie van een onderneming als onderaannemer uitsluitend afhangt van de omvang en de mate van haar betrokkenheid bij de door de inschrijver verrichte diensten.
- 18 Op basis van deze onjuiste premisse heeft de TCA Norte geoordeeld dat PreZero de verbintenis van Valor RIB bij haar inschrijving had moeten voegen, in overeenstemming met artikel 9, lid 1, onder l), van het aanbestedingsdossier en artikel 57, lid 1, CCP. Aangezien dit niet is gebeurd, was er dus een grond om de door PreZero ingediende inschrijving uit te sluiten overeenkomstig artikel 70, lid 2, onder a), en artikel 146, lid 2, onder d), CCP.
- 19 Verzoeksters tot cassatie wijzen erop dat de TCA Norte ter onderbouwing van zijn uitspraak drie vragen heeft geformuleerd, die hij volstrekt onjuist heeft beantwoord, met betrekking tot: i) de daadwerkelijke kwalificatie van Valor RIB als onderaannemer – die door die rechter is bevestigd, ii) de daadwerkelijke verplichting voor de belanghebbende partij om haar inschrijving vergezeld te doen gaan van een door Valor RIB ondertekende verbintenis overeenkomstig artikel 9, lid 1, onder l), van het aanbestedingsdossier – welke verplichting door die rechter is bevestigd, en iii) de daadwerkelijke toetsing van de niet-indiening van deze verbintenis als uitsluitingsgrond – ten aanzien waarvan de rechter heeft geoordeeld dat, aangezien deze verplichting bestaat en niet was nagekomen, de inschrijving van de andere partij in het geding had moeten worden uitgesloten krachtens artikel 70, lid 2, onder a), en artikel 146, lid 2, onder d), CCP.

- 20 Wat de eerste geformuleerde vraag betreft, heeft de TCA Norte verklaard dat voor de beoordeling of een onderneming al dan niet een onderaannemer is, alleen een analyse moet worden verricht van het voorwerp en het doel van de activiteit die zij in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht ontplooit.
- 21 In dit verband zijn verzoeksters tot cassatie van mening dat de TCA Norte geen rekening heeft gehouden met de juridische aard van onderaanneming, voor zover deze wordt geacht een bilaterale rechtshandeling te vormen. Voorts benadrukken zij dat het duidelijk is dat bij onderaanneming niet zozeer moet worden gekeken naar een eventueel materieel vereiste (het doel van de activiteit van de onderaannemer), maar dat moet worden nagegaan of er een werkelijke juridisch-contractuele band bestaat.
- 22 Er bestaat echter geen overeenkomst tussen PreZero en Valor RIB voor het vervoer en de verwijdering van slakken, hetgeen voldoende reden is om aan te nemen dat Valor RIB geen onderaannemer van PreZero is.
- 23 De enige band die aan beide ondernemingen kan worden toegeschreven, bestaat erin dat PreZero de enige aandeelhouder van Valor RIB is, hetgeen – gezien de vaststelling dat PreZero de volledige zeggenschap over Valor RIB heeft – juist rechtvaardigt dat voor de uitvoering van de betrokken overheidsopdracht generlei onderaannemingsovereenkomst is gesloten (of zelfs hoefde te worden gesloten), waardoor Valor RIB niet als „onderaannemer” kan worden beschouwd.
- 24 Met betrekking tot de tweede vraag, over de daadwerkelijke verplichting van de andere partij in het geding om haar inschrijving vergezeld te doen gaan van de door Valor RIB ondertekende verbintenis, betogen verzoeksters tot cassatie dat de TCA Norte is uitgegaan van een onjuiste premisse, te weten de kwalificatie van Valor RIB als onderaannemer, terwijl zij in feite niet voldoet aan de wettelijke vereisten daarvoor.
- 25 Anders dan in het bestreden arrest is geoordeeld, dient de (vermeende) verplichting om de door Valor RIB ondertekende verbintenis als bedoeld in artikel 9, lid 1, onder l), van het aanbestedingsdossier bij de inschrijving van de andere partij in het geding te voegen, wel degelijk te worden onderzocht, rekening houdend met het feit dat het gaat om een openbare aanbesteding met internationale bekendmaking.
- 26 Verzoeksters tot cassatie betogen dat bij het onderzoek van deze vraag rekening moet worden gehouden met richtlijn 2014/24, en met name met overweging 84 daarvan, waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar procedures in twee fasen en waarin begrippen worden gebruikt die zijn voorbehouden aan procedures met voorafgaande selectie. Uit deze overweging volgt dus uitdrukkelijk dat de verbintenis alleen in geval van procedures met voorafgaande selectie bij de inschrijving moet worden gevoegd.
- 27 Op nationaal niveau is in de Portugese rechtsleer bovendien uitgelegd dat de verbintenis van derden in het kader van dergelijke procedures met voorafgaande

selectie bijzonder belangrijk is, aangezien met dit document de kwalificatie van de gegadigde wordt bewezen.

- 28 Volgens verzoeksters tot cassatie was de belanghebbende partij, anders dan de TCA Norte heeft geoordeeld, echter niet verplicht om de verbintenis van Valor RIB bij haar inschrijving te voegen, aangezien de bepalingen van de artikelen 59 en 63 van richtlijn 2014/24, uitgelegd in overeenstemming met de werkelijke betekenis en strekking van overweging 84, niet van toepassing waren op het betrokken soort procedure (openbare aanbesteding met internationale bekendmaking).
- 29 In de overige procedures, zoals die in casu, moet de verbintenis van derden immers pas in een fase na de gunning worden ingediend, namelijk in de fase waarin de verbintenissen als bedoeld in artikel 77, lid 2, onder c), CCP worden bevestigd.
- 30 Verzoeksters tot cassatie wijzen er ook op dat, zelfs indien het een onderneming zou betreffen die daadwerkelijk in onderaanneming werkt, de aard zelf van de in artikel 9, lid 1, onder l), van het aanbestedingsdossier vereiste verbintenis meebrengt dat deze niet van meet af aan in de fase van de indiening van de inschrijvingen kan worden verlangd, aangezien in de fase van de indiening van de inschrijvingen in het kader van een openbare aanbesteding zonder voorafgaande selectie niet kan worden verlangd dat een verbintenis wordt overgelegd waarin de precieze door de derde verrichte diensten worden beschreven, daar dit pas na de gunning van de opdracht kan worden verlangd.
- 31 Gelet op de juridische incoherentie tussen het in punt l) bedoelde bewijsvereiste en de werkelijke juridische aard van de verbintenissen, die betrekking hebben op een aspect dat verband houdt met de geschiktheid van de inschrijver en niet met de gunning, merken verzoeksters tot cassatie op dat moet worden bepaald welke wettelijke regeling voorrang heeft, gelet op de regeling van artikel 51 CCP.
- 32 Na een analyse van deze regeling zijn verzoeksters tot cassatie van mening dat het duidelijk is dat het documentvereiste van artikel 9, lid 1, onder l), van het aanbestedingsdossier overeenkomstig de CCP niet geldt voor derden, en dat derhalve moet worden geconcludeerd dat derden alleen verplicht zijn de verbintenis in te dienen wanneer de verbintenissen van derden worden bevestigd.
- 33 Daarom kan het ontbreken van een dergelijke verbintenis nooit leiden tot uitsluiting van de inschrijving en moet de in die zin gewezen beslissing worden herroepen.
- 34 Wat de derde vraag betreft, en ingeval deze vraag niet wordt beantwoord zoals hierboven uiteengezet, moet worden onderzocht of het ontbreken van de verbintenis kan leiden tot de uitsluiting van de inschrijving overeenkomstig artikel 70, lid 2, onder a), en artikel 146, lid 2, onder d), CCP.



- 35 Gelet op de inhoud van deze bepalingen moet worden beoordeeld of de betrokken verbintenis op zichzelf een kenmerk, een criterium of een voorwaarde van de inschrijving vormt [zoals vereist door artikel 57, lid 1, onder b) en c), CCP], aangezien niet-indiening van de verbintenis alleen in dat geval tot uitsluiting van de inschrijving op grond van artikel 70, lid 2, onder a), CCP zou kunnen leiden.
- 36 Anders dan de TCA Norte heeft geoordeeld, wijzen verzoeksters tot cassatie erop dat de verbintenis niet wordt vereist op grond van artikel 57, lid 1, onder b) en c), CCP, aangezien die bepaling niet rechtstreeks naar een kenmerk, een criterium of een voorwaarde van de inschrijving verwijst.
- 37 Voor de beoordeling van de inschrijving van de belanghebbende partij met betrekking tot „Factor F3 – Organisatie en personele en materiële middelen voor de uitvoering van de opdracht” is het relevante document voor wat derden betreft namelijk niet de in casu aan de orde zijnde verbintenis, maar de eigen verklaring van de inschrijver waarin wordt vermeld welke diensten door een derde zullen worden verleend.
- 38 Derhalve kan geenszins worden geconcludeerd dat de niet-indiening van deze verbintenis neerkomt op de niet-inaanmerkingneming van een kenmerk die de uitsluiting van de inschrijving zou rechtvaardigen.
- 39 Verzoeksters tot cassatie wijzen er ook op dat de niet-indiening van de verbintenis evenmin kan neerkomen op niet-naleving van een criterium of een voorwaarde, aangezien in de inschrijving van de andere partij in het geding is vermeld onder welke voorwaarden de prestaties door Valor RIB moeten worden verricht, met name in het document dat is ingediend om te voldoen aan de vereisten van artikel 9, lid 1, onder f), van het aanbestedingsdossier, waardoor de door de andere partij in het geding ingediende inschrijving nooit kan worden uitgesloten op grond van artikel 70, lid 2, onder a), CCP, voor zover daarin op geen enkele wijze niet is voldaan aan enig kenmerk, enig criterium of enige voorwaarde van de inschrijving. Zelfs indien – louter als academische hypothese – zou worden aanvaard dat het verplicht is de verbintenis van Valor RIB bij de inschrijving van de andere partij in het geding te voegen, zou de niet-indiening van die verbintenis nooit kunnen leiden tot de uitsluiting van die inschrijving in het licht van artikel 146, lid 2, onder d), CCP.
- 40 Gelet op de bestaande rechtspraak en de nationale doctrine kan de niet-indiening van de verbintenis alleen leiden tot de uitsluiting van die inschrijving op grond van artikel 146 CCP wanneer de verbintenis een kenmerk [overeenkomstig artikel 57, lid 1, onder a), CCP] of een criterium of een voorwaarde [overeenkomstig artikel 57, lid 1, onder b), CCP] vormt.
- 41 Deze verbintenis heeft betrekking op de loutere uitvoering van de diensten, dit wil zeggen dat de onderaannemer enkel verklaart dat hij de diensten zal uitvoeren die de inschrijver in zijn inschrijving heeft aangegeven. De verbintenis als bedoeld in artikel 168, lid 4, CCP en artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 betreft de

minimale vereisten inzake technische bekwaamheid van de derde waarop de inschrijver een beroep doet in het kader van niet-openbare aanbestedingsprocedures met voorafgaande selectie. Opgemerkt zij dat artikel 168 is opgenomen in hoofdstuk III betreffende de niet-openbare aanbestedingsprocedure met voorafgaande selectie en niet in het hoofdstuk betreffende de openbare aanbestedingsprocedure (die in casu aan de orde is). Artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 bepaalt: „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.”

- 42 Artikel 168, lid 4, CCP en artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 vestigen tevens de aandacht op enerzijds de „aard van de band” tussen de inschrijver en de derde waarop hij een beroep doet voor de uitvoering van een deel van de aanbestede diensten, en anderzijds het „bewijs van het bestaan van de band”.
- 43 In deze context was de TCA Norte van oordeel dat de ondernemer Valor RIB niet anders dan als „onderaannemer” kon worden gekwalificeerd, aangezien zijn betrokkenheid veel verder ging dan het louter verwijderen van slakken en tevens de behandeling en terugwinning van de in de energietrugwinningsinstallatie geproduceerde slakken met het oog op een mogelijk toekomstig hergebruik ervan behelsde.
- 44 Verzoeksters tot cassatie verzetten zich tegen deze conclusie, aangezien het feit dat PreZero een beroep doet op Valor RIB voor de uitvoering van taken op het gebied van behandeling en terugwinning van slakken, volgens hen niet betekent dat de aard van de band tussen hen onvermijdelijk neerkomt op een onderaanneming, daar het volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, zoals uiteengezet door Pedro Costa Gonçalves in *Direito dos Contratos Públicos*, 5e uitgave, blz. 754/755, „kan gaan om een samenwerkingsovereenkomst van een ander type, zoals een overeenkomst voor de leasing van machines of de terbeschikkingstelling van personeel. Het is zelfs mogelijk dat er geen overeenkomst tussen de gegadigde en de derde bestaat.”
- 45 Verweerster blijft van haar kant bij haar standpunt dat Valor RIB als onderaannemer van PreZero moet worden beschouwd en betoogt dat het ingestelde beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard of, bij gebreke

daarvan, moet worden verworpen en dat het bestreden arrest moet worden bevestigd.

### **Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 46 De verwijzende rechter is van oordeel dat in casu uitsluitend de vraag moet worden opgehelderd of het feit dat de verwijdering van slakken (die het voorwerp uitmaakt van de opdracht waarvan de aanbesteding de kern van het onderhavige geding vormt) wordt uitgevoerd door de onderneming Valor RIB, waarvan het aandelenkapitaal volledig in handen is van de inschrijver, al dan niet moet worden gekwalificeerd als een „beroep op de draagkracht van andere entiteiten” in de zin van artikel 63 van richtlijn 2014/24, en of de „verbintenis” van Valor RIB als zodanig verplicht samen met de inschrijving moest worden ingediend (zoals de rechters in eerdere aanleg hebben geoordeeld), dan wel of vanwege de in casu aan de orde zijnde rechtsbetrekking tussen de ondernemingen vrijstelling van deze formaliteit wordt verleend, aangezien het antwoord op deze vraag, in de ene of de andere zin, bepalend is voor de uitkomst van de ingestelde cassatieberoepen, alsook voor de gegrondheid van het precontractuele administratieve beroep.
- 47 Hij wenst te vernemen of de rechtsbetrekking die met het oog op de verwijdering van slakken tot stand zal worden gebracht tussen de inschrijver PreZero en de onderneming Valor RIB, die volledig in handen is van PreZero, onder het rechtsbegrip „beroep op de draagkracht van andere entiteiten” valt, zoals is geoordeeld in het bestreden arrest, waarin het standpunt van de TAF do Porto is bevestigd, dan wel of het, zoals verzoeksters tot cassatie stellen, een activiteit betreft die niet onder dat rechtsbegrip valt omdat die rechtsbetrekking geen „onderaanneming” van die activiteit vormt.
- 48 Voorts moet worden nagegaan of de „zeggenschapsverhouding” tussen voornoemde ondernemingen een reden is om uit te sluiten dat sprake is van een beroep op de draagkracht van andere entiteiten en, als zodanig, PreZero ontslaat van de verplichting om de informatie betreffende Valor RIB in het uniform aanbestedingsdocument te verstrekken, dan wel of die verhouding op zich toelaat dat de niet-verstrekking van deze informatie een formele onregelmatigheid wordt die de inschrijving niet ongeldig maakt en dus geen rechtvaardiging vormt om de inschrijving van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten in overeenstemming met en met het oog op de uitlegging van artikel 70, lid 2, onder a), CCP volgens het Unierecht.
- 49 Uit de analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie op dit gebied blijkt dat deze niet volstaat om volledig te verduidelijken welke uitlegging de Supremo Tribunal Administrativo moet volgen om deze zaak te beslechten.
- 50 Bij beschikking van 10 januari 2023, Ambisig (C-469/22, EU:C:2023:25), heeft het Hof van Justitie naar aanleiding van een eveneens door de Supremo Tribunal Administrativo ingediend verzoek om een prejudiciële beslissing een aantal

criteria verduidelijkt voor de correcte beslechting van nationaalrechtelijke geschillen in het kader waarvan de regels van de CCP moeten worden toegepast in overeenstemming met het Unierecht.

- 51 Het Hof van Justitie heeft toen verklaard dat de verplichting voor een ondernemer die voor de uitvoering van een overheidsopdracht een beroep doet op de draagkracht van een andere entiteit, om de bewijsstukken van geschiktheid van die entiteit en de verbintenis van die entiteit aan de aanbestedende dienst over te leggen *voordat het gunningsbesluit wordt genomen*, geldt voor alle aanbestedingsprocedures, met inbegrip van openbare aanbestedingsprocedures, en niet alleen voor niet-openbare aanbestedingsprocedures met voorafgaande selectie, waar een dergelijke verplichting uitdrukkelijk voortvloeit uit de bepalingen van artikel 168, lid 4, CCP. In zoverre, en zoals verzoeksters tot cassatie aanvoeren, is het dus niet mogelijk om aan deze wettelijke verplichting voorbij te gaan op basis van de vorm van de procedure voorafgaand aan de gunning (openbare aanbesteding) die in casu aan de orde is, aangezien het Hof van Justitie reeds duidelijk heeft gemaakt dat artikel 70, lid 2, onder a), CCP, uitgelegd in overeenstemming met het Unierecht, een dergelijke oplossing oplegt (die tot ongeldigheid leidt), zelfs wanneer geen sprake is van een niet-openbare aanbestedingsprocedure met voorafgaande selectie. Ook kan worden gesteld, zoals door een bepaalde doctrine wordt voorgesteld, dat in dergelijke gevallen de regeling van artikel 168, lid 4, CCP naar analogie zou moeten worden toegepast.
- 52 De rechtspraak van het Hof van Justitie is echter minder duidelijk wat de eerste vraag betreft, namelijk of de regeling van artikel 63 van richtlijn 2014/24 ook ziet op situaties waarin die „andere entiteit” weliswaar een andere rechtspersoonlijkheid heeft dan de ondernemer die de inschrijving indient, maar volledig in handen is van en onder zeggenschap staat van die ondernemer. Verzoeksters tot cassatie betogen dat een beroep op de draagkracht van andere entiteiten moet berusten op een rechtsbetrekking van onderaanneming, hetgeen in casu niet het geval is (hoewel zij niet hebben gepreciseerd in welke hoedanigheid of onder welke rechtsvorm Valor RIB haar diensten zou verrichten, met dien verstande dat een deel van de contractuele uitvoering van de activiteit waarop de aanbesteding betrekking heeft, noodzakelijkerwijs hoe dan ook door Valor RIB zou moeten worden verricht, aangezien alleen zij beschikt over de uitrusting – de stortplaats – en de administratieve vergunningen – de stortplaatsvergunning –, die niet aan PreZero kunnen worden overgedragen).
- 53 De TAF do Porto en de TCA Norte hebben zich gebaseerd op de rechtspraak van het Hof van Justitie in het arrest van 10 november 2022, *Taxi Horn Tours* (C-631/21, EU:C:2022:869), waarin naar aanleiding van een zaak over rechtsbetrekkingen tussen vennootschappen naar Nederlands recht is verklaard dat „[i]ndien deze gemeenschappelijke onderneming [...] voor de uitvoering van een overheidsopdracht [meent] een beroep te moeten doen op de eigen middelen van bepaalde vennoten, dan moet zij worden geacht een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten in de zin van artikel 63 van richtlijn 2014/24 en

dient zij niet alleen haar eigen UEA in te dienen, maar ook het UEA van elk van de vennoten op wier draagkracht zij een beroep wil doen”.

- 54 Het is echter niet zeker dat dit arrest op basis van de bestaande overeenkomsten tussen de rechtsstelsels (van Nederland en van Portugal) aldus kan worden uitgelegd dat artikel 63 van richtlijn 2014/24 moet worden toegepast op de feiten van het onderhavige geval, dat wil zeggen aldus dat, indien de ondernemer bij de uitvoering van de opdracht gebruik wil maken van de uitrusting en de diensten van een andere onderneming, waarvan hij het aandelenkapitaal volledig in handen heeft (aangezien hij de enige aandeelhouder van deze onderneming is) en waarvan een van de bestuurders tevens bestuurder van de ondernemer is, hij niet alleen een eigen UEA moet indienen, maar ook het UEA van deze onderneming waarvan hij het aandelenkapitaal volledig in handen heeft, en dat, indien hij het UEA van deze onderneming niet indient, dit een rechtsgrondslag vormt om zijn inschrijving uit te sluiten.
- 55 Aangezien er twijfels bestaan over de juiste uitlegging van artikel 63 van richtlijn 2014/24 en van artikel 70, lid 2, onder a), CCP volgens het Unierecht, heeft de Supremo Tribunal Administrativo de procedure opgeschort en het Hof van Justitie verzocht om een prejudiciële beslissing over de twee hierboven geformuleerde vragen.