

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.279.133/02

arrest van 27 juni 2023

in de zaak van

Taxi Horn Tours B.V.,
gevestigd te Horn, gemeente Leudal,
appellante,
hierna aan te duiden als Taxi Horn,
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. **Kupers Touringcars VOF**,
gevestigd te Weert,
geïntimeerde,
hierna aan te duiden als Kupers,
niet verschenen.

in vervolg op de door het hof gewezen tussenarresten van 1 juni 2021 en 5 oktober 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 Taxi Horn als eiseres, de gemeenten als gedaagden en Kupers als tussengekomen partij.

1. Het geding in hoger beroep

- 1.1. Het verloop van de procedure onder zaaknummer 200.279.133/01 blijkt uit:
 - het tussenarrest van 1 juni 2021 met nummer 200.279.133/01;
 - het tussenarrest van 5 oktober 2021 met nummer 200.279.133/01, waarin het hof vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie EU);

Daarna is de procedure met zaaknummer 200.279.133/01 ambtshalve doorgehaald.

- 1.2. Het verdere verloop van de procedure onder zaaknummer 200.279.133/02 blijkt uit:

- de dagvaarding van 27 december 2022 waarmee de zaak opnieuw bij het hof is aangebracht;
- de akte uitlating na arrest van het hof van Justitie EU van Taxi Horn;
- de akte uitlating na arrest van het hof van Justitie EU van de gemeenten.

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

2. De verdere beoordeling in hoger beroep

2.1. Het gaat in deze procedure om een Europese openbare aanbesteding voor het gymnastiekvervoer voor de gemeenten in de periode van 1 januari 2020 tot aan het einde van het schooljaar 2027-2028. Kupers en Taxi Horn waren de enige inschrijvers. Nadat de gemeenten hadden gemeld voornemens te zijn de opdracht aan Kupers te gunnen, heeft Taxi Horn daartegen diverse bezwaren naar voren gebracht. In eerste aanleg zijn deze bewaren verworpen, waarbij Taxi Horn is veroordeeld in de proceskosten van de gemeenten en Kupers. De gemeenten hebben voor het gymnastiekvervoer overeenkomsten gesloten met Kupers. Deze overeenkomsten zijn op 1 maart 2020 ingegaan.

Taxi Horn heeft in hoger beroep haar vorderingen beperkt tot de proceskostenveroordeling. In hoger beroep is in verband hiermee alleen nog de vraag aan de orde of Kupers 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. Het hof heeft hierover vragen gesteld aan het hof van Justitie EU, nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld zich daarover uit te laten.

2.2. Ter beantwoording van de door het hof in het tussenarrest van 5 oktober 2021 geformuleerde vragen, heeft het Hof van Justitie EU bij arrest van 10 november 2022 (Zaak C-631/21, ECLI:EU:C:2022:869) het volgende voor recht verklaard:

Artikel 59, 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, gelezen in samenhang met artikel 2, lid 1, punt 10, en artikel 63 van deze richtlijn en bijlage 1 bij uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument,

moet in die zin worden uitgelegd dat:

een gemeenschappelijke onderneming die, zonder een rechtspersoon te zijn, de vorm heeft van een vennootschap die wordt beheerst door de nationale wetgeving van een lidstaat, die is ingeschreven in het handelsregister van die lidstaat, die tijdelijk of permanent kan zijn opgericht en waarvan de gezamenlijke vennoten op dezelfde markt actief zijn als zij en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de goede uitvoering van de door haar aangegane verbintenissen, bij de aanbestedende dienst alleen haar eigen Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) hoeft in te dienen, wanneer zij voornemens is individueel aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht deel te nemen of een inschrijving in te dienen en aantoonbaar dat zij de betrokken opdracht met uitsluitend eigen personeel en materieel kan uitvoeren. Indien deze gemeenschappelijke onderneming daarentegen meent voor de uitvoering van een overheidsopdracht 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.

In onderdeel 53 staat verder toegelicht:

53 Bovendien moet een gemeenschappelijke onderneming, zoals een vennootschap onder firma in de zin van het Nederlandse recht, om haar betrouwbaarheid aan te tonen, enkel worden geacht individueel aan een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht te willen deelnemen of een inschrijving te willen indienen, indien zij aantoont dat zij de betrokken opdracht met uitsluitend eigen personeel en materieel kan uitvoeren, dat wil zeggen met de middelen die haar gezamenlijke vennoten overeenkomstig de vennootschapsovereenkomst aan haar hebben overgedragen en waarover zij vrijelijk kan beschikken. In een dergelijk geval kan deze vennootschap ermee volstaan alleen haar eigen UEA bij de aanbestedende dienst in te dienen.

Voorafgaand heeft het Hof van Justitie EU nog overwogen dat niet duidelijk is, of de opdracht valt onder 2014/24/EU (van toepassing op onder meer diensten) of onder 2014/25/EU (van toepassing op onder meer vervoer), maar dat de artikelen rond de gestelde vragen in de beide richtlijnen in wezen overeenkomen. Het antwoord op deze vraag is voor de uitkomst van de procedure daarom niet van belang.

2.3. Volgens Taxi Horn had Kupers niet kunnen volstaan met het indienen van één UEA. In de memorie van grieven voerde Taxi Horn daartoe aan dat Kupers als vennootschap onder firma een permanent samenwerkingsverband tussen de ondernemingen van de vennoten is, en dus een combinatie van ondernemingen waarbij ook elk van de vennoten een eigen UEA had moeten indienen. In de akte uitlating na arrest van het hof van Justitie EU heeft Taxi Horn in hoofdzaak het volgende betoogd. Getoetst had moeten worden of Kupers heeft beoogd met eigen middelen (personeel en materiaal) de opdracht uit te voeren en dat is niet gebeurd. In de aanbestedingsstukken is de eis gesteld dat de opdracht zal worden uitgevoerd met zogenaamde EURO-6 bussen. De aanschafprijs van dergelijke bussen is ten minste € 300.000 en uit de geformuleerde eisen blijkt dat een groot aantal bussen ingezet moest kunnen worden. Met die randvoorwaarden is het uitgesloten dat Kupers uitsluitend met eigen middelen de opdracht zou kunnen uitvoeren. De bussen worden waarschijnlijk gehuurd of geleased van een derde en daarmee behoren de noodzakelijke bussen niet tot de middelen van Kupers en moet Kupers een beroep doen op de middelen van derden.

2.4. Volgens de gemeenten heeft Taxi Horn haar standpunt na de memorie van grieven op ongeoorloofde wijze en daarmee in strijd met de goede procesorde gewijzigd. Het hof gaat aan dat bezwaar voorbij. Het standpunt van Taxi Horn was en is nog steeds dat Kupers niet had mogen volstaan met het indienen van één UEA, omdat zij niet zelfstandig deelnam aan de aanbesteding. In de memorie van grieven lag het zwaartepunt daarbij meer op de rechtsvorm van Kupers (de vennootschap onder firma als permanent samenwerkingsverband) en de bevoegdheid tot ondertekening/verklaring rond de uitsluitingsgronden, maar ook in dat stadium van de procedure betoogde Taxi Horn in algemene bewoordingen dat Kupers zich beroept op draagkracht van derden (de vennoten). In haar akte na het arrest van het Hof van Justitie EU heeft Taxi Horn in het verlengde daarvan betoogd dat Kupers niet over eigen bussen beschikt.

2.5. De gemeenten hebben er in hun akte na het arrest van het Hof van Justitie EU op

gewezen dat bij de aanbesteding geen (geschiktheids)eisen zijn gesteld ten aanzien van een bepaalde personeelsbezetting (het aantal chauffeurs dat in dienst moet zijn bij de inschrijver) of ten aanzien van het aantal (in te zetten) bussen waarover de inschrijver dient te beschikken, zodat dit niet hoefde te worden getoetst. Volgens de gemeente is het Hof van Justitie EU daar ten onrechte wel van uitgegaan en is daarom bepaald dat de inschrijver aantoont dat zij de betrokken opdracht met uitsluitend eigen personeel en materieel kan uitvoeren. Verder heeft Kupers met de inschrijving en indiening van het UEA verklaard te voldoen aan de gestelde eisen en mocht de gemeente daarvan uitgaan. Tot slot is sprake van een ruime personeelsbezetting bij Kupers, beschikt Kupers over de geëiste vergunning en rijdt Kupers op basis daarvan met meer dan voldoende bussen, aldus de gemeenten.

2.6. Het hof oordeelt als volgt. Uit het arrest van het Hof van Justitie EU volgt dat het enkele feit dat Kupers een vennootschap onder firma is, niet maakt dat meer dan één UEA had moeten worden ingediend. Indien een inschrijvende vennootschap onder firma voornemens is individueel aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen en aantoont dat zij de betrokken opdracht met uitsluitend eigen personeel en materieel kan uitvoeren, volstaat één UEA. Van het uitvoeren van de opdracht met uitsluitend eigen personeel en materieel is sprake wanneer de vennootschap onder firma de overeenkomst kan uitvoeren met de middelen die haar gezamenlijke vennoten overeenkomstig de vennootschapsovereenkomst aan haar hebben overgedragen en waarover zij vrijelijk kan beschikken. Indien een vennootschap onder firma meent voor de uitvoering van een overheidsopdracht een beroep te moeten doen op de eigen middelen van bepaalde vennoten, dan 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.

2.7. Met het UEA heeft Kupers een eigen verklaring afgegeven over de in deze aanbestedingsprocedure van toepassing verklaarde uitsluitingsgronden en gestelde geschiktheidseisen. Volgens Taxi Horn voldoet Kupers niet met eigen middelen aan de geschiktheidseisen omdat de voorgeschreven bussen niet bij haar in eigendom zijn. De geschiktheidseisen waarover Kupers heeft verklaard staan in paragraaf 3.2 van de Aanbestedingsleidraad. Daarin is niet voorgeschreven dat de inschrijver de middelen (waaronder de bussen) waarmee de opdracht wordt uitgevoerd in eigendom heeft (of het personeel waarmee de opdracht wordt uitgevoerd in dienst heeft), zodat de gemeenten dit ook niet hebben hoeven toetsen.

2.8. Uit de overweging van het hof van Justitie EU dat de inschrijver aantoont dat zij de betrokken opdracht met uitsluitend eigen personeel en materieel kan uitvoeren, volgt bovendien niet dat een inschrijver steeds het materieel dat voor het uitvoeren van de opdracht nodig is, in eigendom moet hebben. Daarvoor volstaat dat de inschrijver de overeenkomst kan uitvoeren met middelen (personeel en materieel) waarover zij vrijelijk kan beschikken. Een inschrijver beschikt niet alleen vrijelijk over materieel wanneer het in eigendom is, maar bijvoorbeeld ook wanneer het materieel op eigen draagkracht (zonder voor de financiering daarvan afhankelijk te zijn van derden) wordt gehuurd of geleased. Dat Kupers beschikt over de benodigde vergunning en ook over voldoende bussen beschikt, in de hiervóór bedoelde zin, om de overeenkomst te kunnen uitvoeren en dat Kupers dat zelfstandig financiert, is niet in geschil. Dat dit ten tijde van de inschrijving niet zo zou zijn geweest, of niet zou zijn aangetoond, heeft Taxi Horn niet (voldoende) gesteld. Taxi Horn heeft ook niet (voldoende) gesteld dat Kupers niet in staat zou zijn (geweest) op eigen draagkracht (zonder van de financiering van derden afhankelijk te zijn) over de bussen te beschikken, bijvoorbeeld door ze te huren of te leasen. Dat betekent dat Fonteijn als volledig gevolmachtigde namens

Kupers het UEA heeft mogen ondertekenen en dat daarnaast niet nog een door een van de vennoten of door beide vennoten ondertekende UAE was vereist. De grieven 1 en 2 van Taxi Horn slagen niet.

2.9. Met grief 3 betoogt Taxi Horn ten onrechte tweemaal te zijn veroordeeld in de proceskosten van Kupers (het griffierecht en tweemaal het liquidatietarief II evenals de proceskosten van de gemeenten en nog eens € 490,- voor het incident tot tussenkomst, terwijl voor het incident geen extra kosten zijn gemaakt). Deze grief slaagt niet. Kupers heeft evenals de gemeenten verweer moeten voeren ter zitting. Het toekennen van twee punten maal het liquidatietarief voor een kortgedingzitting waarin ter zitting de conclusie van antwoord wordt genomen, acht het hof niet onredelijk. Daarnaast heeft de Kupers apart een conclusie tot tussenkomst ingediend. Dat de rechtbank voor die conclusie € 490,- aan proceskosten heeft begroot, acht het hof evenmin onredelijk. Grief 3 slaagt niet.

Slotsom

2.10. Het hof zal het vonnis van de voorzieningenrechter bekrachtigen voor zover bestreden in hoger beroep (de proceskostenveroordeling). Het hof zal Taxi Horn als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep. De bij het Hof van Justitie EU gevoerde procedure wordt beschouwd als een incident. De kosten daarvan komen eveneens voor rekening van Taxi Horn. De kosten voor de procedure in hoger beroep (zaaknummers 200.279.133/01 en 200.279.133/02) aan de zijde van de gemeenten zullen worden vastgesteld op € 760,00 aan griffierecht en voor € 3.762,00 aan salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief (4,5 punten maal tarief I van € 836,00). Volgens vaste rechtspraak levert een proceskostenveroordeling ook voor de nakosten een executoriale titel op. Een veroordeling tot betaling van de proceskosten en de wettelijke rente daarover omvat dus een veroordeling tot betaling van de nakosten en de wettelijke rente daarover, met dien verstande dat de wettelijke rente over de nakosten die zijn verbonden aan noodzakelijke betekening van de uitspraak, is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening. Het hof zal de nakosten en de wettelijke rente daarover niet afzonderlijk in de proceskostenveroordeling vermelden.

3. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover dit aan het oordeel van het hof is onderworpen;

veroordeelt Taxi Horn in de proceskosten van het hoger beroep, en begroot die kosten tot op heden aan de zijde van de gemeenten op € 760,00 aan griffierecht en op € 3.762,00 aan salaris advocaat;

en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW daarover vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der voldoening;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

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 27 juni 2023.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCHRIF

Afgegeven aan: adv. app./geintim.: [REDACTED]

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.:

27-06-2023

