



Nederlandse
Vereniging voor
Aanbestedingsrecht

PREADVIES PAST PERFORMANCE

NEDERLANDSE VERENIGING VOOR AANBESTEDINGSRECHT

Werkgroep Past Performance

Janet Meesters • Carlyne Bakker • Jan Coen Binnerts

Elske Haagsma • Charles Petit



INHOUDSOPGAVE



Inhouds-
opgave is
'clickable'

1. Voorwoord, aanleiding en vraagstelling	
1.1 Voorwoord	5
1.2 Aanleiding	7
1.3 Vraagstelling en afbakening preadvies	8
1.4 Gehanteerde onderzoeksmethode	8
1.5 Opbouw preadvies	9
2. Introductie van de past performance uitsluitingsgrond in de Richtlijn en de Aanbestedingswet 2012	
2.1 Inleiding	10
2.2 <i>Forposta</i> arrest	10
2.3 Commissievoorstel voor een nieuwe richtlijn	12
2.4 Amendementen	13
2.5 Definitieve tekst uitsluitingsgrond in de Richtlijn	13
2.6 Implementatie van de Richtlijn bepaling in de Aanbestedingswet 2012	14
3. Betrokken partijen	
3.1 Partijen en hun benamingen	16
3.2 Gronden voor de toepassing van past performance	17
3.3 Begripsomschrijvingen	18
3.4 Krachtenveld en interacties	21
4. De uitsluitingsgrond nader verkend	
4.1 Het facultatieve karakter van de uitsluitingsgrond	24
4.2 De elementen van de uitsluitingsgrond	25
4.2.1 Aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen	26
4.2.2 Uitvoering van een wezenlijk voorschrift	28
4.2.3 Een eerdere opdracht	29
4.2.4 Consequentie: vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of een vergelijkbare sanctie	31
4.3 De terugkijktermijn	32
4.4 Self-cleaning	34
4.5 Proportionaliteit	40
4.6 Relatie met de 'ernstige beroepsfout' uitsluitingsgrond	44
4.7 Relatie met de overige uitsluitingsgronden	46
5. Het gebruik van de past performance uitsluitingsgrond in de praktijk	
5.1 Inleiding	48
I. VOORBEREIDING AANBESTEDING	
5.2 Besluit aanbestedende dienst om uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren	48
5.2.1 Proportionaliteit toepassing uitsluitingsgrond	48
5.2.2 Inkadering reikwijdte uitsluitingsgrond	49
5.3 Voorbereiding van de aanmelding of inschrijving door de ondernemer	53



II. VERLOOP AANBESTEDING

5.4	Verklaring inschrijver in Uniform Europees Aanbestedingsdocument	56
5.5	Gegadigde/inschrijver heeft vraag UEA beantwoord met 'Nee'	58
5.6	Gegadigde/inschrijver heeft vraag UEA beantwoord met 'Ja': zijn de elementen van de past performance uitsluitingsgrond vervuld?	58
5.6.1	Aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen; wezenlijke voorschriften	59
5.6.2	Eerdere opdracht	61
5.6.3	Terugkijktermijn	62
5.6.4	Vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of vergelijkbare sanctie	64
5.6.4.1	<i>Vroegtijdige beëindiging</i>	68
5.6.4.2	<i>Schadevergoeding</i>	68
	5.6.4.2.1 <i>Niet-betaalde aanspraken op schadevergoeding</i>	68
	5.6.4.2.2 <i>Contractuele boetes (waaronder malussen en korting wegens vertraging)</i>	69
5.6.4.3	<i>Vergelijkbare sanctie</i>	72
5.6.5	Proportionaliteit	74
5.6.6	Heeft de gegadigde/inschrijver afdoende self-cleaning maatregelen genomen?	78
5.6.7	Is er conform artikel 2.88 Aanbestedingswet 2012 reden om af te zien van uitsluiting?	80
5.7	Rechtsbescherming	82
5.7.1	Rechtsbescherming door de Nederlandse rechter	82
5.7.2	Effectieve rechtsbescherming; Europeesrechtelijke vereisten	83
5.8	Aansprakelijkheid voor onjuiste beslissingen	86

III. BIJZONDERHEDEN NADER BELICHT

5.9	Gebruik van past performance ervaringen van andere opdrachtgevers	89
5.9.1	Beroep op een past performance ervaring van een andere opdrachtgever	89
5.9.2	De mogelijkheid van een (landelijk) register verkend	92
5.10	Past performance en inschrijven samen met andere ondernemingen	98
5.10.1	Onderaannemers	99
	5.10.1.1 <i>Onderaannemer veroorzaakt past performance situatie; gevolgen voor hoofdaannemer in toekomstige aanbestedingen?</i>	99
	5.10.1.2 <i>Onderaannemer veroorzaakt past performance situatie; gevolgen voor die onderaannemer als inschrijver op toekomstige aanbestedingen?</i>	100
5.10.2	Combinatievorming	101
	5.10.2.1 <i>Combinatie loopt sanctie op; gevolgen voor individuele combinanten als inschrijvers op toekomstige aanbestedingen?</i>	101
	5.10.2.2 <i>Project-BV (geinstitutionaliseerde combinatie) loopt sanctie op; gevolgen voor achterliggende ondernemers?</i>	102
5.10.3	Groepsvennootschappen	104
5.11	De positie van de concurrent ondernemer	104
5.12	Kenbaarheid past performance situatie	106
5.12.1	Kennisgeving aan de kwetsieuze ondernemer	106



Inhouds-
opgave is
'clickable'

5.13	Speciale-sectorbedrijven en past performance	108
5.14	De Europese context	109
5.14.1	Het level playing field in de Europese context	109
6.	Conclusie	111
7.	Stroomschema beslissing omtrent al dan niet uitsluiting wegens past performance	112
8.	Resultaten stellingen bijeenkomst NVvA 14 november 2019	113
8.1	Resultaten stellingen bijeenkomst NVvA 14 november 2019	113
8.1.1	Discussieonderwerp 1: Toets aan de bestanddelen van de uitsluitingsgrond	114
8.1.2	Discussieonderwerp 2: De sanctie als bestanddeel van de uitsluitingsgrond	115
8.1.3	Discussieonderwerp 3: Het gebruik van past performance ervaringen en (on)wenselijkheid van een register	116
8.1.4	Discussieonderwerp 4: Samenwerking met andere onderaannemers; inschrijven in combinatie of met onderaannemers	117
8.1.5	Discussieonderwerp 5: Het borgen van een zorgvuldig, objectief en transparant proces	118

HOOFDSTUK 1

Voorwoord, aanleiding en vraagstelling

1.1 Voorwoord

De mogelijkheid van uitsluiting wegens past performance verbindt opdrachten die in uitvoering zijn of zijn geweest met aanbestedingen van nieuwe opdrachten. Ondernemingen die hun opdrachten goed uitvoeren, bouwen aan de continuïteit van hun onderneming omdat, net als bij het uitvoeren van niet-overheidsopdrachten (*business to business*), goede prestaties bevorderlijk zijn voor het verkrijgen van nieuwe opdrachten.

Een achilleshiel van de aanbestedingsregels is dat bij de beoordeling van gegadigden/inschrijvers beperkt rekening wordt gehouden met hun prestaties bij de uitvoering van eerdere opdrachten. De geschiktheid van de ondernemer als opdrachtnemer voor de actuele opdracht wordt doorgaans niet bepaald aan de hand van zijn *gehele* track record (het proportionaliteitsbeginsel zoals uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit staat daar in Nederland zelfs aan in de weg),¹ maar aan de hand van slechts enkele eerdere opdrachten, in combinatie met geschiktheidseisen en de uitsluitingsgronden. Hierdoor blijven slechte prestaties vaak volledig buiten beeld; de ondernemer kan zich in zijn aanmelding of inschrijving beperken tot zijn succesvolle performances.

Die beperking is kunstmatig in die zin dat mensen het onnatuurlijk en onlogisch vinden om geen rekening te houden met eerdere positieve én negatieve ervaringen die ze met hun opdrachtnemers hebben opgedaan. De beperkte mogelijkheden voor aanbestedende diensten om rekening te houden met eerdere slechte prestaties geeft onbetrouwbare en onzorgvuldige ondernemers meer ruimte tot prijsduiken of 'kwaliteitsduiken' dan in het geval van business to business-opdrachten.

De mogelijkheid van uitsluiting wegens past performance zorgt ervoor dat meer rekening kan worden gehouden met slechte prestaties bij de uitvoering van eerdere opdrachten. De mogelijkheid van uitsluiting wegens past performance is in de eerste plaats van belang voor aanbesteders. Het aanbestedingsinstrument verliest namelijk aan kracht als het mogelijk is om opdrachten te verwerven door onverantwoord laag in te schrijven om vervolgens, als na de gunning de concurrentie uit beeld is, te proberen om de tekorten alsnog op de opdrachtgever af te wentelen. Substantiële prijsaanpassingen in een lopende opdracht zijn niet toegestaan zonder heraanbesteding (omdat deze dan resulteren in een wezenlijke wijziging), maar de drempel voor heraanbesteding is in de praktijk hoog waardoor claimruimte ontstaat. Opdrachtgevers – maar ook opdrachtnemers – zitten niet te wachten op de negatieve energie van een vechcontract. Het gebruik van past performance als uitsluitingsgrond kan ondernemers stimuleren om een betere afweging te maken over de aan te bieden prijs en kwaliteit en om de opdracht, nadat deze eenmaal is binnengehaald, tot een goed einde te brengen, wetende dat het al dan niet succesvol uitvoeren van de opdracht van belang zal zijn voor hun kansen in toekomstige aanbestedingen.

De mogelijkheid van uitsluiting wegens past performance is ook in het belang van betrouwbare ondernemingen, omdat het effectief in aanmerking nemen van past performance onbetrouwbare ondernemingen minder kans geeft de marktsector naar beneden te halen door met een te lage (in de praktijk niet waar te

1 Zie hoofdstuk 1.1 van de Gids Proportionaliteit.

maken) prijs of een slechte kwaliteit succesvol opdrachten te blijven binnenhalen, ten koste van betrouwbare ondernemingen. Indien past performance effectiever in aanmerking wordt genomen, versterkt dat de positie van betrouwbare ondernemingen in de markt en kan de markt beter emanciperen.

De werkgroep heeft geconstateerd dat er in relatie tot het gebruik van de past performance uitsluitingsgrond vraagstukken zijn waarop geen eenduidig antwoord is te geven en waarover in sommige gevallen ook verschillend kan worden gedacht, afhankelijk van de vraag of men vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst of vanuit het perspectief van de ondernemer redeneert. Voor die gevallen zijn in dit preadvies de verschillende invalshoeken beschreven, zonder dat een keuze is uitgesproken voor één van de invalshoeken. De werkgroep beoogt in dit kader niet om een vastomlijnde juridische visie te presenteren, maar om praktische handvatten te bieden voor de mogelijke omgang met de uitsluitingsgrond in de praktijk, vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst en dat van de ondernemer. De werkgroep realiseert zich voorts dat de relatief recente introductie van de uitsluitingsgrond, in combinatie met het tot op heden beperkte gebruik van de uitsluitingsgrond, (met als gevolg ook relatief weinig rechtspraak), met zich brengt dat de precieze betekenis en reikwijdte van de uitsluitingsgrond nog in grote mate onontgonnen terrein zijn. In de komende jaren zal de rechtspraak mogelijk uitsluitel geven ten aanzien van diverse vraagpunten die in dit preadvies worden opgeworpen.

De werkgroep signaleert dat aanbestedende diensten en inschrijvers zich nog niet altijd bewust zijn van de impact die de uitsluitingsgrond in de praktijk kan hebben. Zoals in dit preadvies wordt besproken, is dit niet zonder risico, ervan uitgaande dat een (aanzienlijk) deel van de ondernemers die inschrijven op aanbestedingen in de drie voorafgaande jaren mogelijk wel een keer te maken heeft gehad met een vroegtijdige beëindiging van een overeenkomst, een schadevergoeding of de oplegging van een andere vergelijkbare sanctie bij de uitvoering van een opdracht binnen het bereik van de Aanbestedingswet 2012. De werkgroep voorziet dat in de komende jaren met name concurrent ondernemers de aanbestedende diensten meer en meer zullen aanspreken op een consequente en transparante toepassing van de uitsluitingsgrond in de praktijk. Dit vergt:

- (i) een zorgvuldige afweging vooraf over het al dan niet van toepassing verklaren van de uitsluitingsgrond;
- (ii) het vooraf bepalen van de reikwijdte van de concreet in aanmerking te nemen past performance situaties. Wil de aanbestedende dienst bijvoorbeeld alleen zijn eigen ervaringen met de ondernemer in aanmerking nemen of ook de ervaringen van andere overheidsopdrachtgevers met de ondernemer; welke waarde hecht hij aan de vergelijkbaarheid van de eerdere en de actuele opdracht en welke rol speelt de zwaarte van de eerder opgelegde sanctie, etc.; en
- (iii) een zorgvuldige afweging over de met het gebruik van de uitsluitingsgrond te dienen doelen.

Nadat de uitsluitingsgrond van toepassing is verklaard, dient een beoordelingsproces te worden doorlopen dat in overeenstemming is met de aanbestedingsrechtelijke beginselen. De elementen die daarbij in aanmerking moeten worden genomen en de vraagpunten en weerbarstigheden die zich in de praktijk kunnen voordoen, worden met name in hoofdstuk 5 van dit preadvies besproken. Hieruit zal blijken dat het op zinvolle wijze hanteren van deze uitsluitingsgrond van alle betrokken partijen zorgvuldigheid, transparantie en welwillendheid vergt, voorafgaand aan en tijdens de aanbesteding en ook tijdens en na de uitvoering van opdrachten. Waar mogelijk heeft de werkgroep op basis van haar bevindingen concrete aanbevelingen gedaan voor de praktijk.

1.2 Aanleiding

Directe aanleiding voor dit preadvies is de introductie van past performance als uitsluitingsgrond in de Aanbestedingswet 2012 ("Aw"), die plaatsvond met de implementatie van de nieuwe richtlijn voor klassieke overheidsopdrachten 2014/24/EU² ("Richtlijn") en de nieuwe richtlijnen voor concessieopdrachten en speciale-sectoropdrachten³ in 2014. Het gaat om een verdere uitwerking van de facultatieve uitsluitingsgrond in geval van een ernstige beroepsfout,⁴ waarvan de precieze inhoud en reikwijdte – zoals hierna ook zal blijken – gedurende het Europese wetgevingsproces flink zijn bediscussieerd voordat de finale tekst in de richtlijnen is vastgesteld.

Gelet op het facultatieve karakter van de past performance uitsluitingsgrond, speelt deze in aanbestedingen alleen een rol wanneer de aanbestedende dienst de uitsluitingsgrond op de aanbesteding van de opdracht van toepassing heeft verklaard. De ervaringen in de praktijk met de uitsluitingsgrond zijn vooralsnog beperkt. Er lijkt een zekere koudwatervrees te bestaan ten aanzien van de omgang met en de hanteerbaarheid van de uitsluitingsgrond in de praktijk. Tegelijkertijd hebben onsuccesvol verlopen ICT-projecten bij de rijksoverheid en de rol die de betreffende dienstverleners daarbij (mogelijk) hebben gespeeld, inmiddels tot gevolg dat deze uitsluitingsgrond door de aanbestedende diensten van het rijk bij ICT-opdrachten wordt toegepast.⁵ Een aantal vonnissen in kort geding laat voorts zien dat concurrent ondernemers onder verwijzing naar de uitsluitingsgrond betogen dat een andere inschrijver (doorgaans de beoogde winnaar) moet worden uitgesloten wegens past performance situaties die die inschrijver volgens de concurrent ondernemer in eerdere opdrachten heeft opgedaan. Ook heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie ("Europees Hof van Justitie") in 2019 naar aanleiding van prejudiciële vragen van rechters uit andere lidstaten een aantal elementen van de past performance uitsluitingsgrond verduidelijkt.

Iedere opdrachtnemer krijgt wel een keer te maken met problemen of mislukkingen bij de uitvoering van opdrachten. De toepassing van deze uitsluitingsgrond kan dan ook voor iedere opdrachtnemer vergaande consequenties hebben. Aanbestedende diensten en ondernemers hebben daarom een groot belang bij duidelijkheid over de precieze reikwijdte en implicaties van deze uitsluitingsgrond in de praktijk. De arresten van het Europese Hof van Justitie dragen daaraan bij, maar laten ook nog veel vragen onbeantwoord. Deze vragen hebben onder meer betrekking op de precieze betekenis van de randvoorwaarden voor een beroep op past performance, de kenbaarheid van past performance situaties (en het voorkomen van rechtsonzekerheid voor de ondernemer die het betreft), het gebruik van past performance ervaringen van andere opdrachtgevers, het voorkomen van willekeurige en oncontroleerbare beslissingen en effectieve rechtsbescherming.

In het licht van al het voorgaande verdient dit onderwerp naar het inzicht van het bestuur van de NVvA nadere aandacht. Het bestuur heeft daarom een werkgroep ingesteld waarvan de leden afkomstig zijn uit kringen van aanbestedende diensten, speciale-sectorbedrijven, ondernemers en advocatuur,⁶ met de opdracht om de betekenis van de past performance uitsluitingsgrond en de toepassing daarvan in de praktijk te verkennen en zo mogelijk nader te duiden.

2 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.

3 Richtlijn 2014/23/EU en richtlijn 2014/25/EU. In dit preadvies zal in verband met de leesbaarheid niet telkens een verwijzing naar deel 2a en deel 3 van de Aw 2012 worden gemaakt.

4 Artikel 45 lid 2 sub d van richtlijn 2004/18/EG en artikel 2.87 lid 1 sub c van de toen geldende versie van de Aw.

5 Zie de brief van 24 maart 2017 van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Tweede Kamer betreffende de vierde voortgangsrapportage kabinetsreactie Eindrapport Tijdelijke commissie ICT-projecten; kenmerk 2017-0000147352; par. 7.

6 De betrokken advocaten adviseren zowel aanbestedende diensten als inschrijvers.

1.3 Vraagstelling en afbakening preadvies

Dit preadvies gaat over de toepassing van past performance als uitsluitingsgrond in het aanbestedingsrecht. Het begrip past performance wordt ook in andere context gebruikt, bijvoorbeeld in relatie tot prestatiemeting of andere systemen die dienen voor de beoordeling van de geschiktheid van inschrijvers en gegadigden. Dergelijke mechanismen gaan uit van prikkels voor de opdrachtnemer om een aan hem gegunde opdracht in alle opzichten zo goed mogelijk uit te voeren met het oog op een positieve beoordeling. De positieve beoordeling kan dan de gunningskansen van de betreffende opdrachtnemer vergroten in een volgende onderhandse aanbesteding.⁷ Die betekenis van past performance wordt in dit preadvies niet behandeld.

Wel wordt ingegaan op de vraag op welke wijze aanbestedende diensten gebruik kunnen maken van de past performance uitsluitingsgrond, aan welke voorwaarden daarbij moet worden voldaan en welke kansen en risico's worden gezien voor de toepassing van deze uitsluitingsgrond in de praktijk.

1.4 Gehanteerde onderzoeksmethode

Door de verschillende bloedgroepen in de werkgroep past performance is het onderwerp belicht vanuit verschillende invalshoeken en is rekening gehouden met de verschillende stakeholders in het proces en hun belangen.

Dit preadvies is tot stand gekomen aan de hand van:

- een beschouwing van de Europese en Nederlandse totstandkomingsgeschiedenis van de uitsluitingsgrond en een vergelijking van het openingsvoorstel van de Commissie met de Richtlijntekst;⁸
- Europese en Nederlandse rechtspraak over past performance;
- een uitwisseling van praktijkervaringen binnen de werkgroep en met inbreng van emeritus professor mr. J.M. Hebly;
- een uitvoerige verkenning van de toepassing van de past performance uitsluitingsgrond in de praktijk, vanaf de beslissing van de aanbestedende dienst om de facultatieve past performance uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren tot en met zijn beslissing om een kwestieuze ondernemer uit te sluiten dan wel af te zien van uitsluiting wegens self-cleaning of proportionaliteitsoverwegingen; hierbij is tevens gekeken naar de implicaties die het gebruik van past performance ervaringen van *andere* opdrachtgevers heeft en voorts naar de positie van Nederland (en Nederlandse ondernemers) binnen het grotere geheel van de Europese Unie;
- een verkenning van diverse mogelijke complicaties in de praktijk, onder meer ten aanzien van de kenbaarheid van past performance situaties, informatieachterstand bij het gebruik van ervaringen van andere opdrachtgevers, de consequenties van past performance situaties die zich in samenwerkingsverbanden (combinatie en/of onderaanneming) voordoen en de rol van de concurrent ondernemer, waarbij deze telkens zijn belicht vanuit de perspectieven van de verschillende stakeholders;
- een inhoudelijke bespreking van de belangrijkste vraagpunten / discussieonderwerpen met de leden van de NVvA tijdens de najaarsvergadering van 14 november 2019.

7 Bij Europese aanbestedingen is het niet toegestaan om een dergelijke methode van prestatiemeten te gebruiken als geschiktheidseis, omdat dit strijdig wordt geacht met het beginsel van gelijke behandeling.

8 Brussel, 20.12.2011; COM(2011) 896 definitief 2011/0438 (COD); Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, hetgeen resulteerde in de Richtlijn 2014/24/EU (Klassieke sectoren) en 2014/25/EU (Speciale sectoren – water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten).

1.5 Opbouw preadvies

Het preadvies vangt in hoofdstuk 2 aan met een korte historische plaatsbepaling van de uitsluitingsgrond. In hoofdstuk 3 worden de gebezigde begrippen omschreven, de verschillende actoren benoemd en de (mogelijke) spanningsvelden aangeduid. Hoofdstuk 4 behandelt de verschillende elementen uit de relevante wettelijke bepalingen in het licht van de Richtlijncontext en de jurisprudentie. In hoofdstuk 5 – het kloppend hart van het preadvies – wordt de lezer aan de hand van verschillende casusposities meegenomen in het gehele beoordelingsproces ten aanzien van het al dan niet uitsluiten van een ondernemer wegens past performance en wordt tevens ingegaan op een aantal bijzondere onderwerpen, zoals het gebruik van past performance ervaringen van andere opdrachtgevers en de betekenis van past performance in situaties waarin sprake is van onderaanneming en combinatievorming. Daarbij zijn per onderwerp voor zover mogelijk aanbevelingen vermeld. Hoofdstuk 6 bevat een conclusie. In hoofdstuk 7 is een stroomschema opgenomen dat de verschillende beoordelingsstappen die in hoofdstuk 5 aan bod komen, visualiseert. Tot slot is in hoofdstuk 8 de respons vermeld van de stellingen die tijdens de najaarsvergadering van 2019 aan de leden van de NVvA zijn voorgelegd ten aanzien van diverse vraagstukken in relatie tot past performance.

HOOFDSTUK 2

Introductie van de past performance uitsluitingsgrond in de Richtlijn en de Aw

2.1 Inleiding

Een bespreking van de wetsgeschiedenis ten aanzien van de past performance uitsluitingsgrond kan niet pas beginnen bij de totstandkoming van de Richtlijn, waarin een specifiek op past performance toegesneden uitsluitingsgrond voor het eerst is opgenomen. De daaraan voorafgaande richtlijnen bevatten immers al een uitsluitingsgrond voor het geval waarin de gegadigde of inschrijver een ernstige beroepsfout had begaan.⁹ De toelichting op dit begrip in de considerans bij de oude richtlijn 2004/18/EG bracht deze uitsluitingsgrond in verband met kwesties als niet-naleving van regels ter bescherming van werknemers en ter voorkoming van ongelijke behandeling en van milieuregels; de toelichting legde niet direct een relatie met het niet-nakomen van een overeenkomst¹⁰. Uit het *Forposta* arrest¹¹ van het Europese Hof van Justitie bleek echter dat ook ernstige wanprestatie bij de uitvoering van een eerdere opdracht als ernstige beroepsfout kon gelden. Met de Richtlijn werd vervolgens een zelfstandige uitsluitingsgrond in het leven geroepen die is toegesneden op aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere opdracht.

2.2 Forposta arrest

In het *Forposta* arrest, gewezen op 13 december 2012, stond een Poolse wettelijke regeling centraal die aanbestedende diensten verplichtte om ondernemers die zich bij de uitvoering van een eerdere opdracht schuldig hadden gemaakt aan een voldoende ernstige wanprestatie, uit te sluiten van deelname aan de aanbesteding van de actuele opdracht. De verenigbaarheid van die regeling met richtlijn 2004/18/EG stond ter discussie. Deze richtlijn bevatte in artikel 45 een facultatieve uitsluitingsgrond in geval van een ernstige beroepsfout. De richtlijn droeg de lidstaten op om overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden – en dus ook die van de ernstige beroepsfout – te bepalen. De Poolse nationale regelgeving kende een verplichte uitsluitingsgrond voor marktdeelnemers:

“wier overeenkomst de betrokken aanbestedende dienst heeft ontbonden, opgezegd of herroepen door aan de marktdeelnemer toerekenbare omstandigheden, wanneer de ontbinding, opzegging of herroeping van de overeenkomst heeft plaatsgevonden binnen drie jaar vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure en de waarde van het niet-uitgevoerde deel van de opdracht minstens 5 % van de waarde van de opdracht bedraagt; (...)”

9 Zie bijvoorbeeld artikel 24, sub d) van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en artikel 45, lid 2 onder d van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

10 Overwegingen 34 en 43 considerans richtlijn 2004/18/EG.

11 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*).

De vraag was of een dergelijke uitsluitingsgrond in overeenstemming was met de kaders die uit artikel 45 van de richtlijn voortvloeiden. Uit het arrest blijkt dat het Europese Hof van Justitie het begrip ernstige beroepsfout in de zin van de richtlijn ruimer ziet dan alleen tuchtrechtelijke vergrijpen. Ook een niet-nakoming van een contractuele verplichting ziet het Europese Hof van Justitie als een fout, zij het niet steeds als een ernstige fout. Om van een ernstige beroepsfout te kunnen spreken, is kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst vereist. Kortom: voldoende gekwalificeerde wanprestatie kon al onder richtlijn 2004/18/EG onder omstandigheden als een ernstige beroepsfout gelden, die uitsluiting kon rechtvaardigen.

Daarmee bleven nog wel veel vragen onbeantwoord ten aanzien van de concrete toepassing van deze uitsluitingsmogelijkheid, zoals de vraag wanneer een wanprestatie voldoende gekwalificeerd is om tot uitsluiting te kunnen leiden, de mate waarin de vergelijkbaarheid van de eerdere opdracht met de actuele opdracht een rol speelt, de vraag of alleen fouten bij eerdere opdrachten bij dezelfde aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen, etc.

2.3 Commissievoorstel voor een nieuwe richtlijn

De Commissie besloot in haar voorstel voor een nieuwe richtlijn in 2011 aan de reeds bestaande facultatieve uitsluitingsgronden enkele nieuwe uitsluitingsgronden toe te voegen, waaronder een afzonderlijke uitsluitingsgrond specifiek gericht op ernstige tekortkomingen bij de uitvoering van eerdere opdrachten, of kort gezegd past performance. De voorgestelde uitsluitingsgrond voor past performance was in artikel 55, lid 3, onder d van het Commissievoorstel als volgt geformuleerd:¹²

“(…) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van wezenlijke voorschriften uit hoofde van een vroegere opdracht of vroegere opdrachten van vergelijkbare aard bij dezelfde aanbestedende dienst.”

De Commissie stelde blijkens haar voorstel aan het gebruik van deze uitsluitingsgrond door een aanbestedende dienst in de praktijk belangrijke voorwaarden die moesten waarborgen dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie, gelijke behandeling en objectiviteit in acht werden genomen en die voorzagen in effectieve rechtsbescherming voor de ondernemer die het betrof. Het slot van het voorgestelde artikel 55, lid 3 bepaalde in dit verband:

“Voor de toepassing van de in de eerste alinea, onder d), bedoelde uitsluitingsgrond voorzien de aanbestedende diensten in een methode voor de beoordeling van contractuele prestaties op basis van objectieve en meetbare criteria die op een systematische, consistente en transparante wijze worden gehanteerd. Elke prestatiebeoordeling wordt bekendgemaakt aan de desbetreffende ondernemer, die de gelegenheid krijgt bezwaar te maken tegen de bevindingen en bescherming in rechte kan verkrijgen.”

Het Commissievoorstel voorzag daarnaast in artikel 55, lid 4 voor alle uitsluitingsgronden in een zogeheten 'self-cleaning', waarmee de kwetsieuze ondernemer kon aantonen dat hij, ondanks het bestaan van een situatie die in beginsel aanleiding gaf tot uitsluiting, alsnog betrouwbaar was en daarom wel moest worden toegelaten tot de aanbesteding van de actuele opdracht:

“Een gegadigde of inschrijver die in een van de in de leden 1, 2 en 3 bedoelde situaties verkeert, kan de aanbestedende dienst ondanks het bestaan van de relevante grond voor uitsluiting bewijsmateriaal verstrekken waaruit zijn betrouwbaarheid blijkt. Hiertoe bewijst de gegadigde of inschrijver dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of beroepsfouten heeft

12 COM(2011) 896.

vergoed, de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief samen te werken met de onderzoekende autoriteiten en concrete technische, organisatorische en persoonlijke maatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen. De aanbestedende diensten beoordelen de door gegadigden en inschrijvers genomen maatregelen, rekening houdend met de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of fouten. Wanneer de aanbestedende dienst de maatregelen onvoldoende acht, dient hij de redenen van dit besluit kenbaar te maken.”

De Commissie zocht met haar formulering van de uitsluitingsgrond aansluiting bij artikel VIII, lid 4 sub c, van de Agreement on Government Procurement (GPA 2012):

“Where there is supporting evidence, a Party, including its procuring entities, may exclude a supplier on grounds such as: (...) c. significant or persistent deficiencies in performance of any substantive requirement or obligation under a prior contract or contracts;”

De Commissie lichtte haar voorstel als volgt toe:¹³

1. Point (d) makes it clear that a contracting authority can exclude an economic operator in case of prior bad performance. The provision which follows the wording of Article VIII:4(c) of the GPA sets however clear conditions for such an exclusion so as to ensure a fair and objective application without discrimination.
2. In line with the GPA, the exclusion ground is limited to cases of qualified bad performance (“significant or persistent deficiencies”) of a substantive requirement. It is further restricted to contracts of a similar nature with the same contracting authority. In view of the far-reaching legal consequence – exclusion from the procedure – these conditions have to be interpreted restrictively. Contracting authorities must in particular ensure that the breaches of contractual obligation have a seriousness that makes them comparable to the other grounds for exclusion listed in Article 55.
3. In order to make use of point (d), contracting authorities (and Member States) must further ensure appropriate procedural guarantees: Contractual performance has to be assessed by a fair and objective system. Assessments must be communicated to the economic operators which have a right of objection and appropriate judicial protection. These safeguards are necessary to avoid arbitrary exclusions and surprise decisions.”

Het Commissievoorstel adresseerde hiermee een aantal voor de praktijk belangrijke vragen over de toepassing van de past performance uitsluitingsgrond, zij het dat er noodzakelijkerwijs een zekere beoordelingsmarge voor de aanbestedende dienst zou blijven bij de beantwoording van de vraag wanneer van een voldoende ernstige wanprestatie sprake zou zijn. In ieder geval ging het Commissievoorstel uit van een helder afgebakende regeling: past performance situaties konden slechts in aanmerking worden genomen voor zover het ging om wanprestatie die of wangedrag dat zich had voorgedaan bij (i) een vergelijkbare opdracht en (ii) bij dezelfde aanbestedende dienst.

Ook werden minimumeisen gesteld aan het door de aanbestedende dienst te gebruiken beoordelingsstelsel indien hij de uitsluitingsgrond wilde toepassen en aan de rechtsbescherming voor de ondernemer die met een mogelijke uitsluiting werd geconfronteerd. Opgemerkt wordt dat de Commissie in haar voorstel niet had voorzien dat een sanctie moest zijn verbonden aan de past performance situatie (zoals vroegtijdige beëindiging van de eerdere opdracht of schadevergoeding).

13 Non-paper prepared by the Commission Services (DG Internal Market) on Cluster 3, Annex to Note 5736/12, MAP 4 MI 48, 27 januari 2012.

2.4 Amendementen

Tijdens de behandeling van het voorstel voor een nieuwe richtlijn in het Europees Parlement werd een aantal amendementen specifiek ingediend ten aanzien van de voorgestelde regeling van het onderwerp past performance¹⁴. De strekking van de amendementen varieerde sterk.

Sommige amendementen beoogden de reikwijdte van de uitsluitingsgrond te beperken door de ernstige tekortkoming in te kaderen tot gevallen van opzet dan wel nalatigheid of door de opneming van de tekortkomingen in een register als voorwaarde te benoemen. Ook werd voorgesteld om alleen tekortkomingen die door de rechter waren vastgesteld dan wel door de ondernemer waren erkend, grond te laten zijn voor uitsluiting.¹⁵

Andere amendementen beoogden de toepassingsmogelijkheden van de uitsluitingsgrond juist te verruimen, door ook fouten bij andere aanbestedende diensten onder de uitsluitingsgrond te brengen, althans de zinsnede *“bij dezelfde aanbestedende dienst”* te schrappen. De gedachte hierachter was dat herhaling van ernstige wanprestatie binnen de publieke sector moest worden voorkomen en dat het risico bestond dat een ondernemer die bij de ene aanbestedende dienst zijn verplichtingen niet was nagekomen, dit bij een andere aanbestedende dienst ook niet zou doen.¹⁶ Ook was er een amendement om de toepassingsvoorwaarde van het hebben van een beoordelingssysteem te schrappen, met als argument dat kleine aanbestedende diensten daartoe niet in staat zouden zijn en dat lidstaten moesten voorzien in een dergelijke systematiek.¹⁷ Ook werd dit onderdeel van de bepaling onbegrijpelijk gevonden en werden de nieuwe verplichtingen die hieruit voortvloeiden voor de aanbestedende dienst in strijd geacht met de doelstelling om de administratieve lasten te verminderen.¹⁸

2.5 Definitieve tekst van de uitsluitingsgrond in de Richtlijn

In de tekst van de Richtlijn zoals die uiteindelijk is vastgesteld, zijn op het punt van de past performance uitsluitingsgrond (onder meer) als gevolg van diverse aangenomen amendementen belangrijke wijzigingen aangebracht ten opzichte van het Commissievoorstel. De uiteindelijke tekst van artikel 57, lid 4, aanhef en onder d, Richtlijn luidt als volgt:

“De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden: (...) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende dienst of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties.”

De beperking van de reikwijdte van de uitsluitingsgrond tot (i) vergelijkbare opdrachten (ii) bij dezelfde aanbestedende dienst is geschrapt, evenals de beoordelingssystematiek en de bepaling over kenbaarheid en rechtsbescherming. Een slechte past performance die bij welke andere aanbestedende dienst waar dan ook binnen de Europese Unie is opgelopen, kan dus relevant zijn voor de beoordeling van het al dan niet van toepassing zijn van deze uitsluitingsgrond op een ondernemer. Bovendien kan die slechte past performance betrekking hebben op andersoortige opdrachten dan de actuele opdracht die wordt

14 Ontwerpverslag Marc Tarabella, 2011/0438(COD) d.d. 12 juli 2012.

15 Ontwerpverslag Marc Tarabella, 2011/0438(COD) d.d. 12 juli 2012.

16 Zie amendementen 1061, 1064 en 1065; Ontwerpverslag Marc Tarabella, 2011/0438(COD) d.d. 12 juli 2012.

17 Amendementen 1069, 1070 en 107; Ontwerpverslag Marc Tarabella, 2011/0438(COD) d.d. 12 juli 2012.

18 Advies comité van de Regio's - Pakket overheidsopdrachten, 2012/C 391/09, PbEU C 391/49 d.d. 18 december 2012.

aanbesteed. Anderzijds is als cumulatieve voorwaarde voor een beslissing tot uitsluiting toegevoegd dat de past performance situatie een consequentie moet hebben gehad in de vorm van vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie. Mogelijk is deze voorwaarde door de Europese wetgever beschouwd als alternatief voor de (geschrapte) beoordelingssystematiek, aangezien ook het vereiste dat de past performance moet hebben geresulteerd in een sanctie bijdraagt aan een objectivering van past performance gevallen die onder de uitsluitingsgrond kunnen worden gebracht. Wanprestaties die niet hebben geresulteerd in een sanctie als bedoeld in artikel 57, lid 4, sub g kunnen niet leiden tot uitsluiting.

Het zesde lid van artikel 57 Richtlijn noemt de mogelijkheid van self-cleaning:

“Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.”

Het vervolg van deze bepaling noemt als concrete maatregelen daartoe dat de kwestieuze ondernemer:

“eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of beroepsfouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.”

Het zevende lid van artikel 57 Richtlijn bepaalt dat de nationale regeling een maximale uitsluitingsduur dient te bevatten die voor deze uitsluitingsgrond maximaal drie jaar mag bedragen *“na de datum van de betrokken gebeurtenis.”*

2.6 Implementatie van de Richtlijn bepaling in de Aw

De facultatieve uitsluitingsgronden zijn in de Aw nagenoeg letterlijk geïmplementeerd vanuit de Richtlijn. Voorafgaand aan de implementatie van de Richtlijn gold voor past performance onder omstandigheden de ernstige beroepsfout uitsluitingsgrond. De tekst in artikel 2.87 Aw volgde ten aanzien van deze uitsluitingsgrond de richtlijntekst. Het tweede lid van artikel 2.87 Aw bevatte een terugkijktermijn van maximaal vier jaar.

Bij de aanpassing van de Aw aan de Richtlijn in 2016¹⁹ is artikel 2.87 Aw gewijzigd, onder meer door de toevoeging van past performance als uitsluitingsgrond onder g in het eerste lid. De uitsluitingsduur is in de Aw anders geformuleerd dan in de Richtlijn en wijkt ook inhoudelijk af van de tekst van de Richtlijn. De Richtlijn koppelt de uitsluitingsduur aan een termijn die begint te lopen vanaf de *“gebeurtenis”*. De Aw gaat uit van een *terugkijktermijn*, gerekend vanaf het moment waarop de aanmelding of inschrijving in de aanbesteding voor de actuele opdracht wordt gedaan. Het perspectief is dus verschillend. De terugkijktermijn in de Aw wordt gekoppeld aan de *“tekortkomingen”*. Volgens artikel 2.87 lid 2 Aw kunnen tot uitsluiting leiden *“uitsluitend tekortkomingen die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan.”* Artikel 2.87a Aw regelt de mogelijkheid van self-cleaning. Die regeling volgt de Richtlijntekst.

19 Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, Staatsblad 2016, 241.

De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een nagenoeg letterlijke implementatie van hetgeen ingevolge de Richtlijn ten minste moet worden geregeld (afgezien van de formulering van de terugkijktermijn) en hij heeft geen voorschriften in de Aw opgenomen ten aanzien van de omgang met of uitwerking van de past performance uitsluitingsgrond in de praktijk. De Memorie van Toelichting ("MvT") bij de Aw echoot echter wel de gedachte van een systeem met waarborgen, zoals oorspronkelijk voorgesteld door de Commissie in haar voorstel voor de Richtlijn:²⁰

"Het is denkbaar dat met het oog op toepassing van dit criterium aanbestedende diensten een register bijhouden waarin de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van ondernemers kunnen worden geregistreerd. Het ligt in de rede dat aanbestedende diensten voorzien in een zorgvuldige procedure met betrekking tot een dergelijk register. Zo verdient het aanbeveling om hoor en wederhoor toe te passen om onterechte uitsluiting te vermijden. Daarnaast verplicht het voorgestelde artikel 2.87a aanbestedende diensten om een gegadigde of inschrijver (ook) in een geval als hier bedoeld in de gelegenheid te stellen om alsnog zijn betrouwbaarheid aan te tonen en op deze wijze alsnog te worden toegelaten tot de procedure. Met de voorgestelde wijze waarop prestaties uit het verleden in de Aanbestedingswet 2012 zullen worden opgenomen worden ondernemers die nog niet eerder hebben meegedaan aan een aanbestedingsprocedure niet gediscrimineerd, er is immers geen verleden om naar te kijken op basis waarvan zij uitgesloten zouden kunnen worden."

Hoe het door de wetgever genoemde register verder vorm zou moeten krijgen, wordt in de MvT niet uitgewerkt. De suggestie van de wetgever laat dan ook allerlei vragen open, zoals de vraag of aanbestedende diensten een landelijk register zouden moeten opzetten dan wel elke aanbestedende dienst naar eigen inzicht zelf een register zou kunnen bijhouden, en de daarmee samenhangende vraag hoe aanbestedende diensten dan over en weer kennis krijgen van de registers die door andere aanbestedende diensten worden bijgehouden en hoe zij daarvan gebruik kunnen maken bij de aanbesteding van opdrachten. Ook rijst de vraag wat de waarde zou zijn van een dergelijk register, indien daarin slechts de tekortkomingen, maar niet de consequenties zouden worden bijgehouden (terwijl die consequentie als gezegd een voorwaarde is waaraan cumulatief moet zijn voldaan wil sprake kunnen zijn van een past performance situatie). Voorts roept de verwijzing naar een register vragen op over het level playing field tussen Nederlandse ondernemingen en ondernemingen uit andere lidstaten, hoor en wederhoor, effectieve rechtsbescherming voor de ondernemer die het betreft en de mogelijkheid om weer verwijderd te worden uit het register (zodat deze niet de status krijgt van een 'zwarte lijst'); de wetgever laat het bij de constatering dat in een zorgvuldige procedure met hoor en wederhoor moet worden voorzien.

In hoofdstuk 4 worden alle bestanddelen van de past performance uitsluitingsgrond, inclusief de bepaling over self-cleaning en de noodzakelijke proportionaliteitstoets, uitgewerkt. Aan de kansen en risico's van een register wordt nader aandacht besteed in hoofdstuk 5.

HOOFDSTUK 3

Betrokken partijen

Dit hoofdstuk richt de aandacht op de betrokkenen en op het proces met betrekking tot het toepassen van deze uitsluitingsgrond. Daarnaast bevat het een aantal begripsomschrijvingen.

3.1 Partijen en hun benamingen

Menig gesprek over past performance verzandt door de steeds veranderende benamingen waarmee partijen worden aangeduid voorafgaand aan, tijdens en na de aanbesteding en ook gedurende de verschillende fasen van de aanbestedingsprocedure. Dit maakt de communicatie over past performance complex.

Zo wordt de ondernemer die belangstelling heeft voor de opdracht die een aanbestedende dienst op de markt wil plaatsen, vanaf zijn aanmelding 'gegadigde' genoemd. Als de aanbestedende dienst hem uitnodigt om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure kan hij, behalve als gegadigde, ook worden aangeduid als 'tot deelname of inschrijving uitgenodigde'. Bij de inschrijving wordt hij vervolgens 'inschrijver' en indien de aanbestedende dienst de opdracht aan hem gunt, wordt hij 'opdrachtnemer' of 'aannemer', 'leverancier' of 'dienstverlener' dan wel, in het geval van een raamovereenkomst, 'raamcontractant'. In sommige gevallen kan de aanduiding 'ondernemer' als paraplu-aanduiding fungeren. Vanaf de gunning verandert ook de benaming van 'aanbestedende dienst'. Deze wordt vanaf dan aangeduid als 'opdrachtgever'.

Bij het beschrijven van past performance komt daar nog een complicatie bij. Het gaat niet alleen om de opdracht die de aanbestedende dienst op de markt plaatst, maar ook om de opdracht of opdrachten die de ondernemer eerder uitvoerde en waarin de past performance situatie zich mogelijk heeft voorgedaan.

Bij een aanbesteding concurreren normaal meerdere ondernemers om de opdracht. Die ondernemers hebben als concurrenten uiteraard ieder hun eigen belang. Om deze verschillende belangen en de posities van de verschillende ondernemers in de aanbesteding voldoende onderscheidend te kunnen aanduiden, wordt de ondernemer wiens curriculum met het oog op past performance door de aanbestedende dienst wordt onderzocht verder aangeduid als '*kwestieuze ondernemer*', of '*kwestieuze gegadigde/inschrijver*'. Zijn concurrenten worden aangeduid als '*concurrent ondernemers*', of '*concurrent ondernemers*'.

Omdat voor dit preadvies de aanbesteding, waarbij de facultatieve past performance uitsluitingsgrond wordt toegepast, centraal staat, verbindt dit preadvies, tenzij anders vermeld, de aanduiding '*aanbestedende dienst*' steeds met de *actuele opdracht* die met de aanbesteding op de markt wordt geplaatst. De aanduiding '*opdrachtgever*' is steeds verbonden met *eerdere opdrachten* die door de kwestieuze gegadigde/inschrijver voor opdrachtgevers werden uitgevoerd. Het is mogelijk dat de *aanbestedende dienst* van de actuele opdracht zelf *opdrachtgever* was of is van één of meer van de eerdere opdrachten die de kwestieuze ondernemer uitvoerde of nog in uitvoering heeft.

De ondernemer die zich aanmeldt om deel te nemen aan de aanbesteding, kan een combinatie van ondernemers zijn of een ondernemer die zich kwalificeert voor de aanbesteding met behulp van één of meer gekwalificeerde onderaannemers. Bij het toepassen van de past performance uitsluitingsgrond is het de vraag of en onder welke omstandigheden de aanbestedende dienst een kwestieuze ondernemer kan uitsluiten in het geval dat één van de combinanten of een onderaannemer, waarmee de kwestieuze

ondernemer zich kwalificeert, ernstig is tekortgeschoten bij de uitvoering van een eerdere opdracht. Het begrip 'ondernemer' kan in het kader van de aanbesteding zowel de gegadigde aanduiden als een ondernemer die deel uitmaakt van de gegadigde of waarmee de gegadigde zich kwalificeert.

3.2 Gronden voor de toepassing van past performance

De aanbestedende dienst kan past performance toepassen op verschillende gronden.

1. De aanbesteding valt onder deel 2 van de Aw als het gaat om het aanbesteden van een overheidsopdracht waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de desbetreffende Europese aanbestedingsdrempel uit de artikelen 2.1 tot en met 2.8 Aw ('Europese overheidsopdracht'). Als de aanbestedende dienst ervoor kiest om de past performance uitsluitingsgrond toe te passen, baseert hij dit op artikel 2.87 lid 1 sub g Aw.

Voorbeelden: een overheidsopdracht voor een dienst met een geraamde waarde van 1 miljoen euro of een overheidsopdracht voor werken met een geraamde waarde van 10 miljoen euro.

De aanbesteding die een concessieopdracht betreft, valt onder het regime van deel 2a van de Aw. Artikel 2a.44 Aw verklaart met betrekking tot de facultatieve uitsluitingsgronden artikel 2.87 Aw van overeenkomstige toepassing. Voor wat betreft past performance wordt de aanbesteding van een concessieopdracht dus gelijkgeschakeld met de aanbesteding van een overheidsopdracht. Waar dit preadvies spreekt over de toepassing van past performance bij de aanbesteding van overheidsopdrachten, geldt dit daarom ook voor de aanbesteding van concessieopdrachten. Een aanbesteding van een speciale-sectoropdracht door een speciale-sectorbedrijf valt onder het regime van deel 3 van de Aw. In hoofdstuk 5.13 wordt nader op speciale-sectoropdrachten ingegaan.

2. Wanneer de opdracht een overheidsopdracht voor werken betreft met een geraamde waarde onder de Europese aanbestedingsdrempel, past de aanbestedende dienst op grond van artikel 1.22 Aw bij de aanbesteding het Aanbestedingsreglement Werken 2016 ("ARW 2016") toe. Artikel 2.13.7 onder g bevat voor de openbare procedure de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om past performance toe te passen. Voor de andere procedures bevat het ARW 2016 gelijklopende artikelen.²¹ De artikelen in het ARW 2016 komen inhoudelijk overeen met artikel 2.87 lid 1 sub g Aw.

Voorbeeld: aanbesteding van een overheidsopdracht voor werken met een geraamde waarde van 3 miljoen euro.

3. In de overige gevallen kan de aanbestedende dienst er zelf voor kiezen om past performance toe te passen en de regels daarvoor te vermelden in de aanbestedingsstukken. Het heeft de voorkeur dat de aanbestedende dienst daarbij het ARW 2016 toepast, maar dat is niet verplicht. Hij mag ook een eigen regeling aangeven in zijn aanbestedingsstukken. Die eigen regeling kan hij eventueel vastleggen in zijn beleid.²²

21 Zie de volgende gelijklopende artikelen uit het ARW 2016:

- 3.13.7.g bij toepassing van de niet-openbare procedure;
- 4.13.7.g bij toepassing van de concurrentiegerichtede dialoog;
- 5.13.7.g bij toepassing van de mededingingsprocedure met onderhandeling;
- 6.12.7.g bij toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging;
- 7.7.7.g bij toepassing van de meervoudig onderhandse procedure;
- 8.13.7.g bij toepassing van de procedure van het innovatiepartnerschap;
- 12.9.7.g bij toepassing van de openbare prijsvraag;
- 13.9.7.g bij toepassing van de niet-openbare prijsvraag;
- 14.9.7.g bij instelling van en toelating tot een dynamisch aankoopstelsel.

22 Overigens is het voor andere aanbesteders dan aanbestedende diensten in de zin van de Aw niet verboden om het ARW

Voorbeeld: Een ICT-opdracht met een geraamde waarde van 100.000 euro.

Hoewel het ARW 2016 wel voorziet in een bepaling met betrekking tot de past performance uitsluitingsgrond voor de meervoudig onderhandse procedure en voor de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, is het de vraag of past performance bij deze procedures in de praktijk gebruikt zal worden. Indien een ondernemer slecht staat aangeschreven, zal de aanbestedende dienst deze ondernemer eenvoudigweg niet uitnodigen om in te schrijven of om deel te nemen aan de procedure. Daarom zullen deze gevallen in dit preadvies buiten beschouwing worden gelaten.

Het vervolg van dit preadvies zal alleen nog refereren aan een specifieke grondslag wanneer dit van invloed is op de wijze van toepassen van past performance.

3.3 Begripsomschrijvingen

Gezien het voorgaande werkt dit preadvies met het oog op eenduidigheid en leesbaarheid met de volgende begripsomschrijvingen.

1. *Aanbestedende dienst*

Tenzij anders aangegeven, bedoelt dit preadvies met '*aanbestedende dienst*' de aanbestedende dienst in de zin van de Aw die de *actuele opdracht* aanbesteedt of wil aanbesteden en die bij deze aanbesteding de facultatieve past performance uitsluitingsgrond toepast.

Meerdere aanbestedende diensten en opdrachtgevers van eerdere opdrachten kunnen tot dezelfde rechtspersoon behoren. Een voorbeeld van een dergelijke rechtspersoon is de Staat.

Onder meer in het UEA wordt verwezen naar een '*aanbestedende entiteit*'. Een *aanbestedende entiteit* moet in het kader van de Aw worden opgevat als 'speciale-sectorbedrijf'.²³ Het preadvies volgt de aanduiding van de Aw en gebruikt de term 'speciale-sectorbedrijf' in plaats van 'aanbestedende entiteit'.

2. *Actuele opdracht*

De '*actuele opdracht*' is de overheidsopdracht voor werken, de overheidsopdracht voor leveringen of de overheidsopdracht voor diensten die de aanbestedende dienst op de markt plaatst.

De aanbestedende dienst past de past performance uitsluitingsgrond toe bij de aanbesteding van zijn actuele opdracht. Daarbij beoordeelt de aanbestedende dienst of hij de ondernemer in kwestie zal uitsluiten wegens een slechte past performance.

Het primaire perspectief van het preadvies is het toepassen van past performance bij het op de markt plaatsen van de *actuele opdracht*.

2016 bij hun aanbesteding toe te passen. Het taalgebruik van het ARW 2016 houdt daarmee rekening door steeds het woord 'opdrachten' te gebruiken in plaats van 'overheidsopdrachten' en voor de term 'aanbestedende dienst' de meer algemene aanduiding 'aanbesteder'.

23 Dit verschil in benaming is het gevolg van een verschil in benaming tussen enerzijds de Aw en anderzijds de Uitvoeringsverordening van de Europese Commissie inzake het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (PbEU 2016, L3; vraag pagina 29) jo. artikel 2.84 Aw (Eigen verklaring) jo. 'Regeling van de Minister van Economische Zaken van 23 juni 2016, nr. WJZ/16087848, tot wijziging van de Regeling modellen eigen verklaring'.

3 *Opdrachtgevers*

Met de '*opdrachtgevers*' bedoelt dit preadvies de opdrachtgevers van de eerdere opdrachten. Dit preadvies duidt de *opdrachtgevers* van de *eerdere opdrachten* steeds aan als '*opdrachtgevers*' en niet als '*aanbestedende dienst*', ook al zullen deze opdrachtgevers de eerdere opdrachten in de meeste gevallen in de hoedanigheid van aanbestedende dienst op de markt hebben geplaatst. De term '*opdrachtgevers*' is het meest passend, omdat de eerdere opdrachten immers al zijn uitgevoerd of in uitvoering zijn.

Opgemerkt wordt dat bij de toepassing van past performance bij de aanbesteding van de actuele opdracht (enkelvoud) meestal sprake is van meerdere opdrachtgevers (meervoud) van eerdere opdrachten (meervoud). Het zal immers zelden voorkomen dat een ondernemer zich kwalificeert voor een actuele opdracht op basis van de ervaring met slechts een enkele eerder uitgevoerde opdracht.

4 *Eerdere opdrachten*

De 'eerdere opdracht' is de Europese overheidsopdracht, die eerder onder het regime van deel 2 (overheidsopdracht), deel 2a (concessieopdracht) of deel 3 (speciale-sectoropdracht) van de Aw op de markt is geplaatst.²⁴ De eerdere opdracht kan eveneens een soortgelijke onderdempelige overheids-, concessie- of speciale-sectoropdracht zijn. De aanbestedende dienst neemt de uitvoering van de eerdere opdrachten in aanmerking wanneer hij beoordeelt of hij de ondernemer in kwestie zal uitsluiten wegens een slechte past performance.

De aanbestedende dienst betreft in zijn beoordeling alleen eerdere opdrachten waarvan het op de markt plaatsen onder het regime van de Aw viel of, indien de opdrachtgever in een andere lidstaat is gevestigd, onder de desbetreffende wetgeving ter implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen in die andere lidstaat.

Het is mogelijk dat de eerdere opdracht op het moment dat de aanbestedende dienst de actuele opdracht op de markt plaatst, nog in uitvoering is.

5 *Ondernemer*

De Aw omschrijft een '*ondernemer*' als een aannemer, een leverancier of een dienstverlener.²⁵

De Richtlijn omschrijft het begrip ondernemer als volgt: 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.²⁶

Een combinatie is een ondernemer, die op haar beurt weer uit ondernemers, de combinanten, bestaat.

6 *Kwestieuze ondernemer*

Een '*kwestieuze ondernemer*' is een ondernemer die in de eigen verklaring, zoals bedoeld in artikel 2.84 Aw (Uniform Europees Aanbestedingsdocument, "**UEA**"), de vraag met betrekking tot prestaties uit het verleden met 'ja' beantwoordt of deze vraag met 'ja' behoort te beantwoorden.

²⁴ Zie artikel 2.87 lid 1 sub g Aw. Overigens is het ARW 2016 daar minder expliciet over.

²⁵ Artikel 1.1 Aw.

²⁶ Artikel 2 lid 1 onder 10 Richtlijn.

Deze vraag in het UEA luidt:

“Is het de ondernemer overkomen dat een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht van een aanbestedende entiteit of een eerdere concessieovereenkomst heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties?”²⁷

De vraag in het UEA is ruim gesteld. Zo is de vraag bijvoorbeeld niet beperkt tot vergelijkbare opdrachten. Ook als de eerdere opdracht van een andere orde is qua aard en omvang dan de actuele opdracht, dient de ondernemer deze vraag bevestigend te beantwoorden indien een eerdere opdracht, die door hem is uitgevoerd, heeft geleid tot de genoemde sancties. Bovendien is de formulering ‘vergelijkbare sancties’ niet ingekaderd tot specifieke (typen) sancties. Het ARW 2016 omschrijft in artikel 1.1.1 onder f de ‘eigen verklaring’ als de verklaring bedoeld in artikel 2.84 van de Aw (dus het UEA). Dit heeft tot gevolg dat de bepalingen voor Europese aanbestedingen op dit punt overeenkomen met die voor nationale aanbestedingen.

Afhankelijk van de fase waarin de aanbesteding van de actuele opdracht zich bevindt, kan de *kwestieuze ondernemer* ook worden aangeduid als *kwestieuze gegadigde* of *kwestieuze inschrijver*.

8 *Concurrent ondernemer*

‘*Concurrent ondernemer*’ is de ondernemer die als concurrent van de *kwestieuze ondernemer* deelneemt aan de aanbesteding van de actuele opdracht of het voornemen heeft om deel te nemen aan die aanbesteding. Afhankelijk van de fase waarin de aanbesteding van de actuele opdracht zich bevindt, is de *concurrent ondernemer* een concurrent gegadigde of concurrent inschrijver.

Dit preadvies is gebaat bij een expliciet verschil in benaming tussen de *kwestieuze ondernemer* en de *concurrent ondernemer* bij de aanbesteding van de actuele opdracht, omdat zij vanuit een tegengesteld belang, c.q. hun eigen belang, handelen. Door hen afzonderlijk te benoemen, kan het preadvies het proces van past performance beter beschrijven. Over het algemeen zullen aan de aanbesteding meerdere *concurrent ondernemers* deelnemen.

De omschrijving laat de mogelijkheid open dat ook een *concurrent ondernemer* de vraag in zijn eigen UEA met betrekking tot prestaties uit het verleden met ‘ja’ moet beantwoorden. Het is zelfs mogelijk dat alle ondernemers die deelnemen aan de aanbesteding van de actuele opdracht de vraag bevestigend moeten beantwoorden.

De beoordeling door de aanbestedende dienst geldt voor iedere *kwestieuze ondernemer* afzonderlijk. Daarom beschouwt het preadvies past performance steeds vanuit de basisverhouding *kwestieuze ondernemer*, *concurrent ondernemer* en aanbestedende dienst.

9 *Tussenpersoon*

Het is denkbaar dat een ‘*tussenpersoon*’ informatie houdt over eerdere opdrachten en deze informatie, al dan niet tegen betaling, beschikbaar stelt voor de toepassing van past performance. Deze *tussenpersoon* kan een samenwerkingsverband tussen een aantal aanbestedende diensten zijn, een ‘*registerhouder*’, of een private ondernemer die tegen betaling voor past performance relevante informatie verstrekt. In dat laatste geval zou dat ook een bijkomende dienst kunnen zijn van ondernemers die diensten met betrekking tot aanbestedingen verstrekken aan ondernemers en aan aanbestedende diensten.

3.4 Krachtenveld en interacties

Centraal in dit preadvies staat het op de markt plaatsen van de actuele opdracht en het toepassen daarbij van past performance. Het gaat om het toepassen van het aanbestedingsrecht op het plaatsen van de *actuele opdracht*.

Positie opdrachtgevers

Het toepassen van past performance bij actuele opdrachten verandert de verhoudingen en de interactie tussen de *opdrachtnemer* en zijn *opdrachtgevers* voor eerdere opdrachten. Dit is een effect van het toepassen van past performance: een opdrachtnemer die een opdracht uitvoert met aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen met betrekking tot een wezenlijk voorschrift, waarbij sancties als vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding en dergelijke aan de orde zijn, loopt het risico dat hij bij volgende aanbestedingen van overheidsopdrachten, concessieopdrachten en speciale-sectoropdrachten door de aanbestedende dienst wordt uitgesloten.

Dit is een risico voor continuïteit dat de ondernemer zal meewegen bij de keuzes die hij maakt met betrekking tot de wijze van uitvoeren van de opdracht. De kans dat aanbestedende diensten bij volgende opdrachten past performance zullen toepassen, versterkt de positie van de opdrachtgever.

Verkrijgen van informatie omtrent een eerdere opdracht

Met betrekking tot het verkrijgen van informatie over de wijze van uitvoeren van eerdere opdrachten, anders dan van de kwestieuze ondernemer zelf, zijn verschillende situaties denkbaar:

1. de aanbestedende dienst en de opdrachtgever zijn dezelfde instantie;
2. de aanbestedende dienst en de opdrachtgever zijn niet dezelfde instantie, maar zijn wel onderdeel van dezelfde rechtspersoon;
3. de aanbestedende dienst en de opdrachtgever behoren tot verschillende rechtspersonen;
4. de aanbestedende dienst verkrijgt de benodigde informatie van een *tussenpersoon*;
5. de aanbestedende dienst ontvangt informatie van *concurrent ondernemers*;
6. gemengde situatie.

Ad 1: Aanbestedende dienst en opdrachtgever zijn dezelfde instantie

In de meest eenvoudige situatie is de aanbestedende dienst van de *actuele* opdracht dezelfde als de opdrachtgever van de *eerdere* opdracht. In dat geval liggen de belangen dicht bij elkaar. De opdrachtgever, die grote problemen had of nog heeft met zijn opdrachtnemer, wenst daarna, in zijn rol als aanbestedende dienst van de volgende, actuele, opdracht, de ondernemer in kwestie niet zonder meer te accepteren als gegadigde of inschrijver. De aanbestedende dienst wil, om begrijpelijke redenen, eerst kunnen beoordelen of de ondernemer in kwestie opnieuw het vertrouwen waard is.

Om dit te kunnen beoordelen, heeft de aanbestedende dienst informatie nodig over de wijze waarop de eerdere opdracht is uitgevoerd. Deze informatie heeft hij in dit geval in eigen huis beschikbaar. Hij hoeft geen derde, i.c. een andere aanbestedende dienst, een speciale-sectorbedrijf of een registerhouder, te raadplegen. De aanbestedende dienst draagt zelf het risico dat de informatie waarop hij zich baseert bij de beoordeling, onjuist is. Voordeel en nadeel, respectievelijk een betere screening van gegadigden en het risico van een verkeerde beoordeling, zijn in één hand, waardoor de afweging eenvoudiger wordt.

Ad 2: Niet dezelfde instantie, maar wel dezelfde rechtspersoon

Een variant van de eenvoudige situatie doet zich voor wanneer meerdere aanbestedende diensten onderdeel zijn van dezelfde rechtspersoon. Dit is het geval bij de Staat. In deze variant ontvangt de aanbestedende dienst de informatie over de wijze van uitvoering van de eerdere opdrachten van één of meer andere opdrachtgevers binnen de rechtspersoon. De aanbestedende diensten die tot de rechtspersoon behoren, kunnen afspraken maken over het uitwisselen van informatie over prestaties in het verleden die aanleiding kunnen zijn voor het uitsluiten van ondernemers in kwestie.²⁸

Ad 3: Aanbestedende dienst en opdrachtgever behoren tot verschillende rechtspersonen

Het toepassen van past performance is in dit geval slechts mogelijk wanneer de opdrachtgever bereid is om de benodigde informatie te verstrekken.

De opdrachtgever heeft zelf geen rechtstreeks belang of voordeel bij het verstrekken van de informatie. De aanbestedende dienst zoekt informatie, die relevant is in het licht van het plaatsen van de actuele opdracht.

Uit oogpunt van proportionaliteit is het gewenst dat de actuele opdracht en eerdere opdracht met elkaar vergeleken kunnen worden, bijvoorbeeld qua omvang, aard en complexiteit van de opdracht. Het gaat immers om de vraag of de slechte prestatie van de kwestieuze ondernemer leidt tot aantasting van het vertrouwen van de aanbestedende dienst in de kwestieuze ondernemer of deze ondernemer de actuele opdracht tot een goed einde kan en zal brengen. Hiervoor is de beschikbaarheid van voldoende en betrouwbare informatie van belang.

Het gaat dan ook niet zomaar om standaardinformatie of te standaardiseren informatie. De informatie moet de aanbestedende dienst kunnen helpen om de betrouwbaarheid van de ondernemer in kwestie te beoordelen. Dat zal al snel om maatwerk vragen. Met betrekking tot de verantwoordelijkheid voor de juistheid van de informatie en de aansprakelijkheid daarvoor zullen mogelijk nadere afspraken nodig zijn.

Ad 4: Tussenpersonen en registerhouders

Het is mogelijk, maar niet noodzakelijk, dat aanbestedende diensten, al dan niet per sector verenigd, in Nederland gezamenlijk informatie over prestaties uit het verleden die reden kunnen zijn voor uitsluiten op grond van past performance, gaan registreren. Indien zij dit doen, zullen rechtsverhoudingen ontstaan tussen de tussenpersoon/registerhouder en de aangesloten aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, zowel met betrekking tot het leveren van informatie als het afnemen van informatie.

Daarnaast is denkbaar dat in de markt één of meer ondernemingen zich gaan richten op het verzamelen en leveren van informatie die relevant is voor het beoordelen van kwestieuze gegadigden. Naast de aanbestedende diensten zouden ook concurrent ondernemers interesse kunnen hebben in dergelijke informatie.

Ad 5: Informatie geleverd door concurrent ondernemers

Een concurrent ondernemer kan ook rechtstreeks zijn informatie over een kwestieuze ondernemer aan de aanbestedende dienst verstrekken. Uitsluiting van de kwestieuze gegadigde van de aanbesteding vermindert de concurrentiedruk, hetgeen in het belang is van een concurrent ondernemer. In de markt is

²⁸ Zie brief van 24 maart 2017 van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Tweede Kamer betreffende de vierde voortgangsrapportage kabinetsreactie Eindrapport Tijdelijke commissie ICT-projecten; kenmerk 2017-0000147352; p. 5, derde en vierde alinea.

het vaak 'ons kent ons', zodat dit meer is dan een theoretisch scenario.

Ad 6: Gemengde situatie

Wanneer een aanbestedende dienst een actuele opdracht plaatst onder toepassing van past performance, kunnen twee soorten kwestieuze ondernemers meedingen: 1) kwestieuze ondernemers die eerder één of meer opdrachten voor de aanbestedende dienst zelf onder de maat uitvoerden en 2) kwestieuze ondernemers die eerder één of meer opdrachten voor anderen dan de aanbestedende dienst slecht uitvoerden. In dat geval is er sprake van een informatieasymmetrie. De aanbestedende dienst beschikt met betrekking tot de eerste soort kwestieuze ondernemer zelf over de relevante informatie, terwijl de aanbestedende dienst voor wat betreft de beoordeling van de tweede soort kwestieuze ondernemer afhankelijk is van de medewerking van de opdrachtgever of opdrachtgevers van diens eerder uitgevoerde opdrachten.

HOOFDSTUK 4

De uitsluitingsgrond nader verkend

4.1 Het facultatieve karakter van de uitsluitingsgrond

De verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden zijn opgenomen in respectievelijk artikel 2.86 en artikel 2.87 Aw. Het betreft een limitatieve lijst van uitsluitingsgronden, die vanuit de Richtlijn in onze nationale wetgeving is geïmplementeerd. De past performance uitsluitingsgrond is een *facultatieve* uitsluitingsgrond. Dit houdt in dat een aanbestedende dienst zelf kan bepalen of hij de uitsluitingsgrond al dan niet toepast in een aanbestedingsprocedure. Zodra de aanbestedende dienst echter heeft besloten om een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren, dient hij deze in de aanbesteding van de opdracht ook daadwerkelijk jegens alle gegadigden en inschrijvers op gelijke wijze te hanteren. Dit vloeit voort uit het beginsel van gelijke behandeling.²⁹

Conform artikel 1.10 Aw moeten aanbestedende diensten proportioneel handelen in alle fasen van de aanbesteding en:

“(.) uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen [stellen] die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.”

Dit betekent concreet dat zij een proportionaliteitstoets moeten uitvoeren ten aanzien van het al dan niet van toepassing verklaren van de past performance uitsluitingsgrond op de aanbesteding van de actuele opdracht.³⁰ Deze verplichte proportionaliteitstoets is nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit.³¹ Op grond van de Gids Proportionaliteit moet de aanbestedende dienst, alvorens hij besluit om past performance als uitsluitingsgrond toe te passen op de aanbesteding van de actuele opdracht, een afweging maken of de past performance uitsluitingsgrond relevant is voor de opdracht die wordt aanbesteed en of het dus proportioneel is om deze toe te passen. Voorschrift 3.5A Gids Proportionaliteit bepaalt:

“De aanbestedende dienst past slechts die (facultatieve) uitsluitingsgronden toe die relevant zijn voor de betreffende opdracht.”

Als een aanbestedende dienst besluit een facultatieve uitsluitingsgrond in een aanbestedingsprocedure van toepassing te verklaren, dient hij dit expliciet te bepalen in de aanbestedingsstukken. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie brengen met zich dat uitsluitingsgronden ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsstukken moeten zijn vermeld.³² Daartoe dient de aanbestedende dienst in Deel III C van het UEA de betreffende uitsluitingsgrond aan te vinken en in het aanbestedings- of selectiedocument voor wat betreft de toepasselijke uitsluitingsgronden naar het UEA te verwijzen.

29 Zie ook Bouwman/Schoenmaekers, in: T&C Aanbestedingsrecht, art. 2.87 Aanbestedingswet 2012, aant. 2, onder verwijzing naar het arrest *Cartiere dell'Adda*, HvJ EU 6 november 2014, C-42/13, ECLI:EU:C:2014:2345.

30 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 53-54.

31 In artikel 1.10 lid 3 Aw wordt verwezen naar het Aanbestedingsbesluit, waarin de Gids Proportionaliteit is aangewezen als verplicht toe te passen richtsnoer.

32 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (Staat/KPN).

4.2 De elementen van de uitsluitingsgrond

De past performance uitsluitingsgrond is opgenomen in de aanhef en onderdeel g van het eerste lid van artikel 2.87 Aw en luidt als volgt:

“De aanbestedende dienst kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure op de volgende gronden:

De inschrijver of gegadigde heeft blijk gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht van een speciale-sectorbedrijf of een eerdere concessieopdracht en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties;”

Hoewel dit niet met zoveel woorden volgt uit de tekst van de uitsluitingsgrond, heeft deze betrekking op de beoordeling van de *betrouwbaarheid* van de opdrachtnemer voor de actuele opdracht. Het Europese Hof van Justitie heeft dit uitdrukkelijk bevestigd in het *Connexion* arrest.³³

“Volgens de rechtspraak van het Hof laat artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 de toepassing van de zeven daarin genoemde gevallen van uitsluiting van overheidsopdrachten die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen, die betrekking hebben op de professionele integriteit, kredietwaardigheid of betrouwbaarheid van de gegadigden voor een opdracht, over aan de beoordeling van de lidstaten (...)”

De A-G heeft dit herhaald in zijn conclusie bij het arrest *Meca*.³⁴

“Beide uitsluitingsgronden zijn gebaseerd op een wezenlijk element van de betrekking tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld. Ofschoon er in richtlijn 2004/18 niet uitdrukkelijk naar wordt verwezen, heeft de rechtspraak van het Hof dit element verduidelijkt.”

En ook in het arrest van 3 oktober 2019 over past performance in de Roemeense zaak *Delta* heeft het Europese Hof van Justitie verwezen naar de beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemer die ten grondslag ligt aan deze uitsluitingsgrond:³⁵

“Die mogelijkheid waarover elke aanbestedende dienst beschikt om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure strekt er meer in het bijzonder toe om hem in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen. In het bijzonder is de in artikel 57, lid 4, onder g), van richtlijn 2014/24 vermelde facultatieve uitsluitingsgrond, gelezen in samenhang met overweging 101 van die richtlijn, gebaseerd op een wezenlijk element van de relatie tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld (zie in die zin arrest van 19 juni 2019, *Meca*, C41/18, EU:C:2019:507, punten 29 en 30).”

33 HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948, pt. 28 (*Connexion*); zie tevens HvJ EU 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04, ECLI:EU:C:2006:94, pt. 21 (*La Cascina*).

34 Conclusie A-G 7 maart 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 42 (*Meca*).

35 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, pt. 26 (*Delta*).

Om te voorkomen dat op basis van ervaringen die in het verleden met een ondernemer zijn opgedaan, lichtzinnig met deze uitsluitingsgrond kan worden omgegaan, zijn voor de toepassing ervan in artikel 2.87 lid 1 sub g Aw enkele waarborgen opgenomen. De uitsluitingsgrond kan slechts tegen een kwestieuze ondernemer worden ingeroepen indien aan alle bestanddelen of elementen van deze bepaling is voldaan: (i) er moet sprake zijn van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen (ii) ten aanzien van wezenlijke voorschriften (iii) bij de uitvoering van een eerdere opdracht, (iv) die heeft geresulteerd in vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie. Hierdoor wordt voorkomen dat ondernemers wegens kleine tekortkomingen die niet raken aan hun betrouwbaarheid kunnen worden uitgesloten.³⁶ Dit is temeer van belang, omdat de uitsluitingsgrond een ruim toepassingsbereik heeft en dus vergaande consequenties kan hebben. Uit de toelichting op voorschrift 3.5A Gids Proportionaliteit volgt in dat verband eveneens dat met de mogelijkheid van uitsluiting op grond van past performance terughoudend moet worden omgegaan.³⁷

De lidstaten hebben enige ruimte om de begrippen uit artikel 57 van de Richtlijn in nationale wet- en regelgeving uit te werken en om te concretiseren wat daar binnen hun eigen rechtssfeer onder wordt verstaan. Dit volgt uit artikel 57 lid 7 van de Richtlijn:

“De Lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel.”

Dit geeft de lidstaten onder meer de mogelijkheid om te verduidelijken wat binnen hun nationale context wordt verstaan onder “*aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen*.” Wel moeten hierbij de wezenlijke kenmerken van de uitsluitingsgronden zoals vastgelegd in de Richtlijn worden gerespecteerd. Indien een lidstaat besluit een facultatieve uitsluitingsgrond in zijn nationale recht te implementeren en de aanbestedende diensten binnen die lidstaat dus in de gelegenheid stelt om ten aanzien van het betreffende aspect de betrouwbaarheid van een ondernemer te beoordelen, mag die lidstaat de bevoegdheid van aanbestedende diensten om de betrouwbaarheid ten volle te toetsen, niet beperken. Hierbij is tevens van belang dat aanbestedende diensten aansprakelijk zijn voor een eventuele foute beslissing omtrent uitsluiting, zodat zij naar eigen inzicht moeten kunnen beoordelen of een uitsluitingsgrond zich voordoet.³⁸ Het Europese Hof van Justitie verduidelijkte in dit verband in het arrest *Meca* dat lidstaten de facultatieve uitsluitingsgrond niet mogen verdraaien of mogen voorbijgaan aan de doelstelling en beginselen die daaraan ten grondslag liggen.³⁹

4.2.1 Aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen

In de eerste plaats moet sprake zijn van “*aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen*.” Hieruit kan worden afgeleid dat de Europese wetgever de past performance uitsluitingsgrond zowel toepasbaar acht op een situatie waarin sprake is van (incidentele) aanzienlijke tekortkomingen als op een situatie waarin de kwestieuze ondernemer blijk heeft gegeven van voortdurende tekortkomingen (die ieder voor zich niet aanzienlijk hoeven te zijn, maar opgeteld wel resulteren in een past performance situatie).

Bij de introductie van past performance als nieuwe uitsluitingsgrond is door de Nederlandse wetgever overwogen dat met deze uitsluitingsgrond wordt voorkomen dat belastinggeld terecht komt bij ondernemers die structureel tekortschieten bij de uitvoering van een opdracht.⁴⁰ Ook is daarbij benadrukt

36 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 70.

37 Zie p. 38 Gids Proportionaliteit.

38 Vgl. overweging 101 van de considerans van de Richtlijn, waarin dit expliciet is overwogen ten aanzien van de ernstige beroepsfout uitsluitingsgrond.

39 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507 (*Meca*).

40 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 10.

dat het dient te gaan om een *“uitzonderlijke situatie.”*⁴¹ De voorbeelden die in de considerans van de Richtlijn worden genoemd, duiden er eveneens op dat de Europese wetgever bij de introductie van deze uitsluitingsgrond het oog heeft op tekortkomingen met een ernstig karakter:⁴²

“een grove wanprestatie zoals bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer.”

Verder blijkt uit de in de considerans van de Richtlijn genoemde voorbeelden dat de tekortkomingen volgens de Europese wetgever niet per se betrekking hoeven te hebben op wanprestatie bij de uitvoering van de eerdere opdracht, maar ook kunnen zien op ander wangedrag.

In de MvT wordt beperkt aandacht besteed aan de betekenis van *“aanzienlijke tekortkomingen.”* Volgens de wetgever is daarvan in ieder geval sprake indien de rechter wanprestatie heeft vastgesteld. Impliciet volgt hieruit dat ook een wanprestatie die (nog) niet door de rechter is vastgesteld, kan worden aangemerkt als aanzienlijke tekortkoming. Dit bevestigt het Europese Hof van Justitie ook in zijn rechtspraak.⁴³ Daarnaast wijst de wetgever, in lijn met het bepaalde in de considerans van de Richtlijn, op de mogelijkheid dat tekortkomingen die niet zijn aan te merken als wanprestatie ook onder de reikwijdte van de uitsluitingsgrond vallen. Gelet op de andere taalversies van de Richtlijn wordt het door de wetgever niet mogelijk geacht om de uitsluitingsgrond te beperken tot gevallen van wanprestaties:⁴⁴

“De tekortkomingen dienen dus hetzij aanzienlijk, hetzij, indien geringer van betekenis, van voortdurende aard te zijn. Onder aanzienlijke tekortkomingen dient in ieder geval te worden verstaan die gevallen waarin de rechter wanprestatie heeft vastgesteld. De richtlijn beperkt de toepassing echter niet tot gevallen waarin sprake is van wanprestatie. (...)”

De Minister heeft tijdens het implementatieproces voorts aangegeven dat geen algemene uitspraak kan worden gedaan over de vraag wanneer sprake is van aanzienlijke tekortkomingen, maar dat een voorbeeld van een “zeer duidelijke tekortkoming” is “het niet uitvoeren van een gegunde opdracht.”⁴⁵

“Jaarlijks vinden in Nederland naar schatting 90.000 aanbestedingen plaats (Bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 34 252, nr. 1, Lastenontwikkeling van de Aanbestedingswet 2012). Al deze aanbestedingen hebben hun unieke eigenschappen. Het is onmogelijk om deze inhoudelijk te beoordelen en het is om deze reden niet mogelijk om een uitspraak te doen over de vraag bij welk percentage er mogelijk sprake is van aanzienlijke tekortkomingen. Een zeer duidelijke tekortkoming kan bijvoorbeeld het niet uitvoeren van een gegunde opdracht zijn.”

Wat onder *“voortdurende tekortkomingen”* moet worden verstaan, is in de wetsgeschiedenis niet verduidelijkt. Het lijkt zowel te kunnen gaan om een tekortkoming die een repeterend karakter heeft als om een veelheid aan verschillende tekortkomingen bij de uitvoering van één en dezelfde opdracht. In ieder geval lijkt het niet te hoeven gaan om voortdurende *“aanzienlijke”* tekortkomingen. De tekst van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw maakt immers een onderscheid tussen aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen. Het begrip *“voortdurende”* roept de vraag op bij welke frequentie een tekortkoming voortdurend wordt. Het bepaalde in de considerans van de Richtlijn duidt erop dat beperkte tekortkomingen niet snel kunnen resulteren in een past performance situatie; het gaat er uiteindelijk om of de tekortkomingen zodanig zijn

41 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 70.

42 Overweging 101 van de considerans van de Richtlijn.

43 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 28-31 (Meca).

44 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 21 en p. 70.

45 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 6, p. 40.

dat zij twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer:⁴⁶

“Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.”

De past performance uitsluitingsgrond bepaalt dat de kwestieuze ondernemer “*blijk*” moet hebben “*gegeven*” van de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen. De MvT verduidelijkt op dit punt dat de tekortkoming daarom binnen de invloedssfeer van de kwestieuze ondernemer moet liggen, maar dat beperking van de reikwijdte van de uitsluitingsgrond op voorhand tot gevallen waarin de tekortkomingen toerekenbaar zijn aan de ondernemer niet mogelijk is. Wel zijn de bepalingen over overmacht en toerekenbaarheid conform het Burgerlijk Wetboek van toepassing bij de inhoudelijke beoordeling of sprake is van een situatie waarin de ondernemer *blijk* heeft gegeven van tekortkomingen.⁴⁷

“Ook het beperken van deze uitsluitingsgrond tot gevallen waarin sprake is van toerekenbaarheid is, gelet op de teksten van de bepalingen in de richtlijnen, niet mogelijk. De aanleiding tot uitsluiting dient wel binnen de invloedssfeer van de ondernemer te liggen.”

“Tot slot dient de tekortkoming binnen de invloedssfeer van de ondernemer te liggen, de ondernemer dient immers *blijk* te hebben gegeven van de tekortkoming. De bepalingen omtrent overmacht en toerekenbaarheid van de tekortkoming in het Burgerlijk Wetboek zijn daarbij van toepassing.”

Ten aanzien van de wijze waarop een aanbestedende dienst bij de aanbesteding van de actuele opdracht kan vaststellen of sprake is van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen, heeft de Nederlandse wetgever geopperd dat denkbaar is dat aanbestedende diensten een register bijhouden waarin deze tekortkomingen worden geregistreerd:⁴⁸

“Het is denkbaar dat met het oog op toepassing van dit criterium aanbestedende diensten een register bijhouden waarin de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van ondernemers kunnen worden geregistreerd. Het ligt in de rede dat aanbestedende diensten voorzien in een zorgvuldige procedure met betrekking tot een dergelijk register. Zo verdient het aanbeveling om hoor en wederhoor toe te passen om onterechte uitsluiting te vermijden.”

4.2.2 Uitvoering van een wezenlijk voorschrift

De aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen moeten betrekking hebben op de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van de eerdere opdracht. In de wetsgeschiedenis wordt dit bestanddeel van de uitsluitingsgrond niet verduidelijkt. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de betekenis van dit bestanddeel erg afhankelijk is van de context van de eerdere opdracht en daardoor casuïstisch is. Een taalkundige uitleg van het begrip ‘wezenlijk’ biedt weinig houvast.⁴⁹ Ook een vergelijking met andere taalversies geeft geen volledige duidelijkheid. De Engelse taalversie spreekt over “*a substantive requirement*” (een inhoudelijk vereiste, met de kanttekening dat de term ‘substantive’ een groot aantal verschillende betekenissen heeft en ook kan duiden op iets wat belangrijk of substantieel is) en de Franse taalversie over “*une obligation essentielle*” (een essentiële verplichting). Rekening houdend met deze taalversies lijkt aannemelijk dat met “wezenlijke” voorschriften wordt bedoeld voorschriften met een

46 Overweging 101 van de considerans van de Richtlijn.

47 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 21 (eerste citaat) en p. 70 (tweede citaat).

48 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 70.

49 De betekenis volgens de Van Dale van het woord wezenlijk (bijvoeglijk naamwoord, bijwoord) is werkelijk bestaand”.

belangrijk / essentieel / fundamenteel karakter. Deze kunnen betrekking hebben op de kernverplichtingen c.q. de essentie van de opdracht, maar ook andere voorschriften die verband houden met de uitvoering van de opdracht kunnen wezenlijk van aard zijn. Dit is afhankelijk van hetgeen de opdrachtgever van de eerdere opdracht contractueel met de opdrachtnemer was overeengekomen, de bewoordingen van die overeenkomst en hetgeen partijen dienaangaande over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Uit het feit dat volgens de Europese wetgever tevens wangedrag, dat twijfel doet rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer, onder de reikwijdte van de uitsluitingsgrond kan vallen, moet worden afgeleid dat wezenlijke voorschriften ook betrekking kunnen hebben op algemenere integriteits- en betamelijkheidsnormen die, ongeacht aard en inhoud van de opdracht, altijd gelden in de contractuele verhouding tussen een aanbestedende dienst (in zijn hoedanigheid van opdrachtgever) en een ondernemer.

Bij het ontbreken van een duidelijke afbakening van het begrip “wezenlijk voorschrift” is het aan de aanbestedende dienst om, met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke beginselen, te bepalen wanneer een wezenlijk voorschrift in het geding is.

4.2.3 Een eerdere opdracht

De aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen moeten zich hebben voorgedaan bij de uitvoering van een eerdere opdracht. Uit de formulering van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw blijkt dat die eerdere opdracht een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht in de zin van de Aw moet zijn. De eerdere opdracht hoeft niet noodzakelijkerwijs Europees te zijn aanbesteed; de bepaling maakt geen onderscheid tussen bovendrempelige en onderdrempelige opdrachten. Dit betekent dat een kwestieuze ondernemer bij de aanbesteding van de actuele opdracht in het UEA ook melding moet maken van situaties van vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties die zich bij de uitvoering van een eerdere onderdrempelige opdracht hebben voorgedaan.

De Europese wetgever heeft uitdrukkelijk willen voorzien in de mogelijkheid dat aanbestedende diensten zich beroepen op past performance situaties die zich bij andere opdrachtgevers hebben voorgedaan. De eerdere opdracht kan dus ook zijn uitgevoerd in opdracht van een andere aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf dan de aanbestedende dienst die of het speciale-sectorbedrijf dat de actuele opdracht aanbesteedt. Waar de Europese Commissie in haar openingsvoorstel voor een nieuwe richtlijn nog slechts uitging van eerdere opdrachten “bij dezelfde aanbestedende dienst”, werd het toepassingsbereik van de uitsluitingsgrond in de definitieve Richtlijntekst uitgebreid door de verwijzing naar “bij dezelfde aanbestedende dienst” te schrappen.⁵⁰

De mogelijkheid om gebruik te maken van past performance situaties die zich bij andere opdrachtgevers hebben voorgedaan, laat onverlet dat iedere aanbestedende dienst bij de aanbesteding van de actuele opdracht zelf zijn eigen beoordeling dient uit te voeren van het gedrag van de ondernemer die bij een eerdere opdracht van een andere opdrachtgever een past performance situatie heeft opgelopen. De aanbestedende dienst voor de aanbesteding van de actuele opdracht is niet automatisch gebonden aan de beoordeling die een andere opdrachtgever in het kader van de eerdere opdracht heeft gedaan. Het evenredigheidsbeginsel zou daaraan ook in de weg staan:⁵¹

“De totstandbrenging van een vertrouwensrelatie tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, veronderstelt dus dat deze aanbestedende dienst

50 Zie hierover ook hoofdstuk 2 van het preadvies.

51 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, pt. 27 (gedeeltelijk) en 29 (Delta).

niet automatisch gebonden is aan de beoordeling door een andere aanbestedende dienst in het kader van een eerdere overheidsopdracht, met name om bij de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht te kunnen besteden aan het evenredigheidsbeginsel (zie in die zin arrest van 19 juni 2019, Meca, C41/18, EU:C:2019:507, punten 30 en 32). Dit beginsel vereist immers dat de aanbestedende dienst de feiten zelf onderzoekt en beoordeelt. (...)

Het staat immers aan de aanbestedende dienst om zijn eigen beoordeling te verrichten van het gedrag van de bij de beëindiging van een eerdere overheidsopdracht betrokken ondernemer. In dat verband dient hij, op basis van alle relevante gegevens – met name het besluit tot vroegtijdige beëindiging – en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, zorgvuldig en onpartijdig na te gaan of die ondernemer volgens hem verantwoordelijk is voor aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een voor die ondernemer, in het kader van die overheidsopdracht, wezenlijk voorschrift waardoor de vertrouwensband met de betrokken ondernemer kan zijn verbroken."

Hoewel de considerans van de Richtlijn verwijst naar gegadigden of inschrijvers die zich "*bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie (...) en wangedrag (...)*"⁵² en de Gids Proportionaliteit ook verwijst naar "*aanzienlijke of herhaaldelijke tekortkomingen van essentiële bepalingen bij eerdere opdrachten*",⁵³ blijkt uit de formulering van de uitsluitingsgrond in art. 2.87 Aw expliciet dat de tekortkomingen in verband waarmee de past performance uitsluitingsgrond wordt ingeroepen, zich bij één opdracht mogen hebben voorgedaan. Niet vereist is dat een ondernemer bij de uitvoering van meerdere opdrachten is tekortgeschoten.

De aanbestedende dienst vergelijkt zijn te plaatsen actuele opdracht met de eerdere opdracht. Het gaat bij deze vergelijking om de vraag of de ondernemer, gelet op de wijze waarop hij de eerdere opdracht heeft uitgevoerd, voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht betrouwbaar is als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. De vergelijkbaarheid van de eerdere opdracht en de actuele opdracht kan een rol spelen bij de beoordeling van de proportionaliteit van de beslissing om een kwestieuze ondernemer uit te sluiten wegens past performance.

Bij het bepalen welke eerdere opdrachten in het kader van de toets aan de uitsluitingsgrond in aanmerking worden genomen, kan worden aangesloten bij de omvang van eerdere opdrachten. Aanbestedende diensten kunnen zelf een 'bagatelgrens' introduceren en eerdere opdrachten enkel vanaf een bepaalde minimale omvang in aanmerking nemen bij de beoordeling of sprake is van een past performance situatie. Dit zal dan wel expliciet moeten blijken uit de aanbestedingsdocumenten voor de aanbesteding van de actuele opdracht. In hoofdstuk 5.6.4.2 wordt deze mogelijkheid uitvoeriger besproken.

52 Zie overweging 101 van de considerans van de Richtlijn.

53 Toelichting op voorschrift 3.5A Gids Proportionaliteit.

4.2.4 Consequentie: vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of een vergelijkbare sanctie

Het laatste bestanddeel van de past performance uitsluitingsgrond is dat de opdrachtgever van de eerdere opdracht een sanctie moet hebben opgelegd in verband met de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen. Het moet dan gaan om vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie. Deze laatste categorie is een restcategorie. In het arrest *Meca* is bevestigd dat geen onherroepelijke veroordeling nodig is. De aanbestedende dienst moet zelf zijn eigen oordeel vormen over het handelen of nalaten van een ondernemer en in dat kader zelf beoordelen of hij een ondernemer betrouwbaar acht voor de uitvoering van de actuele opdracht. Dit betekent ook dat het aanhangig zijn van een juridische procedure waarin de sanctie door de kwestieuze ondernemer wordt aangevochten onverlet laat dat de aanbestedende dienst van de actuele opdracht zelfstandig tot de conclusie kan komen dat hij die ondernemer wegens een past performance situatie niet betrouwbaar acht voor de uitvoering van de actuele opdracht.⁵⁴

“In de tweede plaats kunnen de aanbestedende diensten volgens artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 “elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de [in die bepaling genoemde] voorwaarden”. Uit de bewoordingen van voornoemde bepaling volgt dus dat het wordt overgelaten aan de aanbestedende diensten, en niet aan een nationale rechter, om te beoordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.

In de derde plaats dient de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure er meer in het bijzonder toe om hem in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen, zoals blijkt uit artikel 57, lid 4, onder c) en g), alsmede overweging 101 van richtlijn 2014/24.

Zoals is benadrukt door de advocaat-generaal in de punten 42 en 43 van zijn conclusie, zijn beide uitsluitingsgronden immers gebaseerd op een wezenlijk element van de betrekking tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld. Zo geeft overweging 101, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 aan dat de aanbestedende diensten ondernemers kunnen uitsluiten “die onbetrouwbaar zijn gebleken”, en spreekt de tweede alinea van “wangedrag” bij de uitvoering van eerdere overheidsopdrachten “dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer”.

In de vierde plaats moeten aanbestedende diensten volgens artikel 57, lid 5, van richtlijn 2014/24 de mogelijkheid hebben om een ondernemer uit te sluiten “op ieder moment tijdens de procedure” en niet alleen nadat een rechter zijn beslissing heeft gegeven, hetgeen een aanvullende indicatie vormt van de wil van de Uniewetgever om de aanbestedende dienst toe te staan om in een van de in artikel 57, lid 4, van die richtlijn genoemde gevallen zijn eigen oordeel te vormen over het handelen of nalaten – zowel vóór als tijdens de aanbestedingsprocedure – van een ondernemer.”

Bij vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst in de zin van de past performance uitsluitingsgrond zal het veelal gaan om ontbinding wegens wanprestatie of om een contractueel overeengekomen opzeggings- of beëindigingsgrond die door de opdrachtgever kan worden ingeroepen indien de opdrachtnemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen. Dit laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer een bonus-/ malussystematiek is overeengekomen, de opdrachtnemer het maximum aan malussen heeft verbeurd en de opdrachtgever gerechtigd is wegens

54 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 28-31 (*Meca*).

overschrijding van het malusplafond de overeenkomst vroegtijdig te beëindigen.

Hoewel de term schadevergoeding als zodanig voor zich spreekt, is niet volledig duidelijk wat hieronder in het kader van de past performance uitsluitingsgrond moet worden verstaan. Zo is niet geregeld of de schadevergoeding daadwerkelijk moet zijn voldaan door de kwestieuze ondernemer of dat de enkele aanspraak van de opdrachtgever van de eerdere opdracht voldoende is (ook als die (in rechte) wordt betwist door de ondernemer). Ook rijst de vraag of contractuele boetebedingen die dienen als prikkel tot nakoming (en niet als gefixeerde schadevergoeding) onder de noemer schadevergoeding in de zin van deze bepaling kunnen worden geschaard.⁵⁵ Deze en andere vragen die in de praktijk kunnen rijzen ten aanzien van de afbakening van het begrip schadevergoeding, komen in hoofdstuk 5 uitgebreider aan de orde.

Wat onder een andere vergelijkbare sanctie moet worden verstaan, is in de wetsgeschiedenis niet verduidelijkt. Aanbestedende diensten hebben dan ook discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de invulling van deze restcategorie, waarbij in de rede ligt dat de vergelijkbare sanctie in elk geval qua aard en ernst vergelijkbaar moet zijn met de vroegtijdige beëindiging en schadevergoeding. Volgens de Gids Proportionaliteit moet het gaan om een *“vergelijkbare (niet-standaard en substantiële) sanctie.”*⁵⁶ De in de UAV 2012 en de UAV-GC 2005 opgenomen bevoegdheid voor de opdrachtgever om in geval van verzuim van de aannemer het werk voor rekening van de aannemer door een derde te laten afmaken,⁵⁷ lijkt een goed voorbeeld van een alternatieve sanctie die vergelijkbaar is met de vroegtijdige beëindiging van een overeenkomst.

4.3 De terugkijktermijn

De terugkijktermijn is de maximale termijn waarbinnen past performance situaties als zodanig kunnen leiden tot uitsluiting conform artikel 2.87 lid 1 sub g Aw. Voor alle verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden is (voor zover van toepassing) een maximale terugkijktermijn bepaald. De gedachte hierachter is dat uitsluiting proportioneel dient te zijn, rekening houdend met het tijdsverloop dat zich sinds de gedraging heeft voorgedaan. Voor past performance bedraagt de maximale terugkijktermijn conform het tweede lid van artikel 2.87 Aw drie jaar.

Een belangrijke vraag is wat als ijkmoment moet worden aangehouden voor de terugkijktermijn: het moment waarop de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen zich feitelijk voordeden (althans werden geconstateerd door de opdrachtgever van de eerdere opdracht) of het moment waarop de opdrachtgever van de eerdere opdracht daaraan een consequentie in de vorm van vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sanctie verbond.

Artikel 2.87 lid 2 sub d Aw koppelt de terugkijktermijn aan de tekortkomingen: *“uitsluitend tekortkomingen die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan.”* De werkgroep signaleert echter dat artikel 57 lid 7 van de Richtlijn verwijst naar een terugkijktermijn te rekenen vanaf *“drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis.”* De Engelse tekstversie van de Richtlijn spreekt over *“three years from the date of the relevant event.”* De werkgroep acht aannemelijk dat de Europese wetgever daarbij heeft bedoeld te verwijzen naar het tijdstip van oplegging van de sanctie – en dus niet naar de tekortkomingen. Deze uitleg sluit aan bij de formulering van de uitsluitingsgrond (*“en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties”*) en daarnaast is het moment van oplegging van de sanctie eenvoudiger en preciezer vast te stellen dan het moment waarop zich aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen hebben voorgedaan. Sterker nog, in geval van voortdurende tekortkomingen gaat het om

55 Zie artikel 6:92 BW.

56 Gids Proportionaliteit, p. 35.

57 Zie par. 46 lid 1 UAV 2012 en par. 43 lid 2 UAV-GC 2005.

tekortkomingen die hoe dan ook op verschillende momenten in de tijd hebben plaatsgevonden, zodat in dat geval het peilmoment voor de tekortkomingen eigenlijk niet te bepalen is en enkel aan de hand van de opgelegde sanctie een harde datum voor de terugkijktermijn kan worden bepaald. In overeenstemming met de voormelde uitleg van de Europese wetgever wordt in het UEA aan de ondernemer dan ook niet gevraagd om te verklaren over de tekortkomingen, maar over de sancties die hij bij de uitvoering van eerdere opdrachten heeft opgelopen (hij moet verklaren of een eerdere opdracht *“heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties”*).

Het voorgaande roept de vraag op of de Richtlijn op dit punt correct is geïmplementeerd. Dit is op basis van een vergelijking tussen de Richtlijntekst (Nederlandse en Engelse versie) en de Aw niet definitief vast te stellen.

De vraag in het UEA houdt overigens geen rekening met de maximale terugkijktermijn van drie jaar. De vraag is zo algemeen geformuleerd dat van iedere past performance situatie melding moet worden gemaakt, ongeacht wanneer deze heeft plaatsgevonden. Het ligt in de rede dat het UEA op dit punt met inachtneming van artikel 2.87 lid 2 Aw mag worden uitgelegd, zodat enkel past performance situaties in de drie jaar voor sluiting van de termijn voor aanmelding of inschrijving op de aanbesteding voor de actuele opdracht hoeven te worden vermeld. Dat alleen past performance situaties in de afgelopen drie jaar hoeven te worden vermeld, is geaccordeerd door de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland.⁵⁸

“Dit alles leidt ertoe dat, nu de gewraakte gedragingen van Willemsen-de Koning B.V. buiten de terugkijktermijn van drie jaar vallen, Willemsen-de Koning Groep daarvan in haar UEA geen melding heeft hoeven maken en in zoverre het UEA niet valselijk heeft ingevuld door dat ook niet te doen.”

De voorzieningenrechter hanteerde daarbij als peilmoment wanneer *“de gewraakte gedragingen”* zich hadden voorgedaan en nam dus niet het moment van oplegging van de sanctie tot uitgangspunt. De werkgroep merkt op dat door de zojuist gesignaleerde onzekerheid over de berekening van de terugkijktermijn niet met zekerheid is vast te stellen of het tijdstip van de *“gedragingen”* zoals genoemd door de voorzieningenrechter dan wel het tijdstip van de sanctie maatgevend is.

In ieder geval kan de aanbestedende dienst aan de vermelding van buiten de terugkijktermijn vallende past performance situaties in het UEA als zodanig niet de consequentie van uitsluiting verbinden. Dat betekent overigens niet dat buiten de terugkijktermijn gelegen gedragingen helemaal geen rol kunnen spelen bij een beslissing tot uitsluiting. Zo overwoog de Voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland bijvoorbeeld dat een aanbestedende dienst bij de beoordeling van de proportionaliteit van uitsluiting wegens een ernstige beroepsfout mocht meewegen dat de inschrijver ook in de jaren die vielen buiten de terugkijktermijn herhaaldelijk betrokken was geweest bij strafrechtelijke veroordelingen, verdeningen en vervolgingen.⁵⁹

“Hoewel deze feiten als zodanig elk voor zich niet meer als uitsluitingsgrond mogen worden aangemerkt, mocht de provincie het daaruit blijkende patroon in het kader van de proportionaliteitsstoets zeker meewegen bij de ernst van de gebleken uitsluitingsgronden.”

Een vergelijkbare redenering is denkbaar ten aanzien van de beoordeling van de proportionaliteit van uitsluiting wegens past performance.

De in de Aw opgenomen terugkijktermijn is een maximale termijn. Aanbestedende diensten zijn bevoegd zelfstandig te besluiten dat zij past performance situaties slechts over een kortere periode in aanmerking

58 Vzr Rb Gelderland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3391, r.o. 4.6.

59 Vzr Rb Gelderland 1 maart 2016, JAAN 2016/96, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187, r.o. 4.21 (gedeeltelijk).

nemen. Hierbij dienen zij wel de aanbestedingsrechtelijke beginselen in acht te nemen. Dit betekent onder meer dat zij gelijke gevallen daarbij gelijk dienen te behandelen en een kortere termijn dus consequent moeten toepassen. De beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie noodzaken tevens tot transparantie: een aanbestedende dienst die een kortere terugkijktermijn wil hanteren dan de maximale in de Aw opgenomen termijn, dient dit expliciet te vermelden in de aanbestedingsdocumenten, zodat dit voor alle potentiële inschrijvers duidelijk is en zij mede op basis daarvan kunnen bepalen in hoeverre het voor hen zinvol is om zich aan te melden of in te schrijven.⁶⁰

4.4 Self-cleaning

Indien de aanbestedende dienst heeft vastgesteld dat alle elementen van de past performance uitsluitingsgrond zijn vervuld, kan hij niet zonder meer besluiten tot uitsluiting van de kwestieuze ondernemer. Hij dient conform artikel 2.87a Aw eerst te beoordelen of de kwestieuze ondernemer inmiddels voldoende maatregelen heeft genomen om weer betrouwbaar te zijn. Indien de aanbestedende dienst de genomen maatregelen toereikend acht, moet hij de kwestieuze ondernemer alsnog toelaten tot de aanbesteding. De maatregelen kunnen zowel betrekking hebben op het wegnemen van de schadelijke gevolgen van de fouten of gedragingen, als op het voorkomen van herhaling van de wanprestatie. Dit volgt uit de considerans van de Richtlijn:⁶¹

“Wel moeten ondernemers de mogelijkheid krijgen om maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend voorkomen.”

Volgens de Nederlandse wetgever gaat het om maatregelen waarmee de onderneming voldoende “*schoon schip*” maakt.⁶² Hiervoor wordt in de praktijk veelal de term ‘self-cleaning’ gebruikt. De mogelijkheid van self-cleaning vormt een belangrijke waarborg voor de kwestieuze ondernemer: hij kan hiermee bewerkstelligen dat hij, terwijl de terugkijktermijn nog loopt, niet meer wordt uitgesloten in verband met de past performance situatie die hij heeft opgelopen, omdat hij door de genomen maatregelen zijn betrouwbaarheid als potentiële opdrachtnemer voor de actuele opdracht alsnog heeft aangetoond. De maatregelen benadrukken het belang dat wordt gehecht aan de betrouwbaarheid van de ondernemer, zo overwoog het Europese Hof van Justitie in *Meca*.⁶³

De beoordeling van de genomen self-cleaning maatregelen vindt plaats om vast te stellen of de kwestieuze ondernemer ondanks de past performance situatie wel betrouwbaar is als opdrachtnemer voor de actuele opdracht; deze beoordeling vindt dus van geval tot geval plaats. Dit betekent dat de genomen maatregelen voor de ene actuele opdracht wel als toereikend kunnen worden aangemerkt en voor de andere actuele opdracht niet. Ook is denkbaar dat de ene aanbestedende dienst genomen (herstel)maatregelen toereikend acht om de kwestieuze ondernemer weer als betrouwbaar aan te merken, terwijl de betrouwbaarheid van diezelfde kwestieuze ondernemer voor de andere aanbestedende dienst niet vaststaat. Dit leidt tot verschillende voor de praktijk relevante vraagstukken, onder meer ten aanzien van de informatievergaring door de aanbestedende dienst die zich wil beroepen op een past performance situatie die zich bij een andere opdrachtgever heeft voorgedaan en ten aanzien van de (rechts)onzekerheid voor de kwestieuze ondernemer als gevolg van de beoordelingsruimte die individuele aanbestedende diensten hebben. In hoofdstuk 5 komen deze nader aan bod.

60 Vgl. HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (Connexion).

61 Overweging 102 considerans Richtlijn.

62 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 81.

63 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 41 (Meca).

In artikel 57 Richtlijn⁶⁴ en artikel 2.87a Aw zijn geen specifieke self-cleaning maatregelen per uitsluitingsgrond opgenomen. In plaats daarvan zijn voor de in artikel 2.86 lid 1 en lid 3 genoemde verplichte uitsluitingsgronden en de facultatieve uitsluitingsgronden algemeen toepasbare mogelijke self-cleaning maatregelen omschreven. Het tweede lid van artikel 2.87a Aw bepaalt dat de kwestieuze ondernemer in het kader van self-cleaning dient te bewijzen:

- dat hij schade die voortvloeit uit fouten of wangedrag als bedoeld in artikel 2.87 Aw heeft vergoed of heeft toegezegd te vergoeden, en/of;
- dat hij heeft bijgedragen aan opheldering van feiten en omstandigheden door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten, en/of;
- dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere fouten te voorkomen.

De considerans van de Richtlijn noemt een aantal concrete maatregelen waaraan in dit kader kan worden gedacht:⁶⁵

“Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslagleggings- en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving, en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding. Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten.”

Er moet van worden uitgegaan dat de kwestieuze ondernemer niet telkens alle typen maatregelen genoemd in artikel 2.87a lid 2 Aw hoeft aan te tonen om zijn betrouwbaarheid te bewijzen. Zo hangt het af van de aard van de eerdere opdracht, de aard en ernst van de tekortkomingen in die eerdere opdracht en de context waarin de past performance situatie zich heeft voorgedaan wat passende self-cleaning maatregelen zijn. Self-cleaning zal na een past performance situatie veroorzaakt door falend projectmanagement of personele onderbezetting andere maatregelen vergen dan self-cleaning na de uitvoering van opdrachten waarin de kwestieuze ondernemer technisch niet in staat is gebleken de gevraagde producten te leveren. Ook de aard en omvang van de actuele opdracht spelen een rol bij de beantwoording van de vraag wat van de kwestieuze ondernemer kan worden gevergd om zijn betrouwbaarheid als potentiële opdrachtnemer voor de actuele opdracht aan te tonen. Bovendien zijn niet alle maatregelen in artikel 2.87a lid 2 Aw even goed toepasbaar op een past performance situatie. Zo zal in de meeste past performance gevallen geen sprake zijn geweest van onderzoek door autoriteiten waaraan de kwestieuze ondernemer zijn medewerking heeft moeten verlenen. De noodzaak om de vertrouwenwekkende maatregelen van geval tot geval te beoordelen, wordt door de Nederlandse wetgever ook onderkend:⁶⁶

“Gezien de diversiteit aan overtredingen en de te nemen vertrouwenwekkende maatregelen is het onmogelijk om centraal vast te leggen welke maatregelen in het concrete geval voldoende zijn om alsnog te worden toegelaten tot een overheidsopdracht. De vertrouwenwekkende maatregel moet er in ieder geval wel op gericht zijn om redelijkerwijs herhaling van het delict te kunnen voorkomen.”

Wel volgt uit het openingsvoorstel van de Commissie voor de Richtlijn dat de Commissie heeft beoogd de mogelijkheid voor kwestieuze ondernemers om hun betrouwbaarheid aan te tonen, te beperken tot maatregelen die vallen binnen de drie uitdrukkelijk in artikel 2.87a Aw genoemde categorieën:⁶⁷

64 Artikel 57 lid 6 en overweging 102 considerans Richtlijn.

65 Overweging 102 considerans Richtlijn.

66 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 82.

67 Non-paper prepared by the Commission Services (DG Internal Market) on Cluster 3, Annex to Note 5736/12, MAP 4 MI 48,

"2. Under the proposed system, candidates or tenderers who are about to be excluded on the basis of one of the grounds for exclusion have the right to submit to the contracting authority evidence demonstrating that they have taken appropriate measures to remedy the consequences of past misconduct and to effectively prevent future occurrences. To this effect, they have to prove, the following three elements: 1) Compensation of any damage caused by the criminal offence or misconduct; 2) active collaboration with the investigating authorities to clarify the facts and circumstances of the case in a comprehensive manner; and 3) concrete technical, organisational and personal measures appropriate to prevent further criminal offences or misconduct. (...)

4. The proposed system ensures that the decision on acceptance of "self-cleaning" measures is taken by the contracting authority on the basis of harmonised criteria in a case-by-case approach, taking into account not only the nature of the misconduct and the measures taken by the economic operator but also the concrete circumstances of the contract award at hand. This allows for a flexible and realistic practice." (onderstrepingen toegevoegd)

De Commissie verwijst uitdrukkelijk naar "*harmonised criteria*". De discretionaire beoordelingsruimte van de aanbestedende dienst ligt dan in de mogelijkheid om van geval tot geval te bepalen welke concrete maatregelen binnen het kader van artikel 2.87a Aw geschikt en toereikend zijn en om de relevante feiten en omstandigheden in het individuele geval in aanmerking te nemen bij de beoordeling van de door de kwestieuze ondernemer genomen maatregelen (zowel voor wat betreft de aard en ernst van de past performance als voor wat betreft de concrete omstandigheden van de voorgenomen gunning). Bij de verwijzing naar "*harmonised criteria*" past wel de opmerking dat de Commissie blijkens haar openingsvoorstel nadrukkelijk streefde naar uniformiteit bij de toepassing van de nieuwe uitsluitingsgrond. In de finale richtlijntekst is het accent verschoven naar een zo breed mogelijk toepassingsbereik, waarbij het vereiste van een 'sanctie' is geïntroduceerd.

In ieder geval kan de vergoeding van de schade voortvloeiend uit een past performance situatie of de toezegging dat deze schade wordt vergoed, eraan bijdragen dat de kwestieuze ondernemer zijn betrouwbaarheid weer heeft aangetoond, zo volgt uit artikel 2.87a lid 2 Aw. Dit levert een spanningsveld op met het feit dat het betaald hebben van schadevergoeding in verband met aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van de eerdere opdracht tevens een bestanddeel is van de uitsluitingsgrond zelf.

Ook het leveren van bewijs ten aanzien van de genomen technische en organisatorische maatregelen die geschikt zijn om herhaling van de wanprestatie of het wangedrag te voorkomen, is passend in een past performance situatie. De te verstrekken bewijsmiddelen zijn niet ingekaderd, zodat moet worden aangenomen dat de kwestieuze ondernemer met alle mogelijke middelen de genomen maatregelen mag bewijzen.

Conform het derde lid van artikel 2.87a Aw moeten de genomen maatregelen door de aanbestedende dienst worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de fouten die zich hebben voorgedaan. De begrippen 'ernst' en 'bijzondere omstandigheden' zijn in de wetsgeschiedenis niet nader toegelicht. De verplichting om de ernst van de fouten in aanmerking te nemen duidt erop dat, in het geval de tekortkomingen in de eerdere opdracht ernstiger waren, hogere eisen mogen worden gesteld aan de genomen self-cleaning maatregelen. Voorstelbaar is dat de bijzondere omstandigheden waaronder de past performance situatie zich heeft voorgedaan, aanleiding kunnen geven om in het ene geval hogere eisen aan self-cleaning te stellen en in het andere geval juist lagere. Hierbij gaat het er uiteindelijk om of de self-cleaning maatregelen toereikend zijn om de kwestieuze ondernemer voor de actuele opdracht als een betrouwbare partij te kunnen aanmerken. In het geval

de aanbestedende dienst in de aanbesteding voor de actuele opdracht niet dezelfde entiteit is als de opdrachtgever van de eerdere opdracht, vergt dit dat de aanbestedende dienst voldoende informatie vergaart over de ernst en de bijzondere omstandigheden ten aanzien van de past performance situatie in de eerdere opdracht.

De werkgroep signaleert dat het een aanbestedende dienst volgens het Hof Den Haag⁶⁸ was toegestaan om niet alleen de voorgestelde of genomen maatregelen op zichzelf te beoordelen, maar ook te onderzoeken of de inschrijver de oorzaken van het onrechtmatige gedrag onderkende en aanpakte, juist omdat de uitsluiting was gebaseerd op het ontbreken van vertrouwen van de aanbestedende dienst in (de integriteit van) de ondernemer. Opgemerkt wordt dat het arrest betrekking had op een ernstige beroepsfout (en het afleggen van valse verklaringen) en niet op past performance. Het niet of niet voldoende erkennen van de oorzaken van de ernstige fout zou dan volgens het Hof een rol kunnen spelen bij de vraag of de voorgestelde maatregelen voldoende zijn om het vertrouwen in de kwestieuze ondernemer te herstellen. Artikel 2.87a Aw verwijst niet expliciet naar het erkennen van de oorzaken van het probleem als relevant gegeven bij de beoordeling van de self-cleaning maatregelen. Het erkennen van die oorzaken kan er indirect echter wel aan bijdragen dat de ondernemer zijn betrouwbaarheid weer aantoot, bijvoorbeeld doordat hij concrete maatregelen treft die de oorzaak aanpakken, om zo herhaling te voorkomen. Tegelijkertijd is in de literatuur terecht gesignaleerd dat van ondernemers niet zonder meer verwacht kan worden dat zij het spreekwoordelijke 'boetekleed' aantrekken en fouten erkennen die zij bijvoorbeeld nog in rechte betwisten.⁶⁹

De bewijslast ten aanzien van de genomen self-cleaning maatregelen ligt bij de kwestieuze ondernemer. Indien hij meent dat hij, ondanks de toepasselijkheid van de past performance uitsluitingsgrond, inmiddels voldoende self-cleaning maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, zal hij dit in het UEA concreet moeten toelichten aan de hand van de specifieke maatregelen die hij ter zake heeft genomen. Het is vervolgens aan de aanbestedende dienst om, met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke beginselen,⁷⁰ te beoordelen of deze maatregelen toereikend zijn. Hierbij kan de aanbestedende dienst de maatregelen aan een nader onderzoek onderwerpen en zo nodig aan de kwestieuze ondernemer vragen om een nadere toelichting of nader bewijs, mits dit noodzakelijk is voor de beoordeling of de genomen maatregelen toereikend zijn (zie het arrest *Vosloh Laeis*):⁷¹

"Verder dient erop te worden gewezen dat, voor zover de aanbestedende dienst de ondernemer ook erom kan vragen dat deze het bewijs levert van de door hem getroffen maatregelen die herhaling van de vastgestelde inbreuken kunnen voorkomen, de aanbestedende dienst van deze ondernemer kan eisen dat deze feiten aandraagt die aannemelijk kunnen maken dat de maatregelen waarop hij zich beroept, daadwerkelijk geschikt zijn om herhaling van het verweten gedrag te voorkomen, gelet op de bijzondere omstandigheden waarin die inbreuken zijn gepleegd. De omstandigheid dat de bewijzen die de ondernemer dienaangaande moet verstrekken al door de mededingingsautoriteit in de loop van haar onderzoek zijn opgevraagd, rechtvaardigt op zichzelf niet dat de ondernemer deze niet hoeft te verstrekken aan de aanbestedende dienst, tenzij de feiten of omstandigheden waarvan het bewijs wordt gevraagd al voldoende duidelijk blijken uit

68 Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851, r.o. 11.

69 Zie JAAN 2020/48. In die bijdrage wordt tevens verwezen naar de KPN-zaken, waarin KPN het verwijt kreeg dat zij 'valse verklaringen' had afgelegd, omdat zij, bij het ontbreken van onherroepelijke boetebesluiten, niet wilde verklaren dat zij ernstige fouten had begaan; Vzr Rb Den Haag 31 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:17058.

70 Voor aanbestedende diensten die tevens bestuursorgaan zijn, geldt daarnaast dat op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur verplichtingen op hen rusten, onder meer ten aanzien van een zorgvuldige voorbereiding van hun beslissing en gelijke behandeling. Deze verplichtingen gelden ook binnen het kader van een aanbesteding (artikel 3:1 lid 2 Awb en HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert)).

71 HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855, pt. 32-33 (Vosloh Laeis).

andere door de ondernemer verstrekte documenten en met name uit het besluit houdende vaststelling van diens inbreuk op de mededingingsregels.

Gelet op een en ander dient op de eerste en de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 80 van richtlijn 2014/25, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24, in die zin moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een bepaling van nationaal recht die eist dat een ondernemer die ondanks het bestaan van een toepasselijke uitsluitingsgrond zijn betrouwbaarheid wil aantonen, de feiten en omstandigheden in verband met de strafrechtelijke inbreuk of met de begane fout volledig opheldert door niet alleen met de onderzoekende autoriteit, maar ook met de aanbestedende dienst in het kader van de specifieke rol van deze laatste, actief mee te werken om het herstel van zijn betrouwbaarheid te bewijzen, voor zover die medewerking beperkt blijft tot de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor dit onderzoek.”

De aanbestedende dienst heeft beoordelingsruimte ten aanzien van de vraag of de genomen maatregelen al dan niet toereikend zijn. Indien hij echter van mening is dat de genomen maatregelen toereikend zijn, *moet* hij de ondernemer toelaten tot de aanbesteding.

De beslissing van de aanbestedende dienst ten aanzien van het al dan niet toereikend zijn van de genomen self-cleaning maatregelen moet in overeenstemming zijn met de aanbestedingsrechtelijke beginselen en voorts controleerbaar zijn voor de kwestieuze ondernemer en voor concurrent ondernemers. Ook moet deze beslissing toetsbaar zijn door de rechter. Wanneer de aanbestedende dienst van mening is dat de genomen maatregelen onvoldoende zijn en hij dientengevolge besluit tot uitsluiting wegens past performance, zal hij dit gemotiveerd moeten mededelen aan de kwestieuze ondernemer. Ook deze motiveringsplicht vergt van de aanbestedende dienst dat hij zelf voldoende onderzoek doet voordat hij ter zake een besluit neemt.⁷²

De motiveringsplicht van de aanbestedende dienst wordt bevestigd in de Gids Proportionaliteit:⁷³

“Mocht de aanbestedende dienst ondanks de gegeven uitleg toch willen overgaan tot uitsluiting, dan dient hij te motiveren waarom naar zijn mening de betrouwbaarheid onvoldoende is aangetoond en deze ondernemer dus toch wordt uitgesloten.”

Indien de aanbestedende dienst de maatregelen wel toereikend acht en ondanks de toepasselijkheid van de uitsluitingsgrond afziet van uitsluiting, zal hij dit op verzoek aan concurrent ondernemers moeten kunnen toelichten.

Uit de formulering van artikel 2.87a Aw volgt dat de maatregelen die de aanbestedende dienst in aanmerking kan nemen bij zijn besluit of voldoende self-cleaning heeft plaatsgevonden, voorafgaand aan de aanmelding of inschrijving moeten zijn uitgevoerd, althans dat de kwestieuze ondernemer ten minste bezig moet zijn met de implementatie van deze maatregelen (er rekening mee houdend dat niet alle typen maatregelen zich binnen een korte termijn laten implementeren). Het artikel verwijst in dat verband naar het feit dat de ondernemer schade *heeft vergoed* of *heeft toegezegd deze te vergoeden* (in de Engelse tekstversie van de Richtlijn wordt dit laatste aangeduid als: “*has paid or undertaken to pay compensation*”⁷⁴), heeft bijgedragen aan opheldering van feiten en omstandigheden door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten of dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafbare feiten of fouten te voorkomen.

72 Artikel 2.87a lid 3 Aw.

73 Gids Proportionaliteit, p. 39.

74 Artikel 57 lid 6 Richtlijn.

Het Hof Den Haag heeft in 2020 in een zaak die ging over self-cleaning overwogen dat de kwestieuze ondernemer een (belangrijk) deel van de maatregelen nog niet had geïmplementeerd en dat die maatregelen dus nog niet op effectiviteit konden worden getoetst, en dat de aanbestedende dienst in het nadeel van de kwestieuze ondernemer rekening mocht houden met het gegeven dat nog niet alle maatregelen al daadwerkelijk waren geïmplementeerd.⁷⁵ Daarbij liet het Hof overigens ook uitdrukkelijk ruimte voor een andersluidende conclusie.

“14. De Staat heeft er voorts terecht op gewezen dat een (belangrijk) deel van de maatregelen nog niet was geïmplementeerd en dus nog niet op effectiviteit kon worden getoetst. Hoewel niet is uitgesloten dat voorgenoemen en nog niet geïmplementeerde maatregelen in de beoordeling worden betrokken, had de Staat, mede in het licht van de ernst van de feiten, in dit geval ook de vrijheid om rekening te houden met het gegeven dat nog niet alle maatregelen al daadwerkelijk waren geïmplementeerd. SQL heeft niet in voldoende mate onderbouwd dat de beslissing van de Staat daarom niet proportioneel of niet niet-discriminatoire is.”

Uit het arrest is eveneens af te leiden dat de rechter de beslissing van de aanbestedende dienst ten aanzien van de (on)toereikendheid van de genomen maatregelen slechts marginaal toetst.⁷⁶

“Op grond van het bepaalde in artikel 2.87a lid 1 Aw 2012 stelt een aanbestedende dienst een gegadigde op wie een uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.87 Aw 2012 van toepassing is, in de gelegenheid te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. In de parlementaire toelichting op dit artikel is opgenomen dat het aan de aanbestedende dienst is om te bepalen of het bewijs van betrouwbaarheid toereikend is (Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 71). Daarmee is het oordeel van de aanbestedende dienst niet aan rechterlijke toetsing onttrokken, maar die rechterlijke toetsing zal aan de aanbestedende dienst het primaat moeten laten, zodat beoordeeld moet worden of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. De beslissing om een gegadigde al dan niet uit te sluiten moet steeds proportioneel en niet-discriminatoire zijn.” (onderstrepingen toegevoegd)

De Richtlijn lijkt tot slot te verwijzen naar de mogelijkheid dat de kwestieuze ondernemer de aanbestedende dienst van de actuele opdracht verzoekt dat de maatregelen die hij heeft genomen voorafgaand aan de aanbesteding van de actuele opdracht worden getoetst.⁷⁷

“Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten. De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, getoetst worden. Het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, dient aan de lidstaten te worden overgelaten.”

Deze mogelijkheid is in de Aw niet uitgewerkt (hetgeen in de optiek van de werkgroep onverlet laat dat een aanbestedende dienst deze mogelijkheid wel aan een kwestieuze ondernemer kan bieden). Met een toetsing voorafgaand aan de start van de aanbesteding van de actuele opdracht kan worden voorkomen dat de kwestieuze ondernemer nodeloos inspanningen verricht en kosten maakt voor de voorbereiding van een inschrijving op de aanbesteding van de actuele opdracht, terwijl hij door de aanbestedende dienst zal worden uitgesloten omdat hij volgens de aanbestedende dienst nog niet voldoende self-cleaning maatregelen heeft genomen.

75 Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851, r.o. 14; zie tevens de noot in JAAN 2020/93.

76 Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851, r.o. 9.1; zie tevens de noot in JAAN 2020/93.

77 Overweging 102 considerans Richtlijn.

Deze toetsing hoeft volgens de Europese wetgever⁷⁸ niet per se plaats te vinden bij de aanbestedende dienst zelf, maar kan ook op centraal of decentraal niveau door daartoe aangewezen autoriteiten worden uitgevoerd:⁷⁹

“Het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, dient aan de lidstaten te worden overgelaten. Het moet de lidstaten meer bepaald vrijstaan te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten toelaten de desbetreffende evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen.”

Opvallend aan deze overweging is dat, indien de toetsing door een autoriteit op centraal of decentraal niveau plaatsvindt, de beoordeling van de toereikendheid van de genomen self-cleaning maatregelen wordt geabstraheerd van de actuele opdracht én van de aanbestedende dienst van de actuele opdracht. De vraag kan worden gesteld hoe dit zich verhoudt met het feit dat de betrouwbaarheidsbeoordeling als zodanig juist wel door de aanbestedende dienst van de actuele opdracht moet worden uitgevoerd, waarbij het erom gaat of de ondernemer voor hem betrouwbaar is als opdrachtnemer voor de actuele opdracht.⁸⁰

4.5 Proportionaliteit

De beslissing om een ondernemer al dan niet uit te sluiten wegens een past performance situatie, vergt een beoordeling van geval tot geval, op basis van de concrete feiten en omstandigheden bij de aanbesteding van de actuele opdracht. Het Europese Hof van Justitie heeft meerdere malen overwogen dat nationale regelingen waarbij bepaalde overtredingen of tekortkomingen resulteren in automatische uitsluiting niet verenigbaar zijn met de Richtlijn.⁸¹ Proportionaliteit speelt een belangrijke rol bij de toepassing van de uitsluitingsgronden. Dit geldt dus ook voor de concrete beslissing van de aanbestedende dienst tot uitsluiting van een ondernemer wegens past performance.

Het belang van proportioneel handelen wordt bevestigd door de algemene verplichting voor aanbestedende diensten conform artikel 18 Richtlijn om proportioneel te handelen. Deze verplichting brengt met zich dat de aanbestedende dienst nooit automatisch gebonden is aan de beoordeling door een andere opdrachtgever in het kader van een eerdere opdracht, maar dat hij altijd zelf:⁸²

“zijn eigen beoordeling [dient] te verrichten van het gedrag van de bij de beëindiging van een eerdere overheidsopdracht betrokken ondernemer. In dat verband dient hij, op basis van alle relevante gegevens – met name het besluit tot vroegtijdige beëindiging – en met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, zorgvuldig en onpartijdig na te gaan of die ondernemer volgens hem verantwoordelijk is voor aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een voor die ondernemer, in het kader van die overheidsopdracht, wezenlijk voorschift waardoor de vertrouwensband met de betrokken ondernemer kan zijn verbroken.”

Proportionaliteit houdt in relatie tot een beslissing tot uitsluiting in dat uitsluiting van de kwetsieuzer ondernemer als zodanig en de duur van de periode gedurende welke een ondernemer kan worden

78 Zie eveneens overweging 102 van de considerans van de Richtlijn. En zie tevens overweging 107 van de considerans van richtlijn 2014/25/EU.

79 De werkgroep verwijst in dat kader volledigheidshalve naar een arrest van het Europese Hof van Justitie d.d. 11 juni 2020 (C-472/19, ECLI:EU:C:2020:468, Vert Marine), waarin prejudiciële vragen van een Franse rechter dienaangaande zijn beantwoord (die specifiek betrekking hebben op de Franse context).

80 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 (Delta).

81 Zie onder meer HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (Forposta), HvJ EU 19 mei 2009, C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317 (Assitur) en HvJ EU 16 december 2008, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731 (Michaniki).

82 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, pt. 29 (Delta).

uitgesloten⁸³ in een redelijke verhouding moeten staan tot de ernst van de gedraging en tot de aard en omvang van de opdracht. Dit wordt bevestigd in de MvT bij de Aw:⁸⁴

“De beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan en de periode waarvoor een ondernemer na een veroordeling wordt uitgesloten moet, gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen, steeds proportioneel en niet-discriminatoir zijn. Proportioneel wil zeggen dat de uitsluiting als zodanig en de duur ervan in verhouding moeten staan tot de ernst van de gedraging in kwestie en tot de aard en de omvang van de opdracht (onderdeel c).”⁸⁵

De verplichting om proportioneel te handelen is ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden bevestigd in overweging 101 van de considerans van de Richtlijn:⁸⁶

“Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.”⁸⁷

De verplichting van de aanbestedende dienst conform artikel 1.10 Aw om uitsluitend voorwaarden en criteria te stellen aan inschrijvers die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht, is daarmee in overeenstemming. Daarbij is van belang om op te merken dat het tweede lid van artikel 1.10 Aw geen limitatieve opsomming bevat van de elementen ten aanzien waarvan een proportionaliteitstoets dient te worden uitgevoerd. De concrete invulling van een uitsluitingsgrond kan dus aan een proportionaliteitstoets worden onderworpen, ook al volgt dit niet met zoveel woorden uit artikel 1.10 Aw.⁸⁸

Ook specifiek in relatie tot de past performance uitsluitingsgrond heeft de wetgever het belang van een proportionaliteitstoets benadrukt, onder verwijzing naar zowel de ‘tekortkoming’ als de ‘sanctie’:⁸⁹

“Uiteraard dient een en ander altijd proportioneel te zijn. Het ligt voor de hand dat uitsluiting vanwege een relatief lage schadevergoeding die standaard uit het contract voortvloeit voor een kleine tekortkoming niet proportioneel zal zijn. Het dient dus om een uitzonderlijke situatie te gaan.”

De Gids Proportionaliteit bevestigt de noodzaak van een proportionaliteitstoets ten aanzien van de ernst van de gedragingen in verband waarmee de aanbestedende dienst van de actuele opdracht zich mogelijk wil beroepen op uitsluiting van de kwestieuze ondernemer en ten aanzien van de zwaarte van de sanctie die in verband hiermee is opgelegd:⁹⁰

“Het gaat zeker niet om kleine tekortkomingen, maar om aanzienlijke of herhaaldelijke tekortkomingen van essentiële bepalingen bij eerdere opdrachten, waar de ondernemer verantwoordelijk voor gehouden kan worden. Zoals het consequent niet nakomen van essentiële

83 De werkgroep sluit hier aan bij de formulering in de MvT, maar signaleert dat die formulering eigenlijk niet helemaal de lading dekt. De aanbestedende dienst van de actuele opdracht neemt immers op een bepaald moment een concrete beslissing tot uitsluiting van de ondernemer van deelname aan de betreffende opdracht. Hij beslist niet om de ondernemer voor een bepaalde duur uit te sluiten.

84 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 81.

85 Onderdeel c is sinds de inwerkingtreding van de Aw versie 2016 (implementatie Richtlijn) onderdeel b.

86 En zie tevens de verwijzing naar dit onderdeel van de considerans in Meca, HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 32.

87 Mits ook is voldaan aan het element van de oplegging van een sanctie conform artikel 2.87 lid 1 sub g Aw.

88 Zie ook Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 52-53.

89 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 70.

90 Gids Proportionaliteit, p. 39-40.

levertijden of het wezenlijk afwijken van de gecontracteerde kwaliteit welke ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer.

Daarbij is ook van belang, dat de tekortkomingen geleid hebben tot vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst, schadevergoeding of andere vergelijkbare (niet-standaard en substantiële) sanctie. De bepaling ziet daarmee nadrukkelijk op uitzonderlijke situaties, bijvoorbeeld niet levering of niet uitvoering van een opdracht. De tekortkoming moet objectief en consistent vastgesteld zijn (professioneel contractmanagement is van essentieel belang in deze). Uitsluiting op basis van een eenmalige slechte beoordeling van een projectleider is dus niet proportioneel.”

Hieruit volgt dat de aanbestedende dienst bij zijn beoordeling of alle bestanddelen van de past performance uitsluitingsgrond zijn vervuld, indien hij vaststelt dat mogelijk sprake is van een past performance situatie, altijd nog een proportionaliteitstoets dient uit te voeren. Te beperkte tekortkomingen, of tekortkomingen die niet hebben geresulteerd in een sanctie als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub g Aw, mogen uit oogpunt van proportionaliteit niet aan de ondernemer worden tegengeworpen. Dit betekent dat tekortkomingen bij eerdere opdrachten, ook als die hebben geresulteerd in vroegtijdige beëindiging van de eerdere opdracht, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie, niet zonder meer resulteren in een past performance situatie.

Andersom kunnen past performance ervaringen die zich hebben voorgedaan buiten de terugkijktermijn, en die als zodanig niet tot uitsluiting kunnen leiden, er onder omstandigheden aan bijdragen dat uitsluiting *wel* proportioneel is. Zoals in paragraaf 4.3 bij de bespreking van de terugkijktermijn eveneens aan de orde kwam, overwoog de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland ten aanzien van feiten die elk voor zich niet meer als uitsluitingsgrond mochten worden aangemerkt, dat het daaruit blijkende patroon van overtredingen in het kader van de proportionaliteitstoets mocht worden meegewogen bij de ernst van de gebleken uitsluitingsgronden:⁹¹

“Hoewel deze feiten als zodanig elk voor zich niet meer als uitsluitingsgrond mogen worden aangemerkt, mocht de provincie het daaruit blijkende patroon in het kader van de proportionaliteitstoets zeker meewegen bij de ernst van de gebleken uitsluitingsgronden. Niet weersproken is dat, omdat het voldoen aan de wet- en regelgeving op het gebied van milieu en arbeidsomstandigheden een wezenlijk onderdeel vormt van de door de opdrachtnemer uit te voeren werkzaamheden (waarbij onder meer de verwijdering van asbesthoudende materialen aan de orde is), de looptijd van het project vijftien jaar is en het een waarde heeft van circa 4 miljoen, het van groot belang is dat de opdrachtnemer een professionele, betrouwbare en integere onderneming is die hieraan voldoet/kan voldoen.

Gezien de ernst en de omvang, alsook het terugkerende patroon, van de (reeks van) feiten in combinatie met het voorwerp van de opdracht heeft de provincie in het kader van de evenredigheids-/proportionaliteitstoets dan ook op goede gronden kunnen beslissen dat het door [eiseres] voldoen aan de facultatieve uitsluitingsgronden ook daadwerkelijk tot uitsluiting van de inschrijving van [eiseres] dient te leiden.”

De betreffende uitspraak had betrekking op de ernstige beroepsfout, maar de overweging van de voorzieningenrechter kan ook worden toegepast op de past performance uitsluitingsgrond.

3. Proportionaliteitstoets ex artikel 2.88 Aw

Tot slot bevat artikel 2.88 Aw nog een proportionaliteitstoets *nadat* de aanbestedende dienst heeft

91 Vzr Rb Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187, r.o. 4.21 (gedeeltelijk).

geconcludeerd dat de uitsluitingsgrond op de kwestieuze ondernemer van toepassing is en dat de genomen self-cleaning maatregelen naar het oordeel van de aanbestedende dienst niet toereikend zijn (of in het geheel geen self cleaning maatregelen zijn genomen). In dat geval kan de aanbestedende dienst alsnog afzien van uitsluiting, wanneer uitsluiting in het concrete geval niet gerechtvaardigd is (i) vanwege de tijd die sinds de veroordeling is verstreken en (ii) gelet op de aard van de opdracht. Deze voorwaarden zijn volgens de bewoordingen van artikel 2.88 Aw cumulatief.

In artikel 2.88 sub b Aw wordt verwezen naar de tijd die is verstreken sinds “de veroordeling”, hetgeen het toepassingsbereik van de bepaling lijkt te beperken tot gevallen waarin (daadwerkelijk) een veroordeling heeft plaatsgevonden.⁹² In de MvT⁹³ is in dit verband toegelicht dat de aanbestedende dienst ondanks de toepasselijkheid van de uitsluitingsgrond de opdracht toch kan gunnen:⁹⁴

“omdat het delict gezien de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en de aard van de opdracht niet zodanig relevant is dat uitsluiting in het concrete geval gerechtvaardigd is.”

En hierbij is voorts verduidelijkt dat de bepaling:

“de aanbestedende dienst de mogelijkheid [geeft] om een ondernemer die onherroepelijk veroordeeld is wegens een delict en geen gedragsverklaring aanbesteden heeft gekregen, toch de opdracht te gunnen.”⁹⁵

Tegelijkertijd is in de MvT eveneens bepaald dat de gronden in artikel 2.88 Aw “bij alle uitsluitingsgronden [kunnen] worden toegepast.”⁹⁶ Hiervan uitgaande ligt het voor de hand om aan de “veroordeling” een ruimere betekenis toe te kennen en deze in het geval van de past performance uitsluitingsgrond te lezen als de “sanctie” die is opgelegd. Dit is ook in overeenstemming met de algemene strekking van het proportionaliteitsbeginsel, zoals ook verwoord in artikel 18 Richtlijn en artikel 1.10 Aw en door de wetgever aangehaald in de MvT (“*Proportioneel wil zeggen dat de uitsluiting als zodanig en de duur ervan in verhouding moeten staan tot de ernst van de gedraging in kwestie en tot de aard en de omvang van de opdracht (onderdeel c).*” – onderstreping toegevoegd).⁹⁷

Voor wat betreft “de aard van de opdracht” als proportionaliteitsaspect geldt dat de actuele opdracht waarvoor de aanbestedende dienst voornemens is om de kwestieuze ondernemer uit te sluiten, afgezet moet worden tegen de eerdere opdracht waarin de slechte past performance is geleverd. Hoewel de actuele opdracht blijkens de bestanddelen van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw niet identiek aan of vergelijkbaar met de eerdere opdracht hoeft te zijn, dient bij de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel wel acht te worden geslagen op de vraag of de past performance situatie in verband met de aard van de actuele opdracht zodanig relevant is dat uitsluiting in verband met de past performance situatie geoorloofd is. In de zojuist reeds aangehaalde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland komt die relatie tussen de actuele opdracht en de eerdere opdracht ook uitdrukkelijk aan de orde.⁹⁸

“het voldoen aan de wet- en regelgeving op het gebied van milieu en arbeidsomstandigheden een wezenlijk onderdeel vormt van de door de opdrachtnemer uit te voeren werkzaamheden (waarbij

92 Zie in gelijke zin Hof Den Haag van 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, r.o. 19, waarin wordt overwogen dat artikel 2.88 sub b Aw (daar nog aangeduid als sub c) niet is toegesneden op de uitsluitingsgrond van de valse verklaring.

93 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 81.

94 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 82.

95 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 82.

96 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 80.

97 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 81.

98 Rechtbank Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187, r.o. 4.21 (gedeeltelijk).

onder meer de verwijdering van asbesthoudende materialen aan de orde is), de looptijd van het project vijftien jaar is en het een waarde heeft van circa 4 miljoen, het van groot belang is dat de opdrachtnemer een professionele, betrouwbare en integere onderneming is die hieraan voldoet/kan voldoen.”

Gelet op de bewoordingen van artikel 2.88 sub b Aw moet ervan worden uitgegaan dat de aanbestedende dienst bij zijn beslissing om af te zien van uitsluiting ondanks dat de uitsluitingsgrond op een kwestieuze ondernemer van toepassing is, geen andere elementen dan de twee hiervoor genoemde in de proportionaliteitstoetsing mag betrekken. Het in aanmerking nemen van andere elementen dan die in de bepaling zijn genoemd, zou strijdig zijn met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en het daarop gebaseerde transparantiebeginsel. Met name buitenlandse ondernemingen zouden daardoor kunnen worden benadeeld, omdat die andere elementen in ieder geval voor hen niet kenbaar zouden zijn (vgl. het arrest van het Europese Hof van Justitie en het daarop gebaseerde arrest van de Hoge Raad in *Connexion/Staat*).⁹⁹

Opgemerkt wordt dat artikel 2.88 Aw behalve een proportionaliteitstoets ook de mogelijkheid voor aanbestedende diensten bevat om wegens dwingende redenen van algemeen belang in een concreet geval af te zien van uitsluiting; dit laatste is geregeld in sub a van het artikel. De mogelijkheid om wegens dwingende redenen van algemeen belang af te zien van uitsluiting, geldt voor alle uitsluitingsgronden in de artikelen 2.86 en 2.87 Aw. De toets die daarbij wordt uitgevoerd, is ten aanzien van de past performance uitsluitingsgrond vergelijkbaar met die voor de overige uitsluitingsgronden.

4.6 Relatie met de ‘ernstige beroepsfout’ uitsluitingsgrond

Vóór implementatie van de huidige Richtlijn kon slechte past performance onder omstandigheden onder de – eveneens facultatieve – uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout (artikel 2.87 lid 1 sub d Aw) worden geschaard (zie ook hoofdstuk 2). De ernstige beroepsfout is in de Aw niet nader gedefinieerd. Volgens het Europese Hof van Justitie ziet dit begrip niet alleen op schendingen van de gedragsregels die gelden voor de beroepsgroep van de betrokken ondernemer, maar op elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op diens professionele geloofwaardigheid.¹⁰⁰ In het arrest *Forposta* overwoog het Europese Hof van Justitie:¹⁰¹

“Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals de Poolse regering terecht betoogt, het begrip „fout bij de beroepsuitoefening” elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer, en niet alleen schendingen van de tuchtrechtelijke normen in enge zin van de beroepsgroep van deze marktdeelnemer die worden vastgesteld door het voor deze beroepsgroep ingestelde tuchtorgaan of een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing.

Artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 staat aanbestedende diensten immers toe om een fout bij de beroepsuitoefening vast te stellen op elke grond die zij aannemelijk kunnen maken. Voorts is, anders dan in deze alinea, sub c, geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist voor de vaststelling van een fout bij de beroepsuitoefening in de zin van deze alinea, sub d.

Derhalve kan de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen in principe worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening.

99 HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948, pt. 42 (*Connexion*).

100 HvJ EU 18 december 2014, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469 (*Generali*).

101 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801, pt. 27-30 (*Forposta*).

Niettemin moet worden aangenomen dat het begrip “ernstige fout” gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout.”

Sinds de introductie van de past performance uitsluitingsgrond bestaan de beide facultatieve uitsluitingsgronden naast elkaar. De A-G gaat in zijn conclusie bij het arrest *Meca*¹⁰² onder andere in op de relatie die thans bestaat tussen de uitsluitingsgronden ernstige beroepsfout en past performance. Hij leidt uit overweging 101 van de considerans van de Richtlijn af dat ernstige beroepsfouten in hoofdzaak van extracontractuele aard zijn, dat wil zeggen dat het gaat om onregelmatige gedragingen die over het algemeen buiten de werkingssfeer van contractuele betrekkingen liggen. Te denken valt aan schending van milieu- of sociale verplichtingen, intellectuele eigendomsrechten of fiscale verplichtingen. De past performance uitsluitingsgrond ziet op niet-nakoming in de contractuele sfeer. De A-G signaleert echter dat bepaalde niet-nakomingen van overeenkomsten tegelijkertijd een ernstige beroepsfout kunnen behelzen die voldoende zwaarwegend is om een grond voor vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst te vormen. Vanuit dat perspectief verhouden de beide uitsluitingsgronden zich volgens de A-G tot elkaar als een *lex generalis* (ernstige beroepsfout) tot een *lex specialis* (past performance). Daarbij overweegt hij dat beide uitsluitingsgronden zijn gebaseerd op een wezenlijk element van de betrekking tussen de opdrachtnemer en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer. Waar de past performance uitsluitingsgrond wordt aangemerkt als een specialis van de ernstige beroepsfout uitsluitingsgrond, is tevens denkbaar dat tekortkomingen bij de uitvoering van eerdere opdrachten onder bepaalde omstandigheden waarin niet is voldaan aan de vereisten van de past performance uitsluitingsgrond, niettemin als een ernstige beroepsfout kunnen worden aangemerkt. Wel moet worden opgemerkt dat ten aanzien van uitsluiting wegens de ernstige beroepsfout uitsluitingsgrond ingevolge de Gids Proportionaliteit op gelijke wijze als bij past performance grote terughoudendheid moet worden betracht.¹⁰³

In de rechtspraak valt op dat concurrent ondernemers geregeld voor beide ankers (ernstige beroepsfout en past performance) gaan liggen in hun poging om de kwestieuze ondernemer te laten uitsluiten van deelname aan de aanbesteding van de actuele opdracht.¹⁰⁴ Van echte samenloop kan in deze rechtspraak echter niet worden gesproken, aangezien de concurrent ondernemers blijkens de vonnissen in de betreffende kwesties aan het beroep op iedere afzonderlijke uitsluitingsgrond een zelfstandig feitencomplex ten grondslag hebben gelegd.

102 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507 (*Meca*).

103 Toelichting op voorschrift 3.5A Gids Proportionaliteit, p. 38.

104 Zie bijvoorbeeld Vzv Rb Noord-Nederland 9 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:836 (hoger beroep: Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094, r.o. 6.15-6.17) en Vzv Rb Limburg 25 juni 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:5848, r.o. 4.2-4.6.

4.7 Relatie met de overige uitsluitingsgronden

Voor wat betreft de eventuele samenloop met andere uitsluitingsgronden is met name de valse verklaring (artikel 2.87 lid 1 sub h Aw) vermeldenswaardig. Indien een kwestieuze ondernemer in het UEA ten onrechte niet aanvinkt dat het hem is overkomen dat een eerdere opdracht heeft geleid tot een vroegtijdige beëindiging, tot schadevergoeding of tot een vergelijkbare sanctie, terwijl een dergelijke situatie wel aan de orde is, kan dit leiden tot uitsluiting van verdere deelname aan de aanbesteding wegens een 'valse verklaring'. Van een valse verklaring in de zin van de uitsluitingsgronden is onder meer sprake indien een inschrijver zich "in ernstige mate schuldig [heeft] gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of het voldoen aan de geschiktheidseisen of (...) die informatie [heeft] achtergehouden."

Dit overkwam KPN onder meer in een aanbesteding van de Belastingdienst. Het ging toen weliswaar om het feit dat KPN in haar UEA niet naar waarheid had verklaard over het bestaan van een ernstige beroepsfout, maar de door de voorzieningenrechter en het hof in die zaak gevolgde redenering is volledig toepasbaar op een kwestieuze ondernemer die onjuist verklaart over een past performance situatie:¹⁰⁵

"Daar komt - ten overvloede - het volgende bij. In de gegeven omstandigheden kon er voor een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver als KPN geen twijfel over bestaan dat de door de ACM beboete gedragingen kwalificeren als ernstige fouten in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw. Ook wanneer zij die gedragingen zelf niet als ernstige fouten beschouwt, en zij het met het oordeel van de ACM niet eens is, moet het haar duidelijk zijn geweest dat zij daarvan melding moest maken in haar Eigen verklaring. Dat in het model van de Eigen verklaring niet specifiek naar (nog niet onherroepelijke) boetebesluiten van de ACM werd gevraagd, maakt dit niet anders. Een inschrijver verklaart immers door ondertekening van de Eigen verklaring dat hij niet een ernstige fout heeft begaan, hetgeen naar aanbestedingsrechtelijke begrippen niet juist is wanneer de ACM boetes als in dit geschil aan de orde heeft opgelegd. De Eigen verklaring bood onder 7.1 ruimte voor melding van de niet-onherroepelijke boetebesluiten, en ook voor een toelichting van KPN waarmee aan de aanbestedende dienst duidelijk wordt gemaakt dat er voor uitsluiting volgens KPN toch geen grond bestaat. Van zelfincriminatie is dan ook geen sprake.

Het niet melden van de boetebesluiten in de Eigen verklaring kwalificeert in het licht van het bovenstaande zonder meer als het zich in ernstige mate schuldig maken aan het afleggen van een valse verklaring. Voor het toepassen van een proportionaliteitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond bestaat geen ruimte. Anders dan KPN stelt, dwingt de wet daar ook niet toe. De in artikel 2.88 sub c Aw¹⁰⁶ genoemde grond is niet toegesneden op het afleggen van een valse verklaring en ook uit artikel 1.10 Aw volgt, anders dan KPN stelt, niet dat in een geval als hier aan de orde dan nog een proportionaliteitstoets moet worden uitgevoerd."

Het Europese Hof van Justitie heeft in lijn met de KPN-uitspraken bevestigd dat het niet in kennis stellen van de aanbestedende dienst van de actuele opdracht van de vroegtijdige beëindiging van een eerdere opdracht kan resulteren in een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub h Aw. Daarbij heeft hij tevens gewezen op de verplichting van inschrijvers om overeenkomstig de vereisten van transparantie en loyaliteit de aanbestedende dienst correct te informeren over hun situatie, en op hun mogelijkheid om in het UEA toe te lichten dat en waarom in hun ogen slechts sprake is van een kleine onregelmatigheid die niet tot uitsluiting moet leiden:¹⁰⁷

105 Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, r.o. 18-19 (KPN/Staat). Zie tevens in een vergelijkbare zaak Vزر Rb Den Haag 31 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:17058.

106 Dat is nu artikel 2.88 sub b Aw.

107 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, pt. 34 en 36 (Delta).

“Bovendien staat het aan de CNAIR om te beoordelen of TV2, door haar niet in kennis te stellen van de vroegtijdige beëindiging van opdracht 1, niet een gedrag als bedoeld in artikel 57, lid 4, onder h), van richtlijn 2014/24 heeft aangenomen. Zoals de advocaat-generaal in wezen in punt 53 van zijn conclusie heeft opgemerkt, ziet deze bepaling zowel op actief handelen, zoals het verstrekken van valse verklaringen, als op nalaten om te handelen, aangezien het meedelen van onjuiste informatie, net zoals het achterhouden van juiste informatie, invloed kan hebben op het besluit dat de aanbestedende dienst neemt.

In casu stond het aan TV2 om overeenkomstig de vereisten van transparantie en loyaliteit de aanbestedende dienst te informeren over haar situatie, daar de vroegtijdige beëindiging van opdracht 1 formeel was vastgesteld. Aldus had zij meteen alle informatie moeten verstrekken die had kunnen aantonen dat de kwalificatie als onderaanneming onjuist was, zodat zij haar uit opdracht 1 voortvloeiende verplichtingen was nagekomen, of dat het ontbreken van toestemming van de aanbestedende dienst in het kader van de eerdere overheidsopdracht slechts een kleine onregelmatigheid was. Dergelijke preciseringen hadden in het bijzonder kunnen worden vermeld op het in bijlage bij uitvoeringsverordening 2016/7 gevoegde standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Deel III van dit formulier, dat gewijd is aan „Uitsluitingsgronden“, bevat immers een punt C, „Gronden met betrekking tot insolventie, belangenconflicten of beroepsfouten“. In het kader van dit punt C moeten de gegadigden met name de vraag beantwoorden of zij zich schuldig hebben gemaakt aan een ernstige beroepsfout en, zo ja, worden zij verzocht om verduidelijking te verschaffen.”

Het afleggen van een valse verklaring over de aanwezigheid van een geval van vroegtijdige beëindiging van een eerdere opdracht, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie gedurende de terugkijktermijn is dan ook uiterst risicovol in het licht van de ‘valse verklaring’ uitsluitingsgrond. Voor zover de aanbestedende dienst een onjuiste verklaring van de ondernemer niet reeds zelf aanmerkt als een valse verklaring, bestaat een gerede kans dat een concurrent ondernemer de aanbestedende dienst wijst op zijn verplichting om dat alsnog te doen (ervan uitgaande dat de aanbestedende dienst de uitsluitingsgrond betreffende de valse verklaring in de aanbesteding van toepassing heeft verklaard).¹⁰⁸

Tot slot geldt dat de rechtspraak die is gewezen over generieke aspecten van de omgang met uitsluitingsgronden, bijvoorbeeld in relatie tot self-cleaning (artikel 2.87a Aw) en de proportionaliteitstoets (artikel 1.10 Aw, artikel 2.88 Aw), ook als deze concreet betrekking heeft op andere uitsluitingsgronden, eveneens kan worden toegepast op past performance situaties. De genoemde bepalingen zijn immers algemeen geformuleerd en maken geen onderscheid naar uitsluitingsgrond. De reeds aangehaalde arresten *Vossloh Laeis* en *KPN/Staat* zijn daar goede voorbeelden van.¹⁰⁹

108 Zie voor enkele niet-succesvolle pogingen van concurrent ondernemers daartoe (in gevallen waarin volgens de voorzieningenrechter geen sprake was van een past performance situatie) Vzr Rb Den Haag 24 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7534 en Vzr Rb Limburg 25 juni 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:5848.

109 HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855 (*Vossloh Laeis*); Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816 (*KPN/Staat*).

HOOFDSTUK 5

Het gebruik van de past performance uitsluitingsgrond in de praktijk

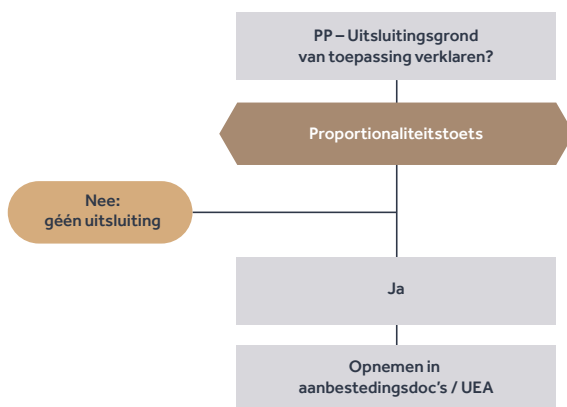
5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de toepassing van de past performance uitsluitingsgrond in de praktijk stap voor stap besproken. Daarbij wordt de 'chronologie' van de gebeurtenissen aangehouden. Die chronologie begint voor de aanbestedende dienst met de voorbereiding van de aanbesteding en de afweging omtrent het al dan niet van toepassing verklaren van de uitsluitingsgrond. Voor de gegadigde of inschrijver begint de chronologie met de vraag of sprake is van een past performance situatie bij de uitvoering van een eerdere opdracht waardoor hij mogelijk kan worden uitgesloten van deelname aan de aanbesteding van de actuele opdracht. De vragen en onzekerheden waar partijen in de praktijk tegenaan kunnen lopen, worden verduidelijkt aan de hand van casusposities.

I. VOORBEREIDING AANBESTEDING

5.2 Besluit aanbestedende dienst om uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren

5.2.1 Proportionaliteit toepassing uitsluitingsgrond



Het facultatieve karakter van de uitsluitingsgrond brengt met zich dat een aanbestedende dienst voorafgaand aan iedere aanbesteding opnieuw moet beslissen of hij de past performance uitsluitingsgrond van toepassing verklaart. Op grond van de Gids Proportionaliteit (voorschrift 3.5A) moet hij daarbij telkens afwegen of de past performance uitsluitingsgrond relevant is voor de opdracht die wordt aanbesteed en of het dus proportioneel is om deze toe te passen. Het automatisch van toepassing verklaren van de uitsluitingsgrond op iedere aanbesteding is niet in overeenstemming met het proportionaliteitsbeginsel.

De Gids Proportionaliteit geeft geen concrete handvatten ten aanzien van de elementen die in aanmerking moeten worden genomen, maar bepaalt alleen dat bij elke opdracht vooraf moet worden bekeken welke uitsluitingsgronden relevant zijn. In de toelichting op voorschrift 3.5A wordt weliswaar aandacht besteed

aan de past performance uitsluitingsgrond, maar die toelichting heeft geen betrekking op de beslissing om de uitsluitingsgrond al dan niet van toepassing te verklaren, maar op de beslissing om een partij al dan niet uit te sluiten (nadat de uitsluitingsgrond dus al van toepassing is verklaard). Dit is een verschil met de ernstige beroepsfout, ten aanzien waarvan in de toelichting op voorschrift 3.5A wél is aangegeven dat zeer restrictief moet worden omgegaan met het “stellen van deze uitsluitingsgrond.” De redenen die daarvoor in de toelichting bij het voorschrift worden genoemd,¹¹⁰ hebben echter evenmin betrekking op de proportionaliteit van het toepassen van de ernstige beroepsfout uitsluitingsgrond als zodanig, maar lijken het gebruik van die uitsluitingsgrond met name te willen ontmoedigen vanwege de moeilijkheden die zich in de praktijk bij toepassing van de uitsluitingsgrond kunnen voordoen. Zo vermeldt de toelichting dat de uitsluitingsgrond een open norm behelst die voor meerdere uitleg vatbaar is en daardoor lastig is toe te passen, en dat het moet gaan om gevallen waarin de integriteit van de ondernemer in twijfel moet worden getrokken. Al met al geeft de toelichting op het voorschrift dus weinig houvast ten aanzien van de afweging die gemaakt dient te worden bij de beslissing of een uitsluitingsgrond ‘relevant’ is voor de opdracht.

Teneinde toch enige richting te geven, merkt de werkgroep op dat aansluiting kan worden gezocht bij het doel van de uitsluitingsgrond: de aanbestedende dienst beschermen tegen partijen die niet betrouwbaar zijn als potentiële opdrachtnemer voor de actuele opdracht en daarmee ook de belastingbetaler beschermen. Naarmate de betrouwbaarheid van de potentiële opdrachtnemer meer van belang is, bijvoorbeeld gelet op de complexiteit, de maatschappelijke impact van (het onsuccesvol uitvoeren of te laat opleveren van) de opdracht, de aard of omvang van de opdracht, de beperkte tijdsspanne waarbinnen deze moet worden uitgevoerd of de bijzondere risico’s die aan uitvoering zijn verbonden, kan er uit oogpunt van proportionaliteit meer aanleiding zijn om de uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren. Ook dient uit het oogpunt van proportionaliteit in aanmerking te worden genomen welke lasten voor de ondernemer voortvloeien uit het toepassen van de uitsluitingsgrond. De lasten zullen met name bestaan uit het geven van een toelichting in het UEA ingeval sprake is geweest van een past performance situatie bij eerdere opdrachten en het verstrekken van nadere informatie indien de aanbestedende dienst daar om vraagt.

5.2.2 Inkadering reikwijdte uitsluitingsgrond

Indien de aanbestedende dienst de uitsluitingsgrond van toepassing verklaart op de aanbesteding van de actuele opdracht, moet hij deze, indachtig het gelijkheidsbeginsel, jegens alle gegadigden en inschrijvers op gelijke wijze hanteren. De uitsluitingsgrond heeft een zeer groot potentieel bereik: alle aanbestede opdrachten die de ondernemer in de afgelopen drie jaar ergens binnen de Europese Unie, dus ook buiten Nederland, heeft uitgevoerd, zijn van belang indien zij hebben geresulteerd in een vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sanctie.

Dit betekent in de praktijk dat de aanbestedende dienst tijdens de aanbesteding van de actuele opdracht mogelijk moet beoordelen wat de consequenties zijn van past performance ervaringen van een ondernemer die zich ergens in de afgelopen jaren bij hem of bij een andere opdrachtgever, mogelijk zelfs in een andere lidstaat, hebben voorgedaan. Hij zal volgens het Europese Hof van Justitie moeten afwegen in hoeverre die ervaringen, ook bij andere opdrachtgevers, raken aan de vertrouwensband met de ondernemer en de betrouwbaarheid van de kwestieuze ondernemer als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. Dit leidt tot (niet altijd eenvoudig te beantwoorden) vragen: hoe moet een past performance situatie in een andere lidstaat waarvan de aanbestedende dienst de precieze feiten en achtergronden niet kan overzien, worden gewogen? In hoeverre mag hij afgaan op hetgeen de ondernemer hem dienaangaande vertelt? Hoe beoordeelt hij de betrouwbaarheid van een ondernemer die hij niet kent – en hoe verhoudt zich dat tot de beoordeling van ondernemers die hij wel kent uit eerdere opdrachten?

110 Gids Proportionaliteit, p. 39.

Een relevante vraag is hoe in dit kader eerdere positieve of negatieve ervaringen moeten of kunnen worden meegewogen.

De situatie kan zich voordoen dat twee inschrijvers een vergelijkbare past performance situatie hebben meegemaakt (en in zoverre sprake is van gelijke gevallen), maar dat de aanbestedende dienst de ene ondernemer niet kent en de andere ondernemer wel kent uit diverse eerdere voor de aanbestedende dienst (in zijn hoedanigheid van opdrachtgever) succesvol uitgevoerde opdrachten. Als de aanbestedende dienst moet bepalen of iedere inschrijver, ondanks zijn past performance situatie, voor hem betrouwbaar is als potentiële opdrachtnemer, zullen zijn eerdere positieve ervaringen met de ene ondernemer mogelijk een rol spelen in zijn besluit. De ondernemer die reeds eerder opdrachten voor de aanbestedende dienst heeft uitgevoerd, heeft er dan voordeel van dat de aanbestedende dienst bekend is met zijn positieve past performance; de kans dat hij wordt uitgesloten wegens past performance kan daardoor kleiner zijn. Andersom kan een ondernemer die al eerder bij dezelfde aanbestedende dienst een negatieve performance heeft gehad, daarvan nadeel ondervinden ten opzichte van een ondernemer die niet bekend is bij de aanbestedende dienst.

De aanbestedende dienst van de actuele opdracht heeft op dit punt een in de rechtspraak bevestigde¹¹¹ ruime discretionaire bevoegdheid, zodat hij ter zake zijn eigen afweging moet kunnen maken. Wel zal hij alle inschrijvers gelijk moeten behandelen en jegens de kwestieuze ondernemer en zijn concurrent ondernemers transparantie moeten betrachten, zodat (de gronden van) zijn beslissingen zo nodig ook voor een rechter toetsbaar zijn.

Een andere relevante vraag is hoe de aanbestedende dienst van de actuele opdracht kan verzekeren dat hij, in geval van een past performance situatie die zich bij een andere opdrachtgever, mogelijk zelfs in een andere lidstaat, heeft voorgedaan, over voldoende objectieve en verifieerbare informatie beschikt om een juiste beslissing te nemen over de vraag of een eerdere sanctie in zijn optiek leidt tot een past performance situatie en zo ja, of dit de kwestieuze ondernemer voor hem onbetrouwbaar maakt als potentiële opdrachtnemer voor de actuele opdracht.

En zelfs als de aanbestedende dienst van de actuele opdracht enkel een mogelijke past performance situatie hoeft te beoordelen die zich bij zijn eigen organisatie (in zijn hoedanigheid van opdrachtgever) heeft voorgedaan, kan hij te maken krijgen met moeilijke afwegingen.

111 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507 (Meca); HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 (Delta).

Een IT-onderneming heeft een jaar geleden bij Ministerie X een IT-project niet tot een goed einde gebracht. Het betreffende Ministerie heeft de overeenkomst met het IT-bedrijf ontbonden en partijen discussiëren nog steeds over de vraag wie verantwoordelijk is voor de mislukking en hoe de financiële pijn tussen partijen moet worden verdeeld. Volgens Ministerie X heeft het IT-bedrijf grove steken laten vallen, het project niet gemanaged en het budget aanzienlijk overschreden. Het IT-bedrijf verwijt het Ministerie dat die het project heeft laten ontsporen. Ministerie Y doet een aankondiging voor een aanbesteding van een nieuwe IT-opdracht en verklaart de past performance uitsluitingsgrond van toepassing. De IT-onderneming schrijft in op de aanbesteding voor de actuele opdracht. Ministerie Y vraagt zich af in hoeverre het IT-bedrijf ondanks de vroegtijdige ontbinding van de eerdere opdracht nog betrouwbaar is als opdrachtnemer voor de actuele opdracht – en hoe hij ter zake een objectieve afweging kan maken.

De werkgroep noemt deze voorbeelden om aan te geven dat het gebruik van de uitsluitingsgrond in de praktijk tot vragen kan leiden die op voorhand, bij het van toepassing verklaren van de uitsluitingsgrond, niet altijd worden voorzien. In de optiek van de werkgroep is het een legitieme vraag in hoeverre de aanbestedende dienst van de actuele opdracht in staat zal zijn om in alle gevallen waarin hij de uitsluitingsgrond van toepassing heeft verklaard een voldoende geïnformeerde en objectieve beslissing te nemen over (i) het al dan niet bestaan van een past performance situatie en (ii) de gevolgen daarvan voor de betrouwbaarheid van de betrokken ondernemer als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. Dit leidt niet alleen tot (rechts)onzekerheid bij ondernemers, maar doet mogelijk ook afbreuk aan de praktische hanteerbaarheid van de uitsluitingsgrond voor de aanbestedende dienst in de praktijk. Tegelijkertijd ziet de werkgroep het belang om de betrouwbaarheid van opdrachtnemers voor de uitvoering van (vitale) overheidsopdrachten nader te kunnen beoordelen.

Deze complexiteit kan mogelijk een reden zijn voor aanbestedende diensten om het bereik van de uitsluitingsgrond in te kaderen, door op voorhand te specificeren welke feiten en omstandigheden in aanmerking worden genomen bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een past performance situatie. Ook kan de aanbestedende dienst hiermee duidelijk maken wat voor hem in het algemeen relevante past performance ervaringen zijn als het gaat om de beoordeling van de betrouwbaarheid en integriteit van de ondernemer. Dit draagt bij aan het onderscheidend vermogen van de uitsluitingsgrond.

De werkgroep ziet verschillende mogelijke manieren waarop het bereik van de uitsluitingsgrond kan worden ingekaderd. Er kan onder meer worden gekeken naar:

- Alleen eigen ervaringen van de aanbestedende dienst van de actuele opdracht;
- Alleen past performance situaties ten aanzien van opdrachten die qua aard en/of omvang vergelijkbaar zijn met de actuele opdracht;
- Alleen past performance situaties in opdrachten met een opdrachtsom boven een bepaalde waarde (hierbij kunnen bijvoorbeeld de Europese drempelwaarden als drempel worden aangehouden);
- Alleen past performance situaties die zich gedurende een bepaalde periode (korter dan de maximale terugkijkt termijn van drie jaar) hebben voorgedaan;
- De afbakening van typen sancties die door de aanbestedende dienst worden aangemerkt als relevante sancties voor de uitsluitingsgrond.

Een dergelijke inkadering van de uitsluitingsgrond kan plaatsvinden per individuele aanbesteding of door vastlegging in algemeen beleid van de aanbestedende dienst. In beide gevallen is van belang dat de aanbestedende dienst objectief en consequent handelt. Dit betekent onder meer dat hij de reikwijdte van de uitsluitingsgrond niet specifiek dient te beperken met het oog op de door de aanbestedende dienst gewenste deelname van een bepaalde ondernemer aan de aanbesteding van de actuele opdracht en dat hij evenmin de reikwijdte van de uitsluitingsgrond dient te verruimen om deelname door een specifieke ondernemer te verhinderen.

De werkgroep signaleert dat het risico op willekeur mogelijk groter is indien een dergelijke inkadering steeds per individuele aanbesteding plaatsvindt, omdat in dat geval in de betreffende aanbesteding gestuurd zou kunnen worden op een bepaalde uitkomst en de wijze waarop de uitsluitingsgrond al dan niet wordt ingekaderd mogelijk te veel afhankelijk wordt gemaakt van specifieke ondernemers die naar verwachting zullen meedingen. Anderzijds kan het maken van een afweging per aanbesteding ook juist worden gelegitimeerd doordat het van de eigenschappen van de actuele opdracht afhankelijk is in hoeverre behoefte bestaat aan het toepassen van de past performance uitsluitingsgrond en zo ja, welke reikwijdte deze dan in het concrete geval dient te hebben.

Een aanbestedende dienst start een Europese aanbesteding voor de inkoop van nieuwe treinen met een geraamde waarde van EUR 1 miljard. Wereldwijd is een beperkt aantal grote treinbouwers actief, die allemaal gevestigd zijn in andere landen dan de aanbestedende dienst zelf. De aanbestedende dienst heeft nog maar met twee grote treinbouwers ervaring opgedaan in eerdere opdrachten. Gelet op de omvang van de opdracht, de maatschappelijke impact en de (politieke en maatschappelijke) risico's waarmee de uitvoering van de opdracht is omgeven, besluit de aanbestedende dienst de past performance uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren. In recente aanbestedingen heeft hij deze uitsluitingsgrond ook van toepassing verklaard, maar de reikwijdte daarvan beperkt tot zijn eigen ervaringen. In dit geval acht hij het, gelet op de aard van de markt en zijn beperkte eigen ervaringen, legitiem om ook past performance ervaringen van andere aanbestedende diensten in aanmerking te nemen.

Het Europese Hof van Justitie heeft in het arrest *Meca* duidelijk gemaakt dat de lidstaten niet in het algemeen voor de aanbestedende diensten mogen bepalen dat het bereik van de past performance uitsluitingsgrond in hun lidstaat wordt beperkt of ingekaderd.¹¹² Dit omdat aanbestedende diensten niet beperkt mogen worden in hun mogelijkheden om de past performance van ondernemers effectief te beoordelen conform de mogelijkheden die de Europese wetgever daarvoor heeft voorzien. Dit laat in de optiek van de werkgroep onverlet dat aanbestedende diensten wel *zelf* mogen besluiten de reikwijdte van de uitsluitingsgrond voor hun eigen aanbestedingen te beperken.

Een dergelijke inkadering is vergelijkbaar met een interne beleidsregel die diverse aanbestedende diensten voor zichzelf hebben vastgesteld ten aanzien van (onder meer) de omgang met de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout en de vraag wat volgens die aanbestedende dienst onder een ernstige beroepsfout moet worden verstaan. Een voorbeeld hiervan is de Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten van de gemeente Amsterdam.¹¹³ Overigens had ook de Europese Commissie in haar conceptvoorstel voor de Richtlijn de past performance uitsluitingsgrond beperkt tot eerdere eigen ervaringen van de aanbestedende dienst. Aldus gaf de Commissie er blijk van dat een dergelijke beperking in haar optiek als zodanig verenigbaar is met de aanbestedingsrechtelijke beginselen. Bij de behandeling van het Richtlijnvoorstel door de Europese wetgever is de reikwijdte verbreed, omdat men het wenselijk vond dat aanbestedende diensten de mogelijkheid zouden hebben om ook ervaringen van andere opdrachtgevers in aanmerking te nemen,¹¹⁴ maar niet omdat een beperking tot eigen ervaringen juridisch niet geoorloofd was.

Een aanbestedende dienst die de reikwijdte van de uitsluitingsgrond inperkt, zal daarbij de aanbestedingsrechtelijke beginselen in aanmerking moeten nemen. Met het oog op de vereiste transparantie zal hij deze inperking expliciet moeten vermelden in de aankondiging van de opdracht.

112 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 33 (*Meca*).

113 <https://www.amsterdam.nl/bestuur-en-organisatie/volg-beleid/veiligheid/integer-handelen/beleidsstukken-bio/>.

114 Zie nader in hoofdstuk 2.

Ondernemingen zijn anders niet van de inperking op de hoogte en dit is mogelijk van invloed op hun beslissing tot deelname, omdat zij uitgaan van een onbeperkte reikwijdte van de uitsluitingsgrond. Inhoudelijk moet de inperking zijn gebaseerd op objectieve gronden.

Samengevat

- 1. De aanbestedende dienst van de actuele opdracht weegt voorafgaand aan de aanbesteding af of de past performance uitsluitingsgrond relevant is voor de actuele opdracht en of het dientengevolge proportioneel is om deze toe te passen.*
 - 2. De aanbestedende dienst die besluit de past performance uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren, kan per aanbesteding overwegen om de reikwijdte daarvan in te kaderen. Een alternatief is dat de aanbestedende dienst voor al zijn aanbestedingen de reikwijdte van de uitsluitingsgrond inkadert in zijn inkoop- en aanbestedingsbeleid.*
 - 3. Bij het beperken van de reikwijdte van de uitsluitingsgrond neemt de aanbestedende dienst de aanbestedingsrechtelijke beginselen in aanmerking. Een eventuele beperking, ongeacht of deze per aanbesteding plaatsvindt dan wel een generiek karakter heeft, dient te worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.*
-

5.3 Voorbereiding van de aanmelding of inschrijving door de ondernemer

Voor de ondernemer kunnen past performance situaties in de afgelopen drie jaar van belang zijn voor zijn deelname aan toekomstige aanbestedingen. In iedere aanbesteding waarin de aanbestedende dienst de uitsluitingsgrond van toepassing verklaart, loopt de ondernemer die in de afgelopen drie jaar te maken heeft gehad met een vroegtijdige beëindiging van een overeenkomst, een geval van schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie, het risico dat dit leidt tot uitsluiting.

De ondernemer die zich in een dergelijke situatie bevindt, doet er dan ook goed aan om tijdig self-cleaning maatregelen te treffen waarmee hij zo nodig kan aantonen dat een eventuele past performance situatie er niet aan in de weg staat dat hij meedingt naar de actuele opdracht. De mogelijke self-cleaning maatregelen die door de aanbestedende dienst in aanmerking kunnen worden genomen en de wijze waarop deze worden getoetst, worden nader besproken in paragraaf 5.6.6. Van belang is dat de aanbestedende dienst enkel self-cleaning maatregelen in aanmerking kan nemen die door de kwestieuze ondernemer al zijn genomen voorafgaand aan het moment van aanmelding of inschrijving. De kwestieuze ondernemer moet immers bewijzen dat de maatregelen hem ondanks de aanwezigheid van de uitsluitingsgrond toch weer betrouwbaar maken als potentiële opdrachtnemer.¹¹⁵ Na aanmelding of inschrijving kan de aanbestedende dienst weliswaar nog een verduidelijking vragen ten aanzien van de genomen maatregelen, maar nieuwe maatregelen kunnen dan niet meer worden voorgesteld of geaccepteerd. Wel acht de werkgroep denkbaar dat de kwestieuze ondernemer ten tijde van zijn aanmelding of inschrijving nog bezig is met de implementatie en uitvoering van de genomen maatregelen, bijvoorbeeld als het gaat om verbeteringen in de personele organisatie. Hierbij dient hij rekening te houden met de relatief strenge eisen die voorsnog in de rechtspraak worden gesteld ten aanzien van de mate waarin de self-cleaning maatregelen reeds zijn geïmplementeerd en op effectiviteit kunnen worden getoetst.¹¹⁶

In het licht van het voorgaande is het voor beide partijen, de aanbestedende dienst van de actuele opdracht en de kwestieuze ondernemer, wenselijk om reeds voorafgaand aan de aanmelding of inschrijving in gesprek te gaan over de toereikendheid van de getroffen maatregelen.

115 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 40 (Meca), waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar de maatregelen die de ondernemer "heeft genomen".

116 Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851, r.o. 14. Zie uitvoeriger in paragraaf 4.4.

De werkgroep verwijst in dit kader naar de uitdrukkelijke mogelijkheid genoemd in punt 102 van de considerans van de Richtlijn¹¹⁷ dat de kwestieuze ondernemer aan de aanbestedende dienst verzoekt dat de maatregelen die hij met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure heeft genomen, worden getoetst. Hierbij is bepaald dat de uitwerking van deze regeling verder is overgelaten aan de lidstaten. In Nederland lijkt deze mogelijkheid niet concreet te zijn uitgewerkt in de Aw. In artikel 2.87a Aw is enkel bepaald dat de aanbestedende dienst de inschrijver waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, in de gelegenheid moet stellen om te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Er wordt van uitgegaan dat die beoordeling plaatsvindt in het kader van de beoordeling van de ontvangen aanmelding of inschrijving, dus *nadat* de aanbestedende dienst op basis van de verklaring in het UEA van de ondernemer en zijn eigen beoordeling van de aldaar vermelde sanctie heeft vastgesteld dat bij de betreffende ondernemer sprake is van een past performance situatie.¹¹⁸ De Europese wetgever lijkt het blijkens overweging 102 ook mogelijk te achten dat een toetsingsmoment *voorafgaand aan* de aanbesteding van de actuele opdracht plaatsvindt. De formulering in de considerans van de Richtlijn dat *“De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, getoetst worden”*, veronderstelt in de optiek van de werkgroep dat de kwestieuze ondernemer hier actief om moet kunnen vragen – hetgeen dan voorafgaand aan de aanbesteding van de actuele opdracht dient plaats te vinden.

In de optiek van de werkgroep past het bieden van een toetsingsmogelijkheid voorafgaand aan (of direct na de start van) de aanbesteding goed binnen het kader van de aanbestedingsrechtelijke beginselen en de bredere doelen die de Nederlandse wetgever heeft gesteld bij de invoering van de Aw. Indien uit de toetsing reeds blijkt dat de aanbestedende dienst de genomen self-cleaning maatregelen (nog) niet voldoende acht, kan enerzijds worden voorkomen dat de kwestieuze ondernemer onnodige inspanningen verricht voor de voorbereiding van een aanmelding of inschrijving voor de aanbesteding van de actuele opdracht (met alle administratieve lasten van dien). Anderzijds biedt het resultaat van de toetsing aan de kwestieuze ondernemer nog de mogelijkheid om zo nodig nog aanvullende maatregelen te nemen voorafgaand aan aanmelding of inschrijving, die hem wél voldoende betrouwbaar maken als opdrachtnemer voor de actuele opdracht.

Al met al komt een dergelijke toetsingsmogelijkheid vooraf de rechtszekerheid en transparantie dan ook ten goede en voorkomt het onnodige inspanningen voor de voorbereiding van een aanmelding of inschrijving. Dit geldt temeer indien ondernemers overwegen om in een samenwerkingsverband (combinatie of hoofd-/onderaanneming) in te schrijven op een aanbesteding. In dat geval zijn zij niet alleen voor zichzelf, maar ook met het oog op de belangen van hun samenwerkingspartners, gebaat bij duidelijkheid vooraf over hun betrouwbaarheid als potentiële opdrachtnemer. De werkgroep beveelt dan ook aan dat aanbestedende diensten kwestieuze ondernemers deze mogelijkheid bieden en op verzoek van ondernemers de genomen maatregelen voorafgaand aan de aanbesteding toetsen.

Een parallel kan worden getrokken met de wijze waarop Rijkswaterstaat omgaat met het voorkomen van belangenverstremming in aanbestedingen, aan de hand van de Nota Scheiding van Belang.¹¹⁹ Dit betreft onder meer ondernemers die willen inschrijven op een aanbesteding, maar die ook op enigerlei wijze betrokken zijn geweest in de voorbereiding van die aanbesteding. De nota bevat richtlijnen en maatregelen voor het goed scheiden van belangen, zodat belangenverstremming wordt voorkomen, en voorziet in de mogelijkheid dat ondernemers al voorafgaand aan aanmelding of inschrijving een zogeheten Belangenbeschermingsplan ter goedkeuring indienen bij Rijkswaterstaat. Uit dit plan moet blijken hoe zij belangenverstremming voorkomen. Indien zij tijdig goedkeuring verkrijgen op het plan, hebben zij

117 Zie ook pt. 107 van de considerans van richtlijn 2014/25/EU, die op dit punt verwijst naar de Richtlijn.

118 Zie de formulering van artikel 2.87a Aw, die ervan uitgaat dat is vastgesteld dat de part performance uitsluitingsgrond op de gegadigde of inschrijver van toepassing is.

119 <https://open.rijkswaterstaat.nl/open-overheid/onderzoeksrapporten/@148153/scheiding-belang-beleid/>.

daarmee de zekerheid dat Rijkswaterstaat hen bij inschrijving op de aanbesteding niet zal uitsluiten (behoudens de mogelijkheid dat een derde bezwaar maakt en de rechter Rijkswaterstaat alsnog opdraagt om de ondernemer wegens belangenverstremgeling uit te sluiten, hetgeen een risico is dat Rijkswaterstaat met een dergelijke constructie niet volledig kan wegnemen).¹²⁰

Samengevat

- 1. Voor een ondernemer die in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van aanmelding of inschrijving op de aanbesteding van de actuele opdracht bij de uitvoering van een eerdere opdracht een sanctie opgelegd heeft gekregen, is van belang om tijdig adequate self-cleaning maatregelen te nemen waarmee hij zijn betrouwbaarheid kan aantonen. Dit geldt ook voor een ondernemer die voornemens is in te schrijven in combinatie of met een onderaannemer.*
 - 2. Het is ter voorkoming van onnodige kosten en inspanningen aan te bevelen dat de aanbestedende dienst van de actuele opdracht bereid is om op verzoek van een ondernemer voorafgaand aan de start van de aanbesteding, of in ieder geval ruim voorafgaand aan de uiterste datum voor aanmelding of inschrijving, al te toetsen of de genomen self-cleaning maatregelen afdoende zijn.*
-

120 Zie de Nota Scheiding van belang, pagina 11, <https://open.rijkswaterstaat.nl/open-overheid/onderzoeksrapporten/@148153/scheiding-belang-beleid/>.

II. VERLOOP AANBESTEDING

5.4 Verklaring inschrijver in Uniform Europees Aanbestedingsdocument

Invullen: voortijdige beëindiging / schadevergoeding / vergelijkbare sanctie bij eerdere opdracht?

Indien de aanbestedende dienst van de actuele opdracht de past performance uitsluitingsgrond van toepassing heeft verklaard op de aanbesteding van de actuele opdracht, moet de gegadigde of inschrijver hierover middels het UEA een eigen verklaring afleggen. Aan de ondernemer wordt in het UEA niet gevraagd om te verklaren over de toepasselijkheid van de past performance uitsluitingsgrond, maar enkel over één bestanddeel daarvan, te weten de sancties die hem zijn opgelegd bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessie:

“Is het de ondernemer overkomen dat een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht van een aanbestedende entiteit of een eerdere concessieovereenkomst heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties?”¹²¹

Het naar waarheid invullen van (deze vraag in) het UEA is voor de ondernemer zeer aan te bevelen, omdat het feitelijk onjuist invullen van het UEA resulteert in een valse verklaring. Het afleggen van een valse verklaring bij het verstrekken van informatie die nodig is voor de controle op uitsluitingsgronden in de actuele aanbesteding kan zelfstandig reden zijn voor uitsluiting¹²² indien de aanbestedende dienst de facultatieve uitsluitingsgrond betreffende de valse verklaring in de aanbesteding van de actuele opdracht van toepassing heeft verklaard (artikel 2.87 lid 1 sub h Aw). Voor zover de aanbestedende dienst een onjuiste verklaring over opgelegde sancties niet reeds zelf aanmerkt als een valse verklaring, bestaat een gerede kans dat een concurrent ondernemer de aanbestedende dienst wijst op zijn verplichting om dat alsnog te doen.

De vraag die in het UEA moet worden beantwoord, houdt geen rekening met de maximale terugkijktermijn van drie jaar conform artikel 2.87 lid 2 Aw. De vraag is zo algemeen geformuleerd dat van iedere sanctie melding zou moeten worden gemaakt, ongeacht wanneer deze heeft plaatsgevonden. Vanwege de terugkijktermijn van artikel 2.87 lid 2 Aw hoeft de inschrijver in de optiek van de werkgroep slechts vroegtijdige beëindigingen, schadevergoedingen en andere vergelijkbare sancties te vermelden die verband houden met tekortkomingen die zich hebben voorgedaan in de periode van drie jaar voorafgaande aan de sluiting van de termijn voor aanmelding of inschrijving. Een dergelijke werkwijze is in 2019 geaccordeerd door de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland.¹²³ In paragraaf 5.6.3 wordt nader ingegaan op de terugkijktermijn.

De ondernemer moet dus verklaren of sprake is geweest van een vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sanctie. Gelet op het risico dat een ondernemer wordt geconfronteerd met de uitsluitingsgrond betreffende de valse verklaring indien hij ten onrechte geen melding heeft gemaakt van een relevante sanctie, is het aan te bevelen dat hij bij twijfel “ja” antwoordt en

121 Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016, p. L3/29.

122 Zie Vزر Rb Den Haag 31 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:17058 en Vزر Rb Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187; zie tevens HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 (Delta).

123 Vزر Rb Gelderland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3391, r.o. 4.6.

in de toelichting aangeeft waarom hij van mening is dat geen sprake is van een voor de uitsluitingsgrond relevante sanctie. Dit geldt naar de mening van de werkgroep bijvoorbeeld voor aanspraken van een eerdere opdrachtgever op schadevergoeding die door de ondernemer worden betwist en nog niet zijn betaald. In paragraaf 5.6.4 wordt nader ingegaan op de reikwijdte van de drie categorieën sancties en de situaties waarvan de ondernemer in de optiek van de werkgroep melding dient te maken teneinde onnodige risico's ten aanzien van het afleggen van een valse verklaring te voorkomen. Daarbij wordt onder meer ingegaan op de relevantie van vaststellingsovereenkomsten, contractuele boetes, zoals verdragingsboetes en malussen wegens het realiseren van een slechtere prestatie dan het contractueel overeengekomen prestatieniveau en de betekenis van 'andere vergelijkbare sancties'.

De ondernemer die bij de hierboven geformuleerde vraag in het UEA "ja" heeft moeten aanvinken, heeft vervolgens de mogelijkheid om in de toelichting in het UEA uiteen te zetten:

1. Dat deze sanctie in zijn optiek geen past performance situatie oplevert, omdat:
 - a. daaraan geen "aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen" maar slechts beperkte tekortkomingen ten grondslag liggen, althans geen "wezenlijke voorschriften" in het geding zijn, en/of;
 - b. de sanctie ten onrechte is opgelegd en de ondernemer deze (mogelijk zelfs in rechte) bestrijdt, en/of;
 - c. de tekortkomingen en de daaruit voortvloeiende oplegging van een sanctie bij een eerdere opdracht niet afdoen aan zijn betrouwbaarheid als opdrachtnemer voor de actuele opdracht, en/of;
2. Dat hij, ook indien wel sprake is van een past performance situatie, zijn betrouwbaarheid weer heeft aangetoond door self-cleaning maatregelen die hij inmiddels heeft genomen, met vermelding van die maatregelen, en/of;
3. Dat uitsluiting niet proportioneel is wegens het tijdsverloop sinds de 'veroordeling' en het voorwerp van de opdracht.

Zowel voor de ondernemer die het UEA invult als voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht is van belang dat met de verklaring dat bij de uitvoering van een eerdere opdracht sprake is geweest van een situatie van vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie, nog niet gezegd is dat ook sprake is geweest van een past performance situatie. Dit vergt een nadere zelfstandige beoordeling door de aanbestedende dienst van de informatie die hem ter beschikking staat.

Het opnemen van een toelichting in het UEA is dan ook van wezenlijk belang indien de ondernemer wil voorkomen dat hij wordt uitgesloten wegens de sanctie waarvan hij melding heeft gemaakt. Hoewel de aanbestedende dienst van de actuele opdracht een zelfstandige verplichting heeft om te beoordelen of de opgelegde sanctie resulteert in een past performance situatie en zo ja, of desondanks van uitsluiting moet worden afgezien, is hij daarbij vaak afhankelijk van de informatie die hem wordt aangereikt. Het Europese Hof van Justitie spreekt in dit verband zelfs van een verplichting voor de inschrijver om die informatie "meteen" te verstrekken.¹²⁴ Zo geldt voor de self-cleaningmaatregelen als gezegd dat de aanbestedende dienst deze enkel in aanmerking mag nemen indien de kwestieuze ondernemer hiervan melding maakt in het UEA en indien het gaat om maatregelen die de ondernemer reeds voorafgaand aan de uiterste datum van aanmelding of inschrijving heeft genomen (althans waarvan de implementatie ten tijde van aanmelding of inschrijving binnen zijn organisatie in uitvoering is).

Samengevat

1. *De ondernemer doet er goed aan om in zijn UEA melding te maken van alle vroegtijdige beëindigingen, schadevergoedingen en andere vergelijkbare sancties die zich gedurende de terugkijkttermijn*

124 Zie ook HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, pt. 34 en 36 (Delta): "Aldus had zij meteen alle informatie moeten verstrekken die had kunnen aantonen dat de kwalificatie als onderaanneming onjuist was, zodat zij haar uit opdracht 1 voortvloeiende verplichtingen was nagekomen, of dat het ontbreken van toestemming van de aanbestedende dienst in het kader van de eerdere overheidsopdracht slechts een kleine onregelmatigheid was."

bij een eerdere overheidsopdracht, een eerdere speciale-sectoropdracht of een eerdere concessieovereenkomst hebben voorgedaan, ook als hij erover twijfelt of deze relevant zijn voor de toepassing van de past performance uitsluitingsgrond. Indien de aanbestedende dienst van de actuele opdracht de reikwijdte van de past performance uitsluitingsgrond heeft ingekaderd, kan de ondernemer zich beperken tot de sancties die volgens de aanbestedende dienst van de actuele opdracht onder het bereik van de uitsluitingsgrond vallen.

- 2. De ondernemer die in zijn UEA melding maakt van (een) opgelegde sanctie(s), doet er goed aan in de toelichting voldoende aandacht te besteden aan de redenen waarom die sanctie(s) in zijn optiek niet tot uitsluiting moet(en) leiden en om de aanbestedende dienst daarbij van voldoende feitelijke informatie te voorzien om de aanbestedende dienst in staat te stellen een gemotiveerde afgewogen beslissing te nemen.*

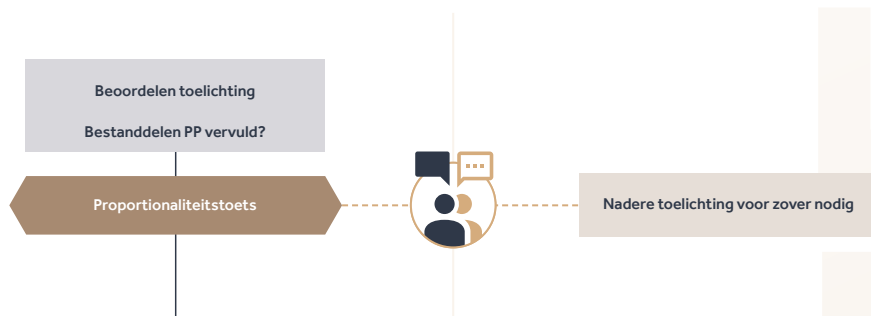
5.5 Gegadigde of inschrijver heeft vraag UEA beantwoord met “nee”

Indien de gegadigde of inschrijver in het UEA de vraag over oplegging van sancties als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub g Aw bij de uitvoering van eerdere opdrachten met “nee” heeft beantwoord, dan dient de aanbestedende dienst er in beginsel van uit te gaan dat de past performance uitsluitingsgrond niet op de betreffende ondernemer van toepassing is, zodat geen grond bestaat voor uitsluiting.

Dit is slechts anders indien de aanbestedende dienst van de actuele opdracht zelf beschikt over informatie op grond waarvan hij concludeert dat – met inachtneming van de terugkijktermijn – wel sprake is geweest van een sanctie, dan wel indien een concurrent ondernemer of iemand anders hem wijst op gegevens die erop duiden dat wel een sanctie is opgelegd.

Op de aanbestedende dienst rust geen algemene verplichting om alle verklaringen in het UEA die hij van de ondernemer ontvangt op juistheid te onderzoeken (behoudens voor zover de Aw het verstrekken van bewijsmiddelen voorschrijft, zie bijvoorbeeld artikel 2.89 Aw). Een dergelijke actieve onderzoeksplicht wordt slechts aangenomen indien de aanbestedende dienst op grond van andere informatie waarover hij beschikt gerede twijfel heeft over de juistheid van de ontvangen informatie of afgelegde verklaring.

5.6 Gegadigde of inschrijver heeft vraag UEA beantwoord met “ja”: zijn de elementen van de past performance uitsluitingsgrond vervuld?



Indien de ondernemer de vraag over past performance in het UEA met “ja” heeft beantwoord, dient de aanbestedende dienst van de actuele opdracht aan de hand van de toelichting in het UEA die daarbij door de kwestieuze ondernemer is gegeven, te onderzoeken of dit leidt tot uitsluiting wegens past performance. Zo nodig kan deze toelichting op verzoek van de aanbestedende dienst verder worden verduidelijkt na aanmelding of inschrijving. Aangenomen mag worden dat de ondernemer in zijn toelichting heeft aangegeven dat en waarom zijn betrouwbaarheid, ondanks de vermelding van de sanctie(s), niet in het geding is.

Op de aanbestedende dienst van de actuele opdracht rust een belangrijke taak. Hij moet beoordelen of de sanctie die bij de uitvoering van de eerdere opdracht aan de kwestieuze ondernemer is opgelegd, resulteert in een past performance situatie en of die past performance situatie ertoe leidt dat de kwestieuze ondernemer voor hem niet betrouwbaar is als potentiële opdrachtnemer voor uitvoering van de actuele opdracht (rekening houdend met eventueel genomen self-cleaning maatregelen en de proportionaliteit van uitsluiting). De kwestieuze ondernemer verkeert dienaangaande in een onzekere situatie: hij heeft slechts kunnen verklaren over de relevante feiten, maar is ten aanzien van de kwalificatie van die feiten in relatie tot de actuele opdracht – en de uitkomst van de beoordeling – afhankelijk van de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst zal dan ook met gepaste zorgvuldigheid, transparantie en objectiviteit de verstrekte informatie moeten beoordelen en zich niet slechts kunnen baseren op vermoedens. Deze geobjectiverde norm blijkt expliciet uit het Delta-arrest.¹²⁵ Ook bevestigde de rechtbank Amsterdam deze in een uitspraak die weliswaar ging over de ernstige beroepsfout, maar die een toetsingskader schetst waarmee ook bij de past performance uitsluitingsgrond rekening moet worden gehouden.¹²⁶ Het voorgaande geldt temeer indien de sanctie waarover de kwestieuze ondernemer verklaart, zich heeft voorgedaan bij een andere opdrachtgever dan de aanbestedende dienst van de actuele opdracht.

Hieronder worden de stappen die de aanbestedende dienst moet doorlopen in logische volgorde besproken.

5.6.1 Aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen; wezenlijke voorschriften

De eerste voorwaarde die moet worden beoordeeld, is of bij de uitvoering van de eerdere opdracht sprake was van “aanzienlijke” of “voortdurende” tekortkomingen ten aanzien van “wezenlijke voorschriften”. Er is niet in het algemeen aan te geven welke tekortkomingen aanzienlijk genoeg zijn en evenmin welke voorschriften wezenlijk genoeg zijn om uitsluiting op grond van de past performance uitsluitingsgrond te rechtvaardigen. De aard van de tekortkomingen kan zeer uiteenlopen, evenals de daaraan ten grondslag liggende oorzaken. Ook de context waarin de tekortkoming(en) heeft (hebben) plaatsgevonden, kan een rol spelen bij de beoordeling van de ernst daarvan. Is sprake van een eenmalige ‘uitglijder’ of schiet de ondernemer voortdurend of bij herhaling tekort? En wat als de uitglijder aanzienlijke schade heeft veroorzaakt?

Zeker is dat de Europese wetgever bij “tekortkomingen” zowel denkt aan tekortkomingen in de te leveren prestaties zelf als aan ernstig wangedrag bij de uitvoering van de opdracht.¹²⁷ Bij dit laatste kan mogelijk gedacht worden aan het vergaand veronachtzamen van veiligheidsvoorschriften of ontoelaatbaar gedrag in de interactie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer bij de uitvoering van de opdracht. In ieder geval laat de term “ernstig wangedrag” de aanbestedende dienst discretionaire ruimte ten aanzien van de gedragingen die hij als zodanig aanmerkt.

Over de ernst van de tekortkomingen en over de mate waarin daarbij wezenlijke voorschriften aan de orde waren, kan bij opdrachtgever en opdrachtnemer een verschillende perceptie bestaan. De norm in artikel 2.87 lid 1 sub g Aw veronderstelt dat objectief kan worden vastgesteld dat de opdrachtnemer “blijk heeft gegeven” van de betreffende tekortkomingen. In werkelijkheid vergt dit echter een beoordeling waarop de mening van betrokken personen van invloed kan zijn. Ook komt in de praktijk geregeld voor dat de tekortkomingen niet enkel toerekenbaar zijn aan de opdrachtnemer, maar mede worden veroorzaakt door falend projectmanagement bij de opdrachtgever, dan wel een moeizame verstandhouding tussen

125 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, pt. 29 (Delta). Zie ook het artikel De beoordeling van de uitsluitingsgrond past performance van A.F. de Jong in TA 2, april 2020/32, p. 27.

126 Vzr Rb Amsterdam 17 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3321, zie in het bijzonder r.o. 4.10.

127 Zie overweging 101 van de considerans van de Richtlijn.

personen die aan beide zijden van het project zijn betrokken. De Gids Proportionaliteit noemt in dit verband als randvoorwaarde voor uitsluiting wegens past performance dat de tekortkoming objectief en consistent moet zijn vastgesteld en dat professioneel contractmanagement daarbij van essentieel belang is.¹²⁸ De Europese Commissie had hierover blijkens het oorspronkelijke Commissievoorstel ook duidelijke gedachten, door te bepalen dat aan de hand van objectieve en controleerbare meetmethoden moet worden vastgesteld of sprake is van een past performance situatie. Dit onderdeel van het Commissievoorstel is weliswaar gesneuveld bij de parlementaire behandeling van de Richtlijn, maar de aanbestedingsrechtelijke noodzaak om de feiten waarop een uitsluiting wordt gebaseerd op objectieve en consistente wijze vast te stellen, geldt onverkort. Een uitsluiting dient immers te zijn gebaseerd op een duiding van de feiten.

Aannemer ABC realiseert een werk in opdracht van een universiteit. Bij de uitvoering van de opdracht overschrijdt ABC meerdere mijlpalen. De overeengekomen mijlpalen waren van meet af aan kritiek; het was bekend dat het niet halen daarvan voor de universiteit meteen tot schade zou leiden. In de overeenkomst zijn daarom aanzienlijke boetes opgenomen voor het niet halen van de mijlpalen.

Het niet halen van de mijlpalen resulteert ook daadwerkelijk in aanzienlijke schade, omdat de universiteit al belangrijke verplichtingen met derden is aangegaan. Die schade wordt volledig door ABC vergoed. Na vervanging van de projectmanager loopt het project veel beter, waardoor het uiteindelijk wel tijdig wordt opgeleverd.

ABC neemt na afronding van het project deel aan een Europese aanbesteding van een gemeente. In deze aanbesteding wordt de past performance uitsluitingsgrond van toepassing verklaard. ABC verklaart in zijn UEA over de sanctie die hem door de universiteit is opgelegd. Hij licht voorts toe dat in zijn optiek geen sprake is geweest van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen. De vertraging hangt samen met een niet-functionerende projectmanager, die tijdens het project is vervangen (waarbij de schade is vergoed).

In de hierboven geschetste casus zal de aanbestedende dienst van de actuele opdracht moeten beoordelen of het overschrijden van de mijlpalen die blijkens het contract een belangrijke functie hadden, alsmede het falende projectmanagement gedurende het eerste deel van de opdracht, resulteren in aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen ten aanzien van wezenlijke voorschriften. Het is duidelijk dat hier zowel argumenten vóór als tegen zijn aan te voeren. Een belangrijke vraag is of sprake is van tekortkomingen die twijfel kunnen doen rijzen ten aanzien van de betrouwbaarheid van de ondernemer. Hoewel de casus te beperkt is om hier een sluitend antwoord op te geven, zijn de vervanging van de niet-functionerende projectmanager, de vergoeding van de schade en het uiteindelijk wel tijdig opleveren (en dus kennelijk het inlopen van de opgelopen vertraging) indicaties dat de betrouwbaarheid van de ondernemer als zodanig niet ter discussie staat. Overigens kunnen deze maatregelen mogelijk ook worden aangemerkt als self-cleaning.

Samengevat

- 1. De aanbestedende dienst beoordeelt op basis van de relevante feiten of in de eerdere opdracht, waarin een sanctie als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub g Aw is opgelegd:
 - a. sprake was van aanzienlijke en/of voortdurende tekortkomingen, en*
 - b. of daarbij wezenlijke voorschriften waren betrokken.**

2. *Daarbij dient hij de vraag te beantwoorden of de ondernemer ondanks de past performance voldoende betrouwbaar is als potentiële opdrachtnemer voor de uitvoering van de actuele opdracht.*

5.6.2 Eerdere opdracht

De werkgroep gaat ervan uit dat de eerdere opdracht nog niet hoeft te zijn afgerond of opgeleverd. Denkbaar is dat de eerdere opdracht nog loopt ten tijde van de aanmelding of inschrijving op de aanbesteding voor de actuele opdracht. Eventuele sancties die in die lopende opdracht zijn opgelegd, moet de ondernemer melden in het UEA.¹²⁹ Dit wordt ook bevestigd door het bepaalde in artikel 57 lid 5 van de Richtlijn, op grond waarvan de aanbestedende dienst een ondernemer “op ieder moment tijdens de procedure” moet kunnen uitsluiten van deelname, wanneer blijkt dat deze ondernemer “wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen” in een past performance situatie verkeert.

Hoewel de uitsluitingsgrond op grond van de formulering van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw kan worden ingeroepen tegen een ondernemer die in één eerdere opdracht een slechte past performance heeft geleverd (zie ook paragraaf 4.2.3), gaat de werkgroep ervan uit dat in het geval van een eenmalige ‘zeper’ bij de uitvoering van één eerdere opdracht meer terughoudendheid aangewezen is bij het uitsluiten van de kwestieuze ondernemer. Iedere aannemer, dienstverlener of leverancier schiet weleens tekort en krijgt daardoor wel een keer te maken met een geval van schadevergoeding of een vroegtijdige beëindiging van een opdracht. Daarmee staat niet meteen de betrouwbaarheid van die ondernemer als opdrachtnemer voor een volgende opdracht ter discussie.¹³⁰ Bovendien is uitsluiting wegens een eenmalige past performance situatie niet zonder meer proportioneel (zie nader in paragraaf 5.6.5). Bij uitsluiting van een kwestieuze ondernemer wegens een past performance situatie die zich slechts in één eerdere opdracht heeft voorgedaan, dient dit gegeven dan ook te worden meegenomen in de motivering van de beslissing. Het zal van de omstandigheden van het geval afhangen of een past performance situatie in die ene eerdere opdracht de betreffende ondernemer onbetrouwbaar maakt als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. Hierbij kunnen de aard en/of ernst van de tekortkomingen, het korte tijdsverloop sinds de oplegging van de sanctie ter zake van de past performance situatie en/of de inhoudelijke vergelijkbaarheid van de actuele opdracht en de eerdere opdracht een rol spelen.¹³¹ De aanbestedende dienst zal in de motivering van zijn beslissing aandacht moeten besteden aan de elementen in relatie tot de past performance situatie die de ondernemer onvoldoende betrouwbaar maken als opdrachtnemer voor de actuele opdracht, zodat de beslissing om tot uitsluiting over te gaan in rechte toetsbaar is.

Een ander aandachtspunt ten aanzien van de ‘eerdere opdracht’ is dat het weliswaar moet gaan om een eerdere overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieopdracht (en dus een opdracht die valt onder de reikwijdte van de Aw), maar dat niet noodzakelijk is dat deze “eerdere opdracht” een waarde boven de Europese drempelwaarde had. Zoals gezegd, kunnen ook eerdere opdrachten met een geringe waarde, die door middel van een enkelvoudig of meervoudig onderhandse procedure of een nationale aanbesteding zijn gegund, resulteren in een past performance situatie. Dit roept vragen op

129 Indien de sanctie van de vroegtijdige beëindiging is opgelegd, is de eerdere opdracht vanzelfsprekend wel geëindigd.

130 Vergelijk de toelichting bij het Commissievoorstel, aangehaald in paragraaf 2.3, waarin een relatie wordt gelegd met de ernst van de andere uitsluitingsgronden: “Contracting authorities must in particular ensure that the breaches of contractual obligation have a seriousness that makes them comparable to the other grounds for exclusion listed in Article 55.”

131 De werkgroep signaleert dat in de uitspraak van de rechtbank Limburg van 28 juli 2014 (ECLI:NL:RBLIM:2014:6754) geconcludeerd werd dat de aanbestedende dienst op basis van een eenmalige ervaring met een ondernemer aan de geschiktheid van die ondernemer mocht twijfelen en dat hij hem dientengevolge niet hoefde uit te nodigen voor het tweede deel van diezelfde opdracht. Daarbij overwoog de voorzieningenrechter dat de betreffende ondernemer door zijn past performance geen gelijk geval meer was. Deze uitspraak moet worden gezien in de context van een vrijwillige (onderdrempelige) aanbesteding waarbij gebruik werd gemaakt van een meervoudig onderhandse procedure. Bij de keuze voor de partijen die worden uitgenodigd om deel te nemen aan een meervoudig onderhandse procedure, heeft de aanbestedende dienst discretionaire ruimte om bijvoorbeeld eerdere ervaringen met de betreffende ondernemer in aanmerking te nemen. Dat is een andere beslissing dan een beslissing tot uitsluiting in een Europese aanbesteding.

over proportionaliteit. Zo zal bijvoorbeeld bij een opdracht met een geringe waarde de hoogte van een eventuele schadevergoeding veelal ook beperkt zijn.¹³² De aanbestedende dienst zal in dat geval moeten beoordelen of het proportioneel is om de geringe schadevergoeding die in de eerdere opdracht is betaald, bij de actuele opdracht aan te merken als een schadevergoeding in de zin van de past performance uitsluitingsgrond.¹³³ De uitkomst van die beoordeling kan van geval tot geval verschillen en is zowel afhankelijk van de aard en omvang van de (schadevergoeding bij de) eerdere opdracht als van de aard en omvang van de actuele opdracht.

Aanbestedende diensten kunnen overwegen om de reikwijdte van de uitsluitingsgrond voor zichzelf te beperken tot bovendrempelige opdrachten. Zij zullen dat dan wel duidelijk moeten maken in de aankondiging van de opdracht.

Samengevat

- 1. Past performance situaties die zich bij één of meerdere eerdere opdrachten hebben voorgedaan, kunnen in aanmerking worden genomen bij de toepassing van de uitsluitingsgrond.*
 - 2. De aanbestedende dienst van de actuele opdracht motiveert waarom de past performance situaties die zich bij eerdere opdrachten hebben voorgedaan, de ondernemer onvoldoende betrouwbaar maken als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. Indien een aanbestedende dienst besluit tot uitsluiting op basis van een past performance situatie in één eerdere opdracht, is aan te bevelen dat hij hieraan aandacht besteedt in de motivering van de beslissing.*
-

5.6.3 Terugkijktermijn

De aanbestedende dienst mag een eventuele beslissing tot uitsluiting alleen baseren op tekortkomingen die zich in de drie jaar voorafgaand aan de uiterste datum voor aanmelding of de uiterste datum voor inschrijving hebben voorgedaan. Indien in een langlopend project sprake is geweest van voortdurende tekortkomingen, dienen in ieder geval de laatste tekortkomingen binnen de terugkijktermijn te liggen. De in een dergelijk geval buiten de terugkijktermijn vallende tekortkomingen bij de uitvoering van dezelfde opdracht kunnen dan mogelijk een rol spelen bij de vraag of een eventuele uitsluiting proportioneel is. Uit de rechtspraak volgt immers dat bij de beoordeling of uitsluiting in verband met tekortkomingen binnen de terugkijktermijn proportioneel is, mede waarde mag worden gehecht aan buiten de terugkijktermijn vallende feiten en omstandigheden, voor zover deze bijdragen aan het oordeel over de betrouwbaarheid van de ondernemer als potentiële opdrachtnemer voor de actuele opdracht.¹³⁴ De werkgroep signaleert dat de ondernemer niet gehouden is om van tekortkomingen die buiten de terugkijktermijn vallen, melding te maken. Ingeval sprake is geweest van een reeks van tekortkomingen, deels buiten en deels binnen de terugkijktermijn, waarbij de sanctie binnen de terugkijktermijn is opgelegd, doet de ondernemer er echter goed aan om wél melding te maken van alle tekortkomingen die hebben geleid tot de oplegging van de sanctie. Hij zal naar waarheid moeten verklaren teneinde de aanbestedende dienst in staat te stellen om effectief te controleren of sprake is van een grond voor uitsluiting.¹³⁵

Aanbestedende diensten zijn niet gehouden een volledige terugkijktermijn van drie jaar te hanteren. De in artikel 2.87 lid 2 sub d Aw genoemde termijn betreft de maximale terugkijktermijn waarbinnen

132 Hoewel dit niet altijd het geval is; zo kan bijvoorbeeld een fout in de uitvoering van een opdracht voor een constructieberekening, waarvoor slechts een beperkte opdrachtsom is betaald, resulteren in hoge schade.

133 Zie toelichting op voorschrift 3.5A Gids Proportionaliteit.

134 Zie Vnr Rb Gelderland 1 maart 2016, JAAN 2016/96, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187, r.o. 4.21 (gedeeltelijk).

135 Dit vloeit voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, die ook in de precontractuele fase gelden (artikel 6:2 BW). Daarnaast kan het verzwijgen van relevante informatie onder omstandigheden worden aangemerkt als een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub h Aw.

past performance situaties in aanmerking mogen worden genomen. Aanbestedende diensten hebben de mogelijkheid om zelf een kortere termijn te hanteren, mits zij de duur hiervan op objectieve wijze bepalen en deze vooraf bekendmaken aan alle potentiële gegadigden/inschrijvers door vermelding in de aankondiging van de aanbesteding. Redenen voor het hanteren van een kortere terugkijktermijn kunnen bijvoorbeeld zijn dat de aanbestedende dienst de mededinging op peil wil houden, onnodige discussies over voor hem niet relevante past performance situaties wil voorkomen of van mening is dat tekortkomingen die zich langer dan bijvoorbeeld twee jaar geleden hebben voorgedaan, een ondernemer niet minder betrouwbaar maken als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. Het hanteren van een kortere termijn mag niet enkel tot doel hebben om specifieke ondernemers te bevoordelen of benadelen, bijvoorbeeld omdat de aanbestedende dienst er weet van heeft dat een sanctie aan hen is opgelegd en hij door verkorting van de termijn specifiek bewerkstelligt dat zij geen risico lopen op uitsluiting. Wel kan de wens om (in een kleine markt) in het algemeen de concurrentie te vergroten, reden zijn om een kortere terugkijktermijn te hanteren.

Hoewel geen vereiste, is het meest objectief om de keuze voor een kortere terugkijktermijn in algemeen beleid vast te leggen en consequent toe te passen. Daarbij moet in de aankondiging van de aanbesteding wel steeds duidelijk worden gemaakt dat de aanbestedende dienst een kortere termijn hanteert. Denkbaar is dat daarbij tevens wordt opgenomen dat in deugdelijk gemotiveerde uitzonderingsgevallen, afhankelijk van de aard en omvang van de actuele opdracht, alsnog de maximale terugkijktermijn van drie jaar mag worden gehanteerd.

Samengevat

De maximale terugkijktermijn conform de Aw is drie jaar. Een aanbestedende dienst kan in de aanbesteding van de actuele opdracht een kortere terugkijktermijn hanteren. Die kortere terugkijktermijn moet dan duidelijk worden vermeld in de aankondiging van de opdracht.

5.6.4 Vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of vergelijkbare sanctie

5.6.4.1 Vroegtijdige beëindiging

Indien een opdrachtgever een overeenkomst ontbindt in verband met toerekenbare tekortkomingen van de opdrachtnemer, staat niet ter discussie dat de voorwaarde van de 'vroegtijdige beëindiging' is vervuld. Een relevante vraag is wel of het per se moet gaan om een *eenzijdige* vroegtijdige beëindiging door de opdrachtgever en of die beëindiging bij wijze van sanctie door de opdrachtgever moet zijn opgelegd. Deze vraag is met name relevant met het oog op de betekenis van vaststellingsovereenkomsten voor de past performance uitsluitingsgrond. In vaststellingsovereenkomsten ter beëindiging van een geschil over de (onsuccesvolle) uitvoering van een overeenkomst wordt immers geregeld vastgelegd dat de overeenkomst met wederzijds goedvinden vroegtijdig wordt beëindigd, terwijl de opdrachtgever wel van mening kan zijn dat aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen ten grondslag liggen aan de uiteindelijk tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst.

De werkgroep meent dat de vroegtijdige beëindiging als bedoeld in de past performance uitsluitingsgrond het karakter van een sanctie moet hebben. Zij sluit hiervoor aan bij de formulering van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw, waarin is bepaald dat het gaat om aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen die hebben *"geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties."* Zij leidt uit deze formulering (en met name de verwijzing naar *"andere"* vóór *"vergelijkbare sancties"*) af dat ook de vroegtijdige beëindiging en de schadevergoeding het karakter van een sanctie moeten hebben.

Het voorgaande betekent dat een schikking niet zonder meer als een sanctie kan worden aangemerkt. Het karakter van een vaststellingsovereenkomst brengt met zich dat partijen met wederzijds goedvinden een regeling hebben getroffen voor hun geschillen, zodat in zoverre niet vanzelfsprekend is dat een vaststellingsovereenkomst een sanctie inhoudt. Bovendien voorziet niet iedere vaststellingsovereenkomst in een vroegtijdige beëindiging of een schadevergoeding. Deze kan bijvoorbeeld ook enkel betrekking hebben op de financiële afwikkeling van een volledig uitgevoerde overeenkomst, zoals de vergoeding van meerwerk en verdragingskosten.

Indien de vaststellingsovereenkomst regelt dat de opdrachtgever en de opdrachtnemer de overeenkomst vroegtijdig beëindigen wegens tekortkomingen van de opdrachtnemer en/of dat de opdrachtnemer in het kader van de schikking nog een schadevergoeding zal betalen aan de opdrachtgever in verband met tekortkomingen die zich bij de uitvoering van de opdracht hebben voorgedaan, is het sanctie-element wel vervuld. Een aandachtspunt hierbij is evenwel dat partijen in schikkingen, ook als een schadevergoeding daarvan deel uitmaakt, doorgaans geen aansprakelijkheid erkennen en dat een vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst die in de schikking ligt besloten niet noodzakelijkerwijs door de opdrachtgever wordt geïnitieerd, maar ook kan zijn ingegeven door de wens van de opdrachtnemer om de overeenkomst te beëindigen. De wet geeft ook niet aan van wie de vroegtijdige beëindiging afkomstig moet zijn.

De werkgroep is van mening dat het voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht in ieder geval wel mogelijk moet zijn om een schikking te *kunnen* aanmerken als een past performance situatie, namelijk indien deze schikking (mede) het karakter heeft van een sanctie en aan de totstandkoming van de schikking aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van de opdrachtnemer ten grondslag liggen. Met andere woorden: het kan niet de bedoeling zijn dat een ondernemer die zich onbetrouwbaar heeft getoond en aanzienlijk of voortdurend is tekortgeschoten, een dergelijke 'performance' buiten het bereik van de uitsluitingsgrond kan houden enkel omdat hij met zijn opdrachtgever (die begrijpelijkerwijs de voorkeur heeft gegeven aan een minnelijke afwikkeling boven een juridisch gevecht) een vaststellingsovereenkomst heeft gesloten. Dát de vaststellingsovereenkomst het karakter van een sanctie had, is echter een keuze die is voorbehouden aan de opdrachtgever van de eerdere opdracht. Alleen hij kan het standpunt innemen

dat de schikking die hij treft wel of niet mede een sanctie behelst. Die sanctie kan niet op een later moment worden geconstrueerd door de aanbestedende dienst van de actuele opdracht, temeer niet indien hij een andere entiteit is die zelf part noch deel had aan de uitgevoerde opdracht.

Het voorgaande vergt in beginsel een van geval tot geval beoordeling. Een en ander moet echter ook praktisch werkbaar zijn, zowel voor de ondernemer die bij de aanbesteding van de actuele opdracht moet weten of hij in zijn UEA al dan niet melding moet maken van een gesloten vaststellingsovereenkomst, als voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht die zich vervolgens een oordeel moet vormen over de vraag of sprake is geweest van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen die hebben geresulteerd in een sanctie en zo ja, of dat gevolgen heeft voor de betrouwbaarheid van de ondernemer als opdrachtnemer voor de actuele opdracht.

Voor de ondernemer die een schikking heeft getroffen, geldt dat hij er in beginsel van uit zal gaan dat de gesloten vaststellingsovereenkomst een neutrale afwikkeling van het geschil betreft en dus geen sanctie behelst. Het is onwenselijk als een ondernemer te goeder trouw geen melding maakt van een gesloten vaststellingsovereenkomst en vervolgens wordt geconfronteerd met een aanbestedende dienst die niet enkel de vaststellingsovereenkomst toch als een sanctie aanmerkt (waarbij ook meteen de vraag rijst hoe de aanbestedende dienst die kwalificatie kan verbinden aan een schikking die hij niet zelf heeft getroffen), maar die daarnaast het standpunt inneemt dat het niet vermelden van de vaststellingsovereenkomst in het UEA een valse verklaring oplevert die onherroepelijk resulteert in uitsluiting. Een oplossing hiervoor kan zijn om in de aankondiging of het bestek van de actuele opdracht te bepalen dat alle vaststellingsovereenkomsten gemeld moeten worden. De werkgroep ziet dit echter niet als een praktisch werkbare oplossing. De aanbestedende dienst wordt dan gedwongen om allerlei vaststellingsovereenkomsten te beoordelen waarvan het merendeel niet relevant zal zijn voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemer. Dat resulteert dus in een nodeloze administratieve belasting voor aanbestedende dienst en ondernemer.

Bovendien is een vaststellingsovereenkomst veelal het resultaat van een verschil van inzicht tussen opdrachtgever en opdrachtnemer over welke partij in welke mate is tekortgeschoten in de nakoming van de op hem rustende verplichtingen, zodat niet vaststaat dat en zo ja, in welke mate de opdrachtnemer debet was aan het mislukken van de eerdere opdracht. Een vaststellingsovereenkomst beoogt naar de aard een einde te maken aan een onzekerheid over de juridische posities van partijen; daarbij reflecteert de vaststellingsovereenkomst niet noodzakelijkerwijs de daadwerkelijke juridische posities van partijen. Zij hebben zich onder afweging van de goede en kwade kansen gecommitteerd aan een aanvaardbare schikking waarbij zij veelal door middel van 'geven en nemen' hun geschilpunten hebben beslecht en over en weer geen enkele aansprakelijkheid erkennen.¹³⁶ In verband hiermee is het voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht niet eenvoudig om de onderliggende tekortkomingen die aanleiding hebben gegeven voor de vaststellingsovereenkomst (voor zover al aan de orde – een vaststellingsovereenkomst kan bijvoorbeeld ook enkel betrekking hebben op de afwikkeling van kosten, zoals meerwerk), te waarderen en daarop een betrouwbaarheidsoordeel te baseren. Hier komt bij dat partijen in vaststellingsovereenkomsten doorgaans vertrouwelijkheid overeenkomen. Dit is dan niet enkel in het belang van de opdrachtnemer (bijvoorbeeld met het oog op het voorkomen van reputatieschade), maar ook in het belang van de opdrachtgever, die precedentwerking wil voorkomen. Een geheimhoudingsbeding staat eraan in de weg dat de ondernemer de aanbestedende dienst van de actuele opdracht informeert over de inhoud van de getroffen schikking.

Al met al beveelt de werkgroep aan dat opdrachtgevers die een schikking willen sluiten die in hun optiek mede een sanctie behelst, dit sanctiekarakter overeenkomen in de vaststellingsovereenkomst.

136 Zie artikel 7:900 BW, dat bepaalt dat partijen een vaststellingsovereenkomst sluiten "ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt."

Uitgangspunt is dan dat een vaststellingsovereenkomst geen sanctie inhoudt in de zin van de uitsluitingsgrond, tenzij in de vaststellingsovereenkomst anders is overeengekomen. Dit komt tegemoet aan de wens om schikkingen die wél een sanctie bevatten onder het bereik van de past performance uitsluitingsgrond te kunnen brengen, doet recht aan het – in beginsel – neutrale karakter van een schikking én geeft ondernemers de (noodzakelijke) duidelijkheid in toekomstige aanbestedingen. Zij hoeven in hun UEA dan enkel melding te maken van vaststellingsovereenkomsten waarin is opgenomen dat deze mede een sanctie inhouden. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij een vroegtijdige beëindiging wegens ernstige toerekenbare tekortkomingen van de opdrachtnemer, waarbij de (financiële) consequenties van die vroegtijdige beëindiging worden geschikt in een vaststellingsovereenkomst. De opdrachtgever kan dan in de vaststellingsovereenkomst bedingen dat het karakter van de overeenkomst onverlet laat dat sprake is van een “vroegtijdige beëindiging” van de overeenkomst door de opdrachtgever wegens de toerekenbare tekortkomingen van de opdrachtnemer.

Ten behoeve van de gelijke behandeling van alle ondernemers is vervolgens wel van belang dat de aanbestedende dienst van de actuele opdracht in de aankondiging van de opdracht opneemt dat vaststellingsovereenkomsten alleen hoeven te worden vermeld in het UEA als zij een sanctie bevatten. Met het oog op de beoordeling die de aanbestedende dienst van de actuele opdracht dient uit te voeren naar de betrouwbaarheid van de kwestieuze ondernemer, verdient het voorts aanbeveling om in een vaststellingsovereenkomst waarin een sanctie is opgenomen (i) de verstrekking van informatie over de vaststellingsovereenkomst aan de aanbestedende dienst van de actuele opdracht uit te sluiten van een geheimhoudingsbeding; en (ii) duidelijk te omschrijven, bijvoorbeeld in de considerans van de vaststellingsovereenkomst, voor welke tekortkomingen van de opdrachtnemer de vaststellingsovereenkomst een regeling behelst. De aanbestedende dienst van de actuele opdracht is daarmee zeer geholpen, omdat de inhoud van de vaststellingsovereenkomst door opdrachtgever en opdrachtnemer gezamenlijk is bepaald en voor de aanbestedende dienst dus een betrouwbare bron van feitelijke informatie is waarop hij zijn beoordeling kan baseren.

De werkgroep signaleert dat de kwalificatie van een vaststellingsovereenkomst als “sanctie” de schikkingsbereidheid van ondernemers zou kunnen beperken. Het alternatief van een langdurige en kostbare juridische procedure is echter evenmin aantrekkelijk. Het is bovendien de vraag of de betreffende ondernemer veel te kiezen heeft. Ervan uitgaande dat het sanctie-element alleen zal worden geïntroduceerd in gevallen waarin de tekortkomingen van de opdrachtnemer evident zijn, is het alternatief voor het sluiten van een vaststellingsovereenkomst immers dat hij hoogstwaarschijnlijk wordt geconfronteerd met een vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie. Wel ziet de werkgroep nog een andere mogelijke praktische oplossing (in plaats van het bedingen van een “sanctie” als onderdeel van de schikking). De opdrachtgever kan, als onderdeel van de schikking, met de opdrachtnemer overeenkomen dat de betreffende ondernemer zich bij de heraanbesteding van diezelfde opdracht zal onthouden van inschrijving. Dan is geen sprake van een sanctie, maar wordt wel tegemoetgekomen aan de zorg van de opdrachtgever dat hij na een dramatisch verlopen project opnieuw zaken zou moeten doen met dezelfde opdrachtnemer voor dezelfde opdracht.

De werkgroep stelt zich overigens voor dat het wél opnemen van het sanctie-element in een vaststellingsovereenkomst tevens startpunt kan zijn voor een overleg tussen opdrachtgever en opdrachtnemer over mogelijke self-cleaning maatregelen. Dit is dan voor de kwestieuze ondernemer in toekomstige aanbestedingen juist behulpzaam, omdat hij hierdoor in staat is om snel te starten met volgens de opdrachtgever passende self-cleaning maatregelen. De goede werking van een dergelijk systeem zal afhangen van de welwillendheid en transparantie van alle betrokken partijen, dat wil zeggen zowel de opdrachtgever en opdrachtnemer van de eerdere opdracht als de aanbestedende dienst van de actuele opdracht, die met een welwillende blik naar de inmiddels genomen self-cleaning maatregelen dient te kijken.

Afwijkende visie

Ten aanzien van de omgang met schikkingen heeft de werkgroep geen gezamenlijk gedragen visie kunnen bepalen. De hierboven vermelde visie wordt dan ook niet door alle werkgroepleden gedeeld.

De leden Petit en Haagsma vinden dat de hierboven vermelde visie er onvoldoende rekening mee houdt dat de beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemer voor zijn deelname aan de aanbesteding van de actuele opdracht, alleen toekomt aan de aanbestedende dienst, die deze opdracht aanbesteedt.

Ook al zouden de beoordeelde ondernemer in zijn vorige rol van opdrachtnemer van de eerdere opdracht en zijn toenmalige opdrachtgever in een schikking, een vaststellingsovereenkomst, een verklaring of iets dergelijks, hun performance waardering betreffende de uitvoering van die eerdere opdracht vastleggen, dan nog zal de aanbestedende dienst deze past performance autonoom moeten beoordelen.

Dat geldt ook voor de vraag of er bij de uitvoering sprake was van een sanctiekarakter in de zin van past performance. Het zou een misvatting zijn om te denken dat de opdrachtnemer en de opdrachtgever van de eerdere opdracht met een schikking of een vaststellingsovereenkomst of iets dergelijks het beoordelingsrecht van aanbestedende diensten van hun opdracht zouden kunnen sturen of beperken.

De opdrachtnemer en de opdrachtgever van de eerdere opdracht kunnen niet over hun opdracht heen regeren. De feitelijke gebeurtenissen (van de eerdere opdracht) bepalen wat de ondernemer met betrekking tot past performance moet invullen in zijn eigen verklaring (UEA) en niet wat hij met zijn eerdere opdrachtgever(s) heeft afgesproken in schikkingen of anderszins.

De leden Petit en Haagsma zijn van mening dat hun opvatting aansluit bij paragraaf 4.5, waarin het Delta-arrest wordt aangehaald. De aanbestedende dienst moet zelf beoordelen. Zie onder meer pagina 50 e.v., 118 en 139 van dit preadvies.

Transparantie is essentieel voor vertrouwen. Geheimhouden van gegevens die de aanbestedende dienst mogelijk relevant acht, is geen vertrouwenwekkende start van samenwerken, in casu uitvoeren van de actuele opdracht. De desbetreffende ondernemer moet *meteen* alle informatie verstrekken die (...). Zie pagina 59 van dit preadvies waar het Delta-arrest wordt aangehaald.

Petit en Haagsma stemmen in met de eerste aanbeveling onder "Samengevat" op pagina 73 van dit preadvies, dat onder meer gaat over twijfelgevallen, over het grijze gebied. Indien opdrachtnemer en opdrachtgever bij de afronding van hun opdracht in een schikking of iets dergelijks een bepaling zouden hebben opgenomen omtrent de vraag of de performance van de uitgevoerde opdracht wel of geen past performance situatie betreft, is hun twijfel daarmee impliciet gegeven. De ondernemer doet er wijs aan om, ingeval de past performance uitsluitingsgrond wordt toegepast in de aanbesteding van een opdracht, transparant te zijn over de afronding van eerder uitgevoerde opdrachten.

Bij twijfel wel melden, vinden Petit en Haagsma.

5.6.4.2 Schadevergoeding

Indien een ondernemer de schade heeft vergoed die als gevolg van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij uitvoering van de eerdere opdracht is ontstaan, ligt het eenvoudig. In dat geval is aan de voorwaarde van een sanctie voldaan.

5.6.4.2.1 Niet-betaalde aanspraken op schadevergoeding

Minder duidelijk is echter hoe de situatie moet worden geduid waarin de opdrachtgever de opdrachtnemer heeft aangesproken tot vergoeding van schade, maar de opdrachtnemer vooralsnog geen schadevergoeding heeft betaald en de vordering betwist. In dat geval heeft de slechte past performance vooralsnog niet geleid tot "schadevergoeding", maar slechts tot een *aanspraak* op schadevergoeding.

Uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie volgt dat de verschuldigdheid van de schadevergoeding niet in rechte hoeft vast te staan.¹³⁷ De tekst van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw bepaalt dat de tekortkomingen moeten hebben geleid tot "schadevergoeding", in overeenstemming met de bewoordingen van de Richtlijn.

Eenzijds kan gesteld worden dat de schadevergoeding daadwerkelijk moet zijn betaald om onder het bereik van de uitsluitingsgrond te kunnen vallen. Een dergelijke uitleg zou de uitsluitingsgrond echter tot een dode letter kunnen maken. Indien slechts een daadwerkelijk betaalde schadevergoeding grond kan zijn om de opdrachtnemer bij volgende opdrachten uit te sluiten, dan loont het immers om schadevergoeding niet te betalen, maar in plaats daarvan zo lang mogelijk te procederen over de al dan niet verschuldigdheid van die schadevergoeding, totdat de terugkijktermijn is verstreken en de past performance uitsluitingsgrond niet meer aan de ondernemer kan worden tegengeworpen.

Indien ervan wordt uitgegaan dat alle niet-betaalde aanspraken ook vermeld moeten worden, leidt dat mogelijk tot andere problemen. In de eerste plaats brengt dat een aanzienlijke administratieve last met zich aan beide zijden. De ondernemer moet alle mogelijke aanspraken vermelden en bij iedere aanspraak toelichten waarom deze niet dient te resulteren in uitsluiting. De aanbestedende dienst is vervolgens gehouden om al die informatie zorgvuldig te beoordelen, zich zo nodig nog nader te laten informeren en dan met inachtneming van al die informatie tot een betrouwbaarheidsoordeel te komen (terwijl een deel van de informatie hoogstwaarschijnlijk niet relevant is voor die beoordeling). Ook de gelijke behandeling van de inschrijvers is hierbij een aandachtspunt. Aanbestedende diensten zullen veelal niet op de hoogte zijn van betwiste aanspraken op schadevergoeding van een andere opdrachtgever. Zij zijn dienaangaande afhankelijk van de informatie die zij van de inschrijver ontvangen, terwijl zij dergelijke 'lopende' discussies met opdrachtnemers binnen hun eigen organisatie wel kennen en daadwerkelijk kunnen beoordelen. Daarbij dienen zij zich bewust te zijn van hun mogelijke aansprakelijkheid voor onjuiste beslissingen omtrent uitsluiting (zie nader in hoofdstuk 5.8).

De werkgroep constateert dat op basis van de tekst van de Richtlijn en de Aw niet is vast te stellen welke uitleg juist is. Dit is onwenselijk, omdat de vraag of niet-betaalde aanspraken op schadevergoeding al dan niet in aanmerking worden genomen, van belang is voor het invullen van het UEA door de ondernemer. Voorkomen moet worden dat de ondernemer een risico loopt op uitsluiting wegens een onbedoelde valse verklaring omdat hij een niet-betaalde aanspraak niet heeft vermeld terwijl dit volgens de aanbestedende dienst wel had moeten.

De werkgroep acht het uit oogpunt van rechtszekerheid dan ook wenselijk dat enige richting wordt gegeven aan de mate waarin nog niet betaalde aanspraken op schadevergoeding moeten worden

137 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507 (Meca).

vermeld in het UEA. Bij het ontbreken van duidelijkheid in de wet kunnen aanbestedende diensten dit zelf afbakenen. Het Europese Hof van Justitie overwoog immers in het *Meca* arrest dat “het wordt overgelaten aan de aanbestedende diensten, en niet aan een nationale rechter, om te beoordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.”¹³⁸ Denkbaar is dat aanbestedende diensten de in aanmerking te nemen (aanspraken op) schadevergoeding in beleid en/of in de aankondiging van de aanbesteding van de actuele opdracht inkaderen. Hierbij ligt voor de hand dat een nog niet betaalde aanspraak op schadevergoeding pas hoeft te worden vermeld in het UEA nadat de opdrachtgever een voldoende omlijnde aansprakelijkstelling heeft verzonden, met een concreet gespecificeerde aanspraak op schadevergoeding, vermelding van een schadebedrag en een deugdelijke onderbouwing van de gronden voor aansprakelijkheid. Ook kunnen aanbestedende diensten bijvoorbeeld een drempel hanteren ten aanzien van de omvang van (aanspraken op) schadevergoedingen die zij in aanmerking nemen (alleen boven een bepaald bedrag of boven een bepaald percentage van de opdrachtsom van de eerdere opdracht).

Overigens dienen aanbestedende diensten uit oogpunt van proportionaliteit in het algemeen af te zien van uitsluiting indien slechts sprake is van een lage schadevergoeding.¹³⁹

5.6.4.2.2 Contractuele boetes (waaronder malussen en korting wegens vertraging)

Contractuele boetes, zoals vertragingsboetes en malussen wegens het niet tijdig halen van overeengekomen mijlpalen of het niet voldoen aan het overeengekomen niveau van prestatie-eisen, kunnen op grond van het Burgerlijk Wetboek strekken tot vergoeding van schade of tot aansporing van de schuldenaar om tot nakoming over te gaan (of een combinatie van beide) (artikel 6:91 BW). Hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is, treedt in de plaats van schadevergoeding op grond van de wet (artikel 6:92 lid 2 BW), ongeacht of het boetebeding het karakter heeft van een schadevergoeding dan wel de schuldenaar slechts beoogt aan te sporen tot correcte nakoming. In zoverre worden boetes doorgaans aangemerkt als gefixeerde schadevergoedingen.

Gelet daarop beveelt de werkgroep aan dat inschrijvers in hun UEA melding maken van de oplegging van dergelijke boetes in de afgelopen drie jaar, tenzij de aanbestedende dienst van de actuele opdracht heeft aangegeven dat deze boetes niet (of tot een bepaald bedrag niet) in aanmerking zullen worden genomen. Inschrijvers doen er goed aan om daarbij voor zover mogelijk tevens het karakter van de boete (aansporing of schadevergoeding) in de toelichting in het UEA te vermelden.

De werkgroep signaleert dat deze verplichting, afhankelijk van het type markt en de gehanteerde contractvormen, ertoe kan leiden dat ondernemers verplicht zijn melding te maken van allerlei boetes die in eerdere opdrachten zijn opgelegd, die voor een belangrijk deel mogelijk niet relevant zijn voor de past performance uitsluitingsgrond. In dat kader geeft de werkgroep aanbestedende diensten in overweging om een onderscheid te maken tussen boetes die dienen als gefixeerde schadevergoeding en aansporingsboetes.

Onderhoudsaannemer 123 heeft na een Europese aanbesteding een onderhoudscontract gesloten met een opdrachtgever. Het onderhoudscontract heeft het karakter van een prestatieovereenkomst: de opdrachtnemer moet de te onderhouden objecten op het overeengekomen niveau houden, tegen betaling door de opdrachtgever van een vaste prestatievergoeding per maand. Indien de opdrachtnemer ten opzichte van de overeengekomen onderhoudsparameters beter presteert (bijvoorbeeld door een hogere beschikbaarheid en minder storingen), dan ontvangt hij een bonus. Voor prestaties die slechter zijn dan het overeengekomen

138 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 28 (*Meca*).

139 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 70.

onderhoudsniveau, krijgt hij een malus opgelegd. De overeenkomst bevat een maximumbedrag aan op te leggen malussen. Indien de opdrachtnemer dat maximum overschrijdt, kan de opdrachtgever de overeenkomst eenzijdig beëindigen. Het contract is inmiddels drie jaar in uitvoering. Aannemer 123 heeft ieder jaar op een deel van de parameters slechter en op een ander deel van de parameters beter gepresteerd dan het overeengekomen niveau. Hij heeft hiervoor jaarlijks bonussen en malussen opgelegd gekregen. Onder de streep heeft hij jaarlijks bijbetaald gekregen en dus een hoger bedrag ontvangen dan zijn vaste prestatievergoeding, omdat de bonus ieder jaar hoger uitvalt dan de malus. De opdrachtgever van de eerdere opdracht is tevreden over de prestaties van aannemer 123.

Op grond van de bewoordingen van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw dient deze ondernemer, indien hij inschrijft op een aanbesteding voor een actuele opdracht waarin de past performance uitsluitingsgrond van toepassing wordt verklaard, melding te maken van de aan hem opgelegde malussen.

De werkgroep vraagt zich af of het wenselijk is om inschrijvers te verplichten van dit type schadevergoedingen melding te maken in hun UEA. Veelal dient de malus als contractuele prikkel tot het leveren van goede prestaties en niet als gefixeerde schadevergoeding. De bonus-malussystematiek spoort de opdrachtnemer aan om door effectieve investeringen en inspanningen zo goed mogelijk te presteren, zodat hij geen malussen verbeurt en wel bonussen verdient. De malus kan in die context worden gekwalificeerd als een zuiver contractueel mechanisme dat resulteert in optimale prestaties tegen een optimale prijs – en niet als een sanctie in de zin van de past performance uitsluitingsgrond. Zo beschouwd ligt het weinig voor de hand om deze malussen zonder meer als relevante sancties aan te merken. Bovendien hoeft de incidentele oplegging van malussen (zeker als daar bonussen tegenover staan) in beginsel geen verband te houden met "aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen," zodat de betrouwbaarheid van de ondernemer niet ter discussie staat en de aanbestedende dienst er dus ook geen belang bij heeft om over al deze malussen te worden geïnformeerd. Vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst van de actuele opdracht heeft niet geïnformeerd worden ook voordelen, omdat hij dan ook niet is gehouden om sancties te onderzoeken die voor zijn betrouwbaarheidsbeoordeling niet van belang zijn (met alle administratieve lasten en risico's op bezwaren van concurrent ondernemers van dien).

Anders ligt het indien een ondernemer structureel aanzienlijke malussen krijgt opgelegd dan wel een contractueel overeengekomen maximum aan malussen c.q. boeteplafond overschrijdt, en de opdrachtgever van de eerdere opdracht bijvoorbeeld heeft besloten de overeenkomst in verband daarmee te ontbinden. In dat geval is wel sprake van een sanctie als bedoeld in de uitsluitingsgrond, namelijk vroegtijdige beëindiging (door uitputting van het contractuele bonus-malusmechanisme). Ook moet er dan van worden uitgegaan dat de tekortkomingen in verband waarmee het boeteplafond is bereikt inmiddels een aanzienlijk of voortdurend karakter hebben gekregen.

Aldus lijken de relevante schadevergoedingen in geval van een prestatiecontract met een bonus-malussysteem beperkt tot aanzienlijke malussen en sancties wegens overschrijding van het overeengekomen malusplafond. Zolang de aanbestedende dienst van de actuele opdracht het begrip "schadevergoeding" niet heeft ingekaderd, is de ondernemer echter genoodzaakt alle opgelegde malussen, hoe groot of klein ook, wel te vermelden in het UEA. De werkgroep beveelt dan ook aan dat aanbestedende diensten in beleid en/of in de aankondiging van de actuele opdracht regels opnemen ten aanzien van de omstandigheden waaronder contractuele malussen in het UEA moeten worden vermeld. Hierbij kan worden gedacht aan een regel op grond waarvan enkel het bereikt hebben van een malusplafond, malussen boven een bepaald bedrag of een bepaald percentage van de opdrachtsom en andere sancties wegens het overschrijden van een malusplafond in aanmerking worden genomen.

Ook de in aannemingsovereenkomsten gebruikelijke kortingen wegens te late oplevering verdienen afzonderlijke bespreking. Het verbinden van een korting aan de oplevertermijn dient als prikkel om de aannemer zich te laten inspannen om de overeengekomen opleverdatum te halen; de opdrachtgever kan zijn activiteiten (zoals een verhuizing of beëindiging van lopende contracten) hierop afstemmen. Indien de contractueel overeengekomen opleverdatum niet wordt gehaald, dan wordt de schade die de opdrachtgever hierdoor lijdt, geacht te zijn gedekt door de korting die hij in mindering mag brengen op de aannemingssom. In veel gevallen zal de betrouwbaarheid van de aannemer ondanks de oplegging van een korting niet ter discussie staan.

Deze kortingen zijn echter wel zonder meer aan te merken als gefixeerde schadevergoeding voor de vertragingsschade die de opdrachtgever als gevolg van te late oplevering lijdt. Van deze kortingen moet dan ook melding worden gemaakt in het UEA (voor wat betreft aangezegde, maar nog niet daadwerkelijk op de aannemingssom ingehouden kortingen verwijst de werkgroep naar hetgeen in paragraaf 5.6.4.2.1 is overwogen ten aanzien van niet betaalde schadevergoeding).

In de praktijk leidt dit tot een aanzienlijke belasting voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers. Verwacht mag worden dat nagenoeg alle aannemers die inschrijven op de aanbesteding van een werk, over de afgelopen drie jaar melding moeten maken van meerdere opdrachten waarin zij een korting wegens te late oplevering hebben opgelopen. Een aanzienlijk deel van de bouwprojecten in Nederland wordt immers later opgeleverd dan contractueel is overeengekomen. Uitgaande van de hoofdregel moeten aannemers voor ieder verstraagd geraakt bouwproject waarvoor een korting is opgelegd dan wel aangezegd, in hun UEA toelichten waarom volgens hen geen sprake is van een past performance situatie, althans welke self-cleaning maatregelen zij hebben genomen om herhaling te voorkomen. De aanbestedende dienst moet vervolgens ten aanzien van iedere opgelegde korting beoordelen in hoeverre die voor hem raakt aan de betrouwbaarheid van de ondernemer in kwestie – en hij zal daarbij mogelijk ook het aantal opgelegde kortingen en de omvang van die kortingen in relatie tot de totale portefeuille van de bouwer in aanmerking moeten nemen. Dit resulteert voor beide partijen in een aanzienlijke administratieve belasting, waarbij de vraag rijst of het middel zijn doel niet voorbijsticht.

Hier komt nog bij dat het, zeker voor een derde, vaak niet eenvoudig is om vast te stellen hoe de vertraging is ontstaan en om te beoordelen in hoeverre de opdrachtnemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen die twijfel doen ontstaan over zijn betrouwbaarheid. Vertraging in de oplevering is vaak het gevolg van een combinatie van projectafhankelijke factoren waarop de aannemer zelf niet altijd (volledig) invloed kan uitoefenen. Te denken valt aan een combinatie van eigen tegenvallers in de uitvoering, door opdrachtgever opgedragen wijzigingen in de scope van het werk, ontwerpfouten en vertragingen bij nevenaannemers. Hierdoor kunnen complexe discussies plaatsvinden over de mate waarin de vertraging aan iedere partij toerekenbaar is. In het verlengde hiervan wordt geregeld langdurig onderhandeld (en zo nodig geprocedeerd) over de mate waarin een korting daadwerkelijk is verbeurd dan wel de aannemer aanspraak kan maken op termijnverlenging. Dit brengt met zich dat voor bouwprojecten die recent zijn afgerond (of nog in uitvoering zijn, maar waarin bijvoorbeeld tussentijdse mijlpalen zijn overschreden) voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht moeilijk is vast te stellen in hoeverre daadwerkelijk sprake is van een gerechtvaardigde aanspraak op schadevergoeding.

Tot slot verdient overweging dat het generiek aanmerken van een vertragingskorting als een relevante sanctie in de zin van past performance grote consequenties zal hebben voor toekomstige bouwprojecten. De bereidheid van aannemers om te werken met een ambitieuze planning en om bestekwijzigingen van de opdrachtgever te accepteren zal afnemen, evenals de interesse voor risicovolle projecten. Ook zullen zij mogelijk een hogere prijs vragen of hogere risico-opslagen hanteren om, met het oog op hun deelname aan toekomstige aanbestedingen, uitloop van het werk maar zoveel mogelijk te voorkomen. Het resultaat daarvan is dat bouwprojecten duurder worden voor opdrachtgevers die vallen onder de reikwijdte van de Aw. Voorts wordt de prikkel om de oplegging van kortingen in een lopend project ter discussie te stellen nog

groter, met langdurige discussies tot gevolg. De belangen van opdrachtgevers zijn met dit alles niet gediend.

De werkgroep doet dan ook de aanbeveling dat aanbestedende diensten vertragingsboetes niet standaard aanmerken als sancties in de zin van de past performance uitsluitingsgrond. Denkbaar is dat aanbestedende diensten in hun beleid en/of de aankondiging van de actuele opdracht inkaderen welke gevallen van vertragingsboetes in het UEA moeten worden vermeld. Daarbij kan worden gedacht aan een afbakening in omvang, zoals een regel dat alleen vertragingsboetes boven een bepaald bedrag of een bepaald percentage van de aanneemsom, of alleen vertragingen voor rekening van de opdrachtnemer met een duur langer dan x maanden in aanmerking worden genomen.

In bepaalde marktsegmenten komt voor dat tussentijdse boetes worden opgelegd indien mijlpalen niet worden gehaald of anderszins verplichtingen niet tijdig worden nagekomen, welke boetes kunnen worden kwijtgescholden (en terugbetaald) indien de opdrachtnemer de opdracht uiteindelijk wel succesvol afrondt of tijdig oplevert. Teneinde te voorkomen dat discussie kan ontstaan over de vraag of een inmiddels terugbetaalde boete toch nog moet worden vermeld in het UEA, doen aanbestedende diensten die de reikwijdte van de "schadevergoeding" inkaderen en in hun overeenkomsten werken met een dergelijk mechanisme, er goed aan om ook hiervoor vast te leggen dat kwijtgescholden c.q. terugbetaalde boetes niet in aanmerking worden genomen.

5.6.4.3 Andere vergelijkbare sanctie

Ten aanzien van de "vergelijkbare sancties" geldt tot slot dat die niet zijn gedefinieerd. De aanbestedende dienst heeft dus discretionaire bevoegdheid om zelf in te vullen welke andere sancties kunnen resulteren in een past performance situatie, mits die sancties qua aard en ernst vergelijkbaar zijn met de vroegtijdige beëindiging en/of schadevergoeding.

Een aan de bouwpraktijk ontleend voorbeeld van een vergelijkbare sanctie is het door een derde laten afronden van een werk voor rekening van de aannemer. Paragraaf 46 lid 1 van de UAV 2012 voorziet in deze mogelijkheid, evenals paragraaf 43 lid 2 van de UAV-GC 2005. De overeenkomst met de oorspronkelijke aannemer loopt door; contractueel is voorzien dat de meerkosten van uitvoering door de derde voor rekening van de oorspronkelijke aannemer komen. Een dergelijke sanctie is qua zwaarte en inhoud vergelijkbaar met een vroegtijdige beëindiging, waarna de opdrachtgever het werk eveneens door een derde kan laten afronden en zijn schade (waaronder de hogere kosten voor afronding van het werk) op de oorspronkelijke aannemer kan verhalen.

In paragraaf 5.6.4.2.1 kwam aan de orde dat ook een aanspraak op schadevergoeding, die nog niet heeft geresulteerd in daadwerkelijke vergoeding van de geleden schade, onder omstandigheden kan worden gekwalificeerd als een vergelijkbare sanctie.

Welke andere vergelijkbare sancties mogelijk zijn, zal in de praktijk moeten blijken. In ieder geval lijkt het ondoenlijk om daarvan vooraf een limitatieve lijst te maken. Voor de kwestieuze ondernemer is het ontbreken van duidelijkheid onwenselijk uit oogpunt van rechtszekerheid en doelmatigheid, aangezien hij zelf moet afwegen van welke mogelijk vergelijkbare sancties hij melding moet maken in zijn UEA. Op basis van de geldende regelgeving lijkt het meest veilige advies aan de ondernemer om iedere sanctie die mogelijk kan worden gekwalificeerd als vergelijkbare sanctie, zekerheidshalve op te nemen in het UEA. Ook hier geldt dat dit voor beide partijen (ondernemer en aanbestedende dienst) administratieve lasten met zich brengt en de aanbestedende dienst in de positie kan brengen dat hij moet oordelen over eerdere situaties die voor een beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemer weinig relevant zijn.

Aanbestedende diensten die dat willen voorkomen (en de gegadigden en inschrijvers vooraf duidelijkheid willen bieden), zouden er daarom in de optiek van de werkgroep goed aan doen om in hun eigen beleid en/

of de aankondiging van de opdracht de reikwijdte van de "andere vergelijkbare sanctie" te beperken tot bepaalde, specifiek genoemde gevallen. Een alternatief is dat aanbestedende diensten voorafgaand aan aanmelding of inschrijving de mogelijkheid bieden aan ondernemers om te laten toetsen of een eerder opgelegde sanctie kwalificeert als een relevante sanctie voor de past performance uitsluitingsgrond (vergelijkbaar met de mogelijkheid om vooraf de genomen self-cleaning maatregelen te laten toetsen, zie paragraaf 5.3).

Samengevat

- 1. De werkgroep beveelt aan om tot uitgangspunt te nemen dat een schikking enkel een sanctie inhoudt indien dit in de vaststellingsovereenkomst is overeengekomen. Ondernemers hoeven dan in hun UEA in de aanbesteding van de actuele opdracht alleen melding te maken van vaststellingsovereenkomsten waarin is bepaald dat deze mede het karakter van een sanctie hebben. Om discriminatie van buitenlandse ondernemingen te voorkomen, is wel van belang dat de aanbestedende dienst van de actuele opdracht in de aankondiging van de opdracht opneemt dat alleen vaststellingsovereenkomsten met een sanctiekarakter vermeld hoeven te worden. Met het oog op de beoordeling van de mogelijke past performance situatie door de aanbestedende dienst van de actuele opdracht wordt aanbevolen om, ingeval de schikking (mede) een sanctie inhoudt, de informatievoorziening aan aanbestedende diensten in toekomstige aanbestedingen uit te zonderen van een eventueel geheimhoudingsbeding en om de tekortkomingen van de opdrachtnemer die hebben geresulteerd in de oplegging van de sanctie in de vaststellingsovereenkomst te vermelden.*

Deze eerste aanbeveling wordt door twee leden van de werkgroep, Petit en Haagsma, niet onderschreven. Hun alternatieve aanbeveling luidt:

Aanbevolen wordt om het instrument schikking tussen opdrachtnemer en opdrachtgever niet te gebruiken als middel om de beoordeling van de performance van de uitgevoerde opdracht te duiden. De opdrachtgever en de opdrachtnemer kunnen niet regeren over hun opdracht heen. De beoordeling omtrent de betrouwbaarheid komt bij toepassing van past performance alleen toe aan de aanbestedende dienst van de actuele opdracht. Het is niet nuttig om schikkingen te belasten met verklaringen over de performance, als deze verklaringen geen gevolg kunnen krijgen. Houd beoordeling van de performance dus gescheiden van de schikkingen.

Contractuele geheimhoudingsbedingen moeten niet in de weg staan aan het verkrijgen van informatie, die de aanbestedende dienst relevant acht voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van ondernemers die aan de aanbesteding van zijn actuele opdracht deelnemen. Ondernemers die informatie over de performance van eerder uitgevoerde opdrachten vanwege een dergelijk beding niet (willen/kunnen) verstrekken, ook niet wanneer de aanbestedende dienst die relevant acht, kunnen worden uitgesloten van deelname aan de desbetreffende aanbesteding. De (mogelijkheid tot) beoordeling van de betrouwbaarheid van de opdrachtnemer door de aanbestedende dienst van de actuele opdracht, dient te prevaleren boven een geheimhoudingsbeding tussen de eerdere opdrachtgever en eerdere opdrachtnemer.

- 2. De werkgroep beveelt aan dat een opdrachtgever die een vaststellingsovereenkomst sluit met een opdrachtnemer en die van mening is dat aan de totstandkoming van de schikking aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen ten grondslag liggen, met de opdrachtnemer in gesprek gaat over de mogelijke self-cleaning maatregelen die de ondernemer kan nemen om, met het oog op toekomstige opdrachten, zijn betrouwbaarheid weer aan te tonen. Het ligt voor de hand dat de ondernemer hiertoe het initiatief neemt.*

3. *De aanbestedende dienst kan in zijn aanbestedingsdocumenten expliciet aangeven welke (typen) schadevergoeding hij wel en niet in aanmerking neemt. Daarbij kan hij richting geven aan de mate waarin en de voorwaarden waaronder (nog) niet-betaalde aanspraken op schadevergoeding in aanmerking worden genomen. Vertragingsboetes en contractuele kortingen wegens vertraging kunnen daarbij expliciet worden uitgesloten. De aanbestedende dienst kan daarnaast overwegen om een drempelwaarde te verbinden aan de omvang van de schadevergoedingen die hij in de beoordeling betreft. De aanbestedende dienst verlangt in dat geval van de inschrijvers / gegadigden dat zij in het UEA bij de vraag over past performance aanvullende informatie verschaffen over type en omvang van de schadevergoeding.*
 4. *De aanbestedende dienst kan overwegen algemeen beleid te formuleren waaruit blijkt welke (typen) sancties hij in ieder geval aanmerkt als andere vergelijkbare sancties in de zin van de past performance uitsluitingsgrond. Dit beleid dient op passende wijze te worden bekendgemaakt. Dergelijk beleid, dat door diverse aanbestedende diensten ook is opgesteld voor de omgang met de ernstige beroepsfout uitsluitingsgrond, draagt bij aan transparantie en rechtszekerheid voor ondernemers.*
-

5.6.5 Proportionaliteit

Uit de wetsgeschiedenis en de Gids Proportionaliteit volgt dat het proportionaliteitsbeginsel niet enkel een rol speelt bij de beslissing ten aanzien van het al dan niet van toepassing verklaren van de past performance uitsluitingsgrond (zie paragraaf 5.2 hiervoor), maar ook bij de concrete invulling c.q. toepassing van de uitsluitingsgrond.¹⁴⁰ Bij de beoordeling of bij de uitvoering van de eerdere opdracht sprake was van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen en of daarvoor een sanctie werd opgelegd die moet resulteren in uitsluiting van deelname aan de aanbesteding van de actuele opdracht, dient dan ook een proportionaliteitstoets te worden uitgevoerd. De beslissing tot uitsluiting dient in alle gevallen proportioneel te zijn.¹⁴¹ De Gids Proportionaliteit noemt het disproportioneel om een ondernemer uit te sluiten op basis van een eenmalige slechte beoordeling van een projectleider.¹⁴² Volgens de wetsgeschiedenis is het disproportioneel om een ondernemer uit te sluiten die slechts een klein bedrag aan schadevergoeding opgelegd heeft gekregen.¹⁴³

De proportionaliteitstoets die in dit kader plaatsvindt, moet in het beoordelingsproces worden onderscheiden van de proportionaliteitstoets van artikel 2.88 Aw, die pas plaatsvindt *nadat* is vastgesteld dat de elementen van de past performance uitsluitingsgrond zijn vervuld en nog geen afdoende self-cleaning heeft plaatsgevonden. De betekenis van artikel 2.88 Aw in de praktijk wordt hierna besproken in paragraaf 5.6.7.

Kijkend naar het doel van de uitsluitingsgrond, de bescherming van de aanbestedende dienst tegen onbetrouwbare ondernemers, behelst de proportionaliteitstoets die in deze fase plaatsvindt in feite de beantwoording van de vraag of de ondernemer ondanks de eerder opgelegde sanctie voldoende betrouwbaar is als potentiële opdrachtnemer voor de actuele opdracht.

140 Par. 3.5 Gids Proportionaliteit.

141 Kamerstukken II, 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 81.

142 Toelichting op voorschrift 3.5A Gids Proportionaliteit, p. 40.

143 Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 70.

De in de vorige casus besproken aannemer 123 voert een opdracht uit voor infrastructurele onderhoudswerkzaamheden die Europees is aanbesteed. De opdracht is vormgegeven als een prestatiecontract. Indien aannemer 123 de door hem aangeboden prestaties niet waarmaakt, krijgt hij per onderdeel waarop hij slechter presteert dan hij heeft aangeboden een malus opgelegd. Indien de opgelegde malussen een bepaald percentage van de aanneemsom overstijgen, kan de opdrachtgever de overeenkomst ontbinden. Omgekeerd krijgt aannemer 123 een bonus uitgekeerd voor ieder onderdeel waarop hij beter presteert dan aangeboden. De bonussen en malussen zijn gekoppeld aan de prestaties die voor de opdrachtgever het meest essentieel zijn en zij fungeren als een contractuele prikkel voor aannemer 123 om die prestaties naar behoren uit te voeren.

Aannemer 123 heeft al tientallen werken voor deze opdrachtgever uitgevoerd, allemaal tot volle tevredenheid. In het laatste project heeft hij echter een volledig onjuiste inschatting gemaakt van de aan het werk verbonden risico's en heeft hij voorts de te verrichten prestaties op verschillende onderdelen veel te optimistisch ingeschat. Hierdoor krijgt hij aanzienlijke malussen opgelegd. Uiteindelijk besluit de opdrachtgever tot ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie. Vervolgens zet hij de betreffende werkzaamheden opnieuw in de markt.

In dezelfde periode heeft aannemer 123 ook een ander infrastructureel onderhoudswerk in uitvoering, waarin hij ieder jaar een bonus ontvangt wegens goede prestaties. De aanbiedingen voor het goed presterende en het slecht presterende contract zijn door hetzelfde tenderteam van aannemer 123 voorbereid.

Dezelfde aanbestedende dienst besluit een nieuw infrastructureel onderhoudswerk in de markt te zetten. De past performance uitsluitingsgrond wordt in de aanbesteding van deze actuele opdracht van toepassing verklaard. Aannemer 123 vraagt zich af in hoeverre hij het risico loopt te worden uitgesloten wegens de opgelegde sanctie (ontbinding van de overeenkomst).

In deze casuspositie is sprake geweest van voortdurende tekortkomingen, die uiteindelijk hebben geresulteerd in ontbinding van de overeenkomst voor de eerdere opdracht wegens wanprestatie. De opgelegde malussen waren gekoppeld aan essentiële contractuele prestaties van de aannemer. De casus bevat echter ook positieve aanwijzingen ten aanzien van de betrouwbaarheid van de aannemer: hij heeft tientallen werken tot tevredenheid van de opdrachtgever uitgevoerd en zelfs tegelijk met het slecht uitgevoerde project een succesvol project in uitvoering. Het is duidelijk waardoor de slechte performance is ontstaan: de ondernemer heeft een onjuiste inschatting van risico's en van de omvang van het werk gemaakt. Ook staat vast dat de aannemer (met hetzelfde tenderteam) op zich wel in staat is om vergelijkbare risico's (in een ander project) goed in te schatten. Zo beschouwd lijkt de betrouwbaarheid van de aannemer niet ter discussie te staan, maar lijkt veeleer sprake te zijn van een 'uitglijder' in een portefeuille van succesvolle projecten. Afgaande op de bewoordingen van (de considerans van) de Richtlijn, de wetsgeschiedenis van de Aw en de Gids Proportionaliteit lijkt de past performance uitsluitingsgrond niet bedoeld om in een situatie als deze tot uitsluiting over te gaan.

Tegelijkertijd onderstreept deze casus het spanningsveld tussen de proportionaliteit van het uitsluiten van een kwestieuze ondernemer en het bewaren van een level playing field. Het in aanmerking nemen van de context waarin een slechte prestatie is geleverd en van het *track record* van de ondernemer, kan voor ondernemers die de aanbestedende dienst kent uit eerdere opdrachten zowel voordelig als nadelig uitwerken.

In ieder geval is het betrekken van de context eenvoudiger ten aanzien van ondernemers met wie de aanbestedende dienst eerder in zijn hoedanigheid van opdrachtgever heeft gewerkt. Het gevolg hiervan kan zijn dat de betrouwbaarheid van die ondernemers minder snel ter discussie wordt gesteld dan de

betrouwbaarheid van ondernemers met wie de aanbestedende dienst geen ervaring heeft. Dit terwijl goed denkbaar is dat andere opdrachtgevers vergelijkbare positieve ervaringen hebben met de betreffende ondernemers als dat de aanbestedende dienst die de actuele opdracht aanbesteedt, heeft met de opdrachtnemers die hij wel kent. Het enige verschil is dat die wetenschap over positieve past performance bij de aanbestedende dienst ontbreekt. Vervolgens dient de aanbestedende dienst wel te oordelen over een negatieve past performance, daartoe gedwongen door het antwoord dat de ondernemer op de vraag in het UEA heeft gegeven (en eventueel door concurrent ondernemers die de aanbestedende dienst aanspreken op zijn verplichting om de past performance uitsluitingsgrond consequent te hanteren).

Tegelijkertijd kan een ondernemer die al een groot aantal projecten voor de aanbestedende dienst (in diens hoedanigheid van opdrachtgever) heeft uitgevoerd ook in het nadeel zijn. De aanbestedende dienst van de actuele opdracht kan zijn wetenschap over eerdere opdrachten die ook onsuccesvol zijn verlopen dan immers betrekken bij zijn beslissing omtrent uitsluiting wegens past performance. Ondernemers die 'nieuw' zijn voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht lopen dat risico niet, terwijl zij mogelijk bij andere opdrachtgevers in meerdere opdrachten een slechte performance hebben laten zien die dan niet in aanmerking wordt genomen.

Het hiervoor geschetste spanningsveld bevestigt dat zorgvuldigheid, objectiviteit en transparantie noodzakelijke randvoorwaarden zijn om een evenwichtige toepassing van de uitsluitingsgrond te verzekeren. Gelet op het doel van de uitsluitingsgrond ontkomt de aanbestedende dienst er namelijk niet aan de bredere context in zijn beslissing te betrekken. Het gaat, ook volgens het Europese Hof van Justitie,¹⁴⁴ uitdrukkelijk om de beantwoording van de vraag of de past performance situatie leidt tot een breuk in de vertrouwensband met de ondernemer, die de ondernemer ongeschikt maakt als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. De werkgroep constateert dat deze bedoeling in de letterlijke tekst van de uitsluitingsgrond niet tot uitdrukking komt, door het ontbreken van een verwijzing naar de betrouwbaarheid en integriteit van de ondernemer en door het feit dat de uitsluitingsgrond conform de bewoordingen van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw ook kan worden ingeroepen tegen een ondernemer die slechts in één eerdere opdracht ondermaats heeft gepresteerd. Dit suggereert een zelfstandige (en geïsoleerde) beoordeling van die ene past performance, terwijl het doel van de uitsluitingsgrond onmiskenbaar uitgaat van de bredere context.

Bij de beoordeling van de proportionaliteit van uitsluiting kan ook de vergelijkbaarheid van de actuele opdracht met de eerdere opdracht een rol spelen. Bij de toets of een ondernemer voldoende betrouwbaar is als mogelijke opdrachtnemer, spelen de concrete kenmerken van de eerdere opdrachten en de vergelijking daarvan met die van de actuele opdracht een rol. Het is niet gezegd dat de ondernemer die een eerdere opdracht ondermaats heeft uitgevoerd daardoor ook een onbetrouwbare partij is voor een ander type opdracht of een opdracht met een geheel andere omvang.

Een ingenieurs- en adviesbureau heeft een opdracht uitgevoerd voor een gemeente, waarbij grote uitvoeringsproblemen zijn ontstaan. Het betrof een ingenieursopdracht voor de constructieberekeningen van een groot bouwwerk die rampzalig is verlopen. Tijdens de bouw van het project is gebleken dat de constructie als gevolg van aanzienlijke fouten in de constructieberekeningen onvoldoende sterk was en is zelfs een gedeelte van het in aanbouw zijnde bouwwerk ingestort. De overeenkomst met het ingenieursbureau is ontbonden en het ingenieursbureau is door de gemeente aangesproken tot vergoeding van de geleden schade.

Enkele maanden later schrijft dezelfde gemeente een aanbesteding uit voor een adviesopdracht ten aanzien van toekomstbestendig watermanagement in de gemeente. Zij verklaart de past

performance uitsluitingsgrond van toepassing. Het ingenieurs- en adviesbureau schrijft in op deze aanbesteding. Als onderdeel van de inschrijving dient het bureau drie referentieprojecten met bijbehorende tevredenheidsverklaringen in, waaruit blijkt dat het bureau in andere waterrijke gemeenten goed werk heeft geleverd op het terrein van watermanagement. Het bureau maakt in haar UEA melding van de sancties die haar bij de uitvoering van de eerdere opdracht zijn opgelegd en licht toe waarom deze in haar optiek niet tot uitsluiting moeten leiden.

De gemeente heeft nog een flinke kater van de schade en vertraging die zijn ontstaan bij het bouwproject, maar vraagt zich tegelijkertijd af of uitsluiting van het adviesbureau proportioneel is. Het gaat immers om een geheel ander type opdracht waarbij een andere afdeling van het adviesbureau wordt ingezet.

In deze casus is het mogelijk disproportioneel om het adviesbureau wegens past performance uit te sluiten, nu de betrouwbaarheid van het adviesbureau voor de actuele opdracht voor watermanagement als zodanig niet ter discussie hoeft te staan, ondanks de aanzienlijke tekortkomingen (met ingrijpende gevolgen) in de eerdere opdracht en de in verband daarmee opgelegde sancties. Dit kan overigens anders zijn indien de tekortkomingen bij het adviesbureau in de eerdere opdracht het gevolg waren van het niet op orde zijn van de interne kwaliteitscontrole in het algemeen.

Teneinde de rechtszekerheid voor partijen op dit punt te vergroten, kunnen aanbestedende diensten ook besluiten om de reikwijdte van de uitsluitingsgrond in het algemeen te beperken tot opdrachten die qua aard en omvang vergelijkbaar zijn. Hierdoor zijn ondernemers vooraf beter in staat om te bepalen of het zin heeft om in te schrijven op een aanbesteding en zijn zij daarbij minder afhankelijk van een proportionaliteitsbeoordeling in de aanbesteding zelf met een onzekere uitkomst (en een beperkte rechterlijke toetsbaarheid). Ook in het licht van het Commissievoorstel voor de Richtlijn acht de werkgroep het legitiem voor individuele aanbestedende diensten om het gebruik van de past performance uitsluitingsgrond op deze wijze in te beperken.

Concrete algemeen toepasbare kaders voor wat wel en niet proportioneel is, zijn niet te geven. Uiteindelijk is het aan de aanbestedende dienst van de actuele opdracht om met inachtneming van de relevante omstandigheden van het geval de proportionaliteit van het daadwerkelijk uitsluiten van de ondernemer te beoordelen. Hierbij dient de aanbestedende dienst in ieder geval aandacht te besteden aan:

1. De ernst en omvang van de tekortkoming of tekortkomingen;
2. De aard en omvang van de opgelegde sanctie;
3. De vraag of sprake is geweest van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen in één of meerdere opdrachten;
4. De bredere context; maken de tekortkomingen die hebben geresulteerd in de opgelegde sanctie de ondernemer naar de verwachting van de aanbestedende dienst onbetrouwbaar als opdrachtnemer van de actuele opdracht? Welke rol spelen daarbij eventuele andere (positieve dan wel negatieve) ervaringen van de aanbestedende dienst en/of van andere aanbestedende diensten met de betreffende ondernemer?

Daarnaast kan ook de vergelijkbaarheid van de eerdere opdracht met de actuele opdracht in de proportionaliteitsbeoordeling worden betrokken.

Uitsluiting is een zwaar middel. Dit onderstreept de noodzaak voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht om proportioneel te handelen en de uitsluitingsgrond niet lichtvaardig in te roepen tegen een ondernemer. De uitsluitingsgrond heeft niet tot *doel* om ondernemers die zijn tekortgeschoten, daarvoor te 'straffen'. De mogelijkheid om kwestieuze ondernemers te kunnen uitsluiten, strekt tot bescherming van de aanbestedende dienst tegen onbetrouwbare en niet-integere opdrachtnemers en (zo volgt uit de Nederlandse wetsgeschiedenis) om te voorkomen dat belastinggeld terecht komt

bij ondernemers die waarschijnlijk tekort zullen schieten bij de uitvoering van de actuele opdracht.¹⁴⁵ Daarnaast kan een effectief en gedoseerd gebruik van de past performance uitsluitingsgrond dienen ter bescherming van gegadigden en inschrijvers tegen onbetrouwbare ondernemers die met irreële aanbiedingen, die zij in de praktijk niet waarmaken, de eerlijke mededinging verstoren.

Samengevat

De aanbestedende dienst van de actuele opdracht beoordeelt aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval de proportionaliteit van een uitsluiting wegens past performance. Hierbij dient hij in ieder geval aandacht te besteden aan:

- 1. De ernst en omvang van de tekortkoming of tekortkomingen;*
 - 2. De aard en omvang van de opgelegde sanctie;*
 - 3. De vraag of sprake is geweest van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen in één of meerdere opdrachten;*
 - 4. De bredere context, zoals – voor zover van toepassing – eventuele andere eerdere ervaringen met de ondernemer, die eveneens van invloed zijn op de beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemer.*
-

5.6.6 Heeft de gegadigde/inschrijver afdoende self-cleaning maatregelen genomen?

De uitkomst van de hiervoor besproken beoordeling is dat de bestanddelen van de past performance uitsluitingsgrond wel of niet zijn vervuld. Indien dit niet het geval is en de betrouwbaarheid van de ondernemer als potentiële opdrachtnemer dus niet ter discussie staat, dan volgt geen uitsluiting.

Indien de aanbestedende dienst echter tot de conclusie komt dat de bestanddelen van de past performance uitsluitingsgrond wel zijn vervuld, dan is de volgende stap in het beoordelingsproces dat de aanbestedende dienst beoordeelt of de kwestieuze ondernemer self-cleaning maatregelen heeft genomen die hem, ondanks de past performance situatie, toch weer voldoende betrouwbaar maken als potentiële opdrachtnemer voor de opdracht.

De vraag of de self-cleaning maatregelen voldoende zijn, hangt vooral af van het voorwerp van de actuele opdracht. In hoeverre is aannemelijk dat de negatieve gebeurtenissen bij de uitvoering van de eerdere opdracht zich niet voor zullen doen bij de uitvoering van de actuele opdracht? Zijn de risico beheersende maatregelen die de kwestieuze ondernemer heeft genomen, naar verwachting voldoende specifiek en doeltreffend om herhaling van de negatieve gebeurtenissen te voorkomen? Is hij in staat om het risico effectief te beheersen? Anders gezegd: heeft de ondernemer zijn les geleerd en stevige maatregelen getroffen?

En wat is de (maatschappelijke) impact als de self-cleaning maatregelen toch niet afdoende blijken te zijn? Bij een grote maatschappelijke impact, zoals economische ontwrichting, zullen robuustere maatregelen nodig zijn om de aanbestedende dienst vertrouwen in de gegadigde te geven dan wanneer het bij onverhoopte herhaalde mislukking slechts om beperkte (financiële) gevolgen gaat.

Ook de kwaliteit van de interne controle en handhaving van de risico beheersende maatregelen door de kwestieuze ondernemer kunnen een rol spelen in de beoordeling door de aanbestedende dienst.



Juist omdat vuistregels moeilijk te geven zijn, doet een kwestieuze ondernemer er goed aan om tijdig het gesprek aan te gaan met de aanbestedende dienst die een opdracht gaat plaatsen waarvoor hij belangstelling heeft, om te weten te komen of de self-cleaning maatregelen die hij heeft genomen of in uitvoering heeft, de aanbestedende dienst voldoende vertrouwen geven om hem toe te laten tot de aanbesteding. Dergelijk overleg voorafgaand aan de aanbesteding is bijvoorbeeld mogelijk als reeds een marktconsultatie is doorlopen of een vooraankondiging van de aan te besteden opdracht is gedaan. Daarnaast is denkbaar dat de kwestieuze ondernemer een aanbestedende dienst bij wie hij geregeld inschrijft op aanbestedingen (en bij wie hij mogelijk opdrachten in uitvoering heeft) reeds op voorhand, dus buiten de context van een komende aanbesteding, informeert over een mogelijke past performance situatie die hij bij de uitvoering van een eerdere opdracht heeft opgelopen. In ieder geval doet de kwestieuze ondernemer er goed aan om zo mogelijk proactief het overleg met de aanbestedende dienst van de actuele opdracht te initiëren. Voor aanbestedende diensten is het ook raadzaam om te investeren in dergelijke gesprekken, omdat de beschikbaarheid van voldoende mededinging in hun belang is.

Bij de beoordeling van de self-cleaning maatregelen tijdens de aanbesteding doorloopt de aanbestedende dienst op grond van de wet de volgende drie stappen:

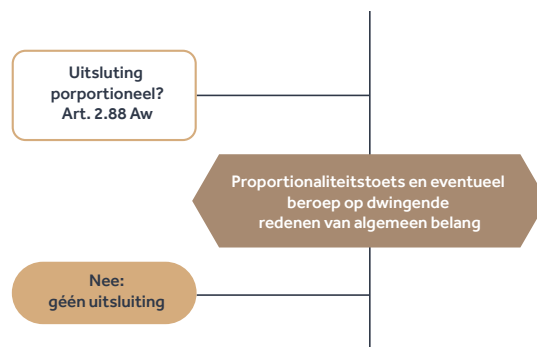
1. De kwestieuze ondernemer moet aantonen dat hij afdoende maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid, ondanks de toepasselijkheid van de past performance uitsluitingsgrond, aan te tonen (artikel 2.87a lid 1 en lid 2 Aw);
2. De aanbestedende dienst onderzoekt de genomen maatregelen en beoordeelt of deze toereikend zijn om de kwestieuze ondernemer als betrouwbaar aan te merken, waarbij hij rekening houdt met de ernst en de bijzondere omstandigheden van de past performance situatie (artikel 2.87a lid 3 Aw);
3. De aanbestedende dienst neemt een beslissing: hij acht de genomen maatregelen afdoende en laat de ondernemer toe tot de aanbesteding, of hij acht de genomen maatregelen niet voldoende en sluit de kwestieuze ondernemer uit (behoudens de hierna te bespreken proportionaliteitstoets) (artikel 2.87a lid 3 Aw).

In verband met de motiveringsverplichtingen van de aanbestedende dienst wordt aanbevolen dat de aanbestedende dienst de door hem uitgevoerde beoordeling ten aanzien van mogelijke self-cleaning en de gronden van zijn beslissing schriftelijk documenteert.

Samengevat

1. *Een kwestieuze ondernemer houdt er rekening mee dat hij zich met het oog op de aanbesteding van de actuele opdracht enkel kan beroepen op self-cleaning maatregelen die hij al heeft genomen, althans die ten tijde van aanmelding / inschrijving in uitvoering zijn.*
2. *De werkgroep beveelt aan dat een aanbestedende dienst welwillend reageert op een verzoek van een ondernemer, die geïnteresseerd is in een opdracht die de aanbestedende dienst op de markt wil plaatsen, om te bespreken welke self-cleaning volstaat om uitsluiting wegens past performance voor de actuele opdracht te voorkomen.*
3. *Aanbevolen wordt dat een aanbestedende dienst met betrekking tot de aanbesteding van zijn actuele opdracht op verzoek van de kwestieuze ondernemer tijdig, dat wil zeggen ruim voorafgaand aan de uiterste datum voor aanmelding of inschrijving, duidelijk maakt of hij de genomen self-cleaning maatregelen toereikend acht (onder voorbehoud van een andersluidende rechterlijke uitspraak). Het tijdig geven van zoveel mogelijk duidelijkheid met betrekking tot self-cleaning bevordert de mededinging bij het plaatsen van de actuele opdracht, hetgeen in het belang is van de aanbestedende dienst.*

5.6.7 Is er conform artikel 2.88 Aw reden om af te zien van uitsluiting?



Nadat ook de door de kwestieuze ondernemer aangedragen self-cleaning maatregelen zijn beoordeeld, en ingeval deze als onvoldoende zijn aangemerkt (of geen self-cleaning maatregelen ter beoordeling zijn voorgelegd), volgt nog slechts één (optionele) stap in het beoordelingsproces. De aanbestedende dienst heeft dan nog de mogelijkheid om af te zien van uitsluiting om dwingende redenen van algemeen belang of indien uitsluiting naar het oordeel van de aanbestedende dienst niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht (artikel 2.88 Aw).

De MvT bij artikel 2.88 sub a Aw bevat een uitgebreide lijst met redenen van algemeen belang, ontleend aan Europese jurisprudentie van het begrip 'dwingende redenen van openbaar belang'.¹⁴⁶ Daartoe behoren in elk geval de volgende gronden:

"openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid als bedoeld in de artikelen 46 en 55 van het Verdrag; handhaving van de maatschappelijke orde; doelstellingen van het sociaal beleid; bescherming van afnemers van diensten; consumentenbescherming; bescherming van werknemers, met inbegrip van de sociale bescherming van werknemers; dierenwelzijn; handhaving van het financieel evenwicht van het socialezekerheidsstelsel; voorkoming van fraude; voorkoming van oneerlijke concurrentie; bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening; bescherming van schuldeisers; waarborging van een deugdelijke rechtsbedeling; verkeersveiligheid; bescherming van intellectuele eigendom; culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van de diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en veterinaire beleid. Het begrip openbare orde, zoals uitgelegd door het HvJEU, omvat de bescherming tegen een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving, en kan met name onderwerpen in verband met de menselijke waardigheid, de bescherming van minderjarigen en kwetsbare volwassenen, alsook dierenwelzijn, omvatten. Evenzo omvat het begrip openbare veiligheid vraagstukken in verband met de staatsveiligheid. Deze jurisprudentie kan zich nog verder ontwikkelen. Een beroep op deze afwijkmogelijkheid moet noodzakelijk zijn om het doel (bijvoorbeeld de bescherming van de volksgezondheid) te bereiken en dit doel mag niet met minder vergaande maatregelen kunnen worden bereikt (de afwijking moet noodzakelijk en proportioneel zijn). Te denken valt aan de uitbraak van een epidemie, waarbij snel gehandeld moet worden."

Met betrekking tot onderdeel b van artikel 2.88 Aw (proportionaliteitsbeoordeling) zegt de MvT het volgende.¹⁴⁷

146 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, onderdeel a, p. 80-82.

147 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, onderdeel c (later vernummerd naar onderdeel b), p. 80-82.

“Dit artikelonderdeel geeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om een ondernemer die onherroepelijk veroordeeld is wegens een delict en geen gedragsverklaring aanbesteden heeft gekregen toch de opdracht te gunnen, omdat het delict gezien de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en de aard van de opdracht niet zodanig relevant is dat uitsluiting in het concrete geval gerechtvaardigd is.”

Hoewel de tekst van artikel 2.88 sub b Aw verwijst naar een eerdere ‘veroordeling’ en dit de vraag oproept of de bepaling wel is bedoeld voor facultatieve uitsluitingsgronden zoals de past performance uitsluitingsgrond, is uit de MvT af te leiden dat de wetgever heeft beoogd deze bepaling toepasbaar te laten zijn op alle uitsluitingsgronden. Daarin staat: *“De in dit artikel opgenomen gronden kunnen bij alle uitsluitingsgronden worden toegepast.”*¹⁴⁸ In geval van past performance kan voor “veroordeling” dan volgens leden van de werkgroep worden gelezen “sanctie”. De beslissing om uit proportionaliteitsoverwegingen af te zien van uitsluiting zal naar behoren moeten worden gemotiveerd aan de hand van de *beide* in de Aw genoemde elementen (tijdsverloop en voorwerp opdracht). Bij het voorwerp van de opdracht kan worden gedacht aan de inhoudelijke vergelijkbaarheid van de eerdere opdracht en de actuele opdracht, maar bijvoorbeeld ook aan de (financiële) omvang van de actuele opdracht.

De aanbestedende dienst heeft bij de proportionaliteitsbeoordeling discretionaire bevoegdheid (*“naar het oordeel van”*).¹⁴⁹ Een beslissing van de aanbestedende dienst om wegens tijdsverloop en het voorwerp van de opdracht af te zien van uitsluiting, kan door de rechter dan ook slechts marginaal worden getoetst.

Het in aanmerking nemen van andere proportionaliteitsoverwegingen is in deze fase niet meer toegestaan, omdat de formulering van artikel 2.88 Aw hiervoor geen ruimte laat. De aanbestedende dienst kan bij de proportionaliteitstoets dus nog enkel het tijdsverloop en het voorwerp van de opdracht in aanmerking nemen.

Indien toch om andere, niet vooraf kenbare proportionaliteitsredenen wordt afgezien van uitsluiting, is dat in strijd met het transparantiebeginsel. In het bijzonder buitenlandse ondernemingen, die minder bekend zijn met het belang dat in de Nederlandse aanbestedingspraktijk aan proportionaliteit wordt gehecht en die slechts kunnen afgaan op de dwingende formulering van artikel 2.88 Aw (en het bepaalde in de Gids Proportionaliteit), zouden daardoor kunnen worden benadeeld. Op gelijke wijze overwoog het Europese Hof van Justitie in *Connexion/Staat* dat het niet verenigbaar is met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling en transparantie om een niet in nationale regelgeving voorziene evenredigheidstoets uit te voeren bij de beslissing omtrent uitsluiting wegens toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond.¹⁵⁰

Samengevat

1. De toets van artikel 2.88 Aw is geen noodzakelijk onderdeel van de beoordeling. De aanbestedende dienst heeft op grond van deze bepaling de mogelijkheid om (i) wegens dwingende redenen van algemeen belang of (ii) uit proportionaliteitsoverwegingen af te zien van uitsluiting. In het laatste geval dient hij in zijn motivering voor deze beslissing op te nemen waarom zowel het tijdsverloop als het voorwerp van de opdracht uitsluiting disproportioneel maakt. Deze motivering legt hij schriftelijk vast.

148 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 80.

149 Hetgeen wordt bevestigd in de wetsgeschiedenis, Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 80.

150 HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (*Connexion/Staat*).

5.7 Rechtsbescherming

5.7.1 Effectieve rechtsbescherming; Europeesrechtelijke vereisten

De rechtsbescherming tegen uitsluiting op grond van artikel 2.87 lid 1 sub g Aw loopt mee in de rechtsbescherming die is geregeld in hoofdstuk 4.3, artikelen 4.15 tot en met 4.26 Aw. In de Aw zijn met betrekking tot de precontractuele fase de bepalingen van de Wira¹⁵¹ overgenomen (artikelen 8 tot en met 20).¹⁵² Met de inwerkingtreding van de Aw is de Wira ingetrokken. De Wira was destijds de Nederlandse implementatie van de richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L335) tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.

Bij rechterlijke toetsing is zowel het primaire als het secundaire Europese recht aan de orde.

Het primaire Europese recht¹⁵³ betreft de voorschriften op grond van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Ten behoeve van de verwezenlijking van de interne markt dienen het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening en de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie te worden geëerbiedigd.

Tot het secundaire Europese aanbestedingsrecht behoren de richtlijnen en de daarop gebaseerde Europese jurisprudentie en ook niet bindende documenten zoals diverse mededelingen van de Europese Commissie.

Het onderscheid tussen het primaire en het secundaire Europese aanbestedingsrecht is van belang, omdat het toepassingsgebied van het primaire recht ook geldt voor de aanbestedingen van opdrachten met een geraamde waarde onder de Europese drempels. Aanbesteding van overheidsopdrachten met een waarde onder de Europese drempelwaarde valt buiten het bestek van dit preadvies. Alleen voor aanbestedingen waarbij op grond van de Aw het ARW 2016 van toepassing is of waarbij de aanbestedende dienst vrijwillig het ARW 2016 van toepassing verklaart voor opdrachten voor diensten of leveringen, kan voor wat betreft de toepassing van de uitsluitingsgrond voor past performance, wel inspiratie worden geput uit dit preadvies.¹⁵⁴ Het ARW 2016 volgt inhoudelijk de Aw en wordt in dit preadvies verder niet afzonderlijk behandeld.

De voorschriften betreffende past performance zijn onderdeel van het verwezenlijken van de interne markt. De voorschriften maken deel uit van het in principe gesloten stelsel van de uitsluitingsgronden. Dat betekent dat er in beginsel geen ruimte is voor Nederland om eigen regels te stellen. Bij toepassing van past performance dienen de algemene aanbestedingsrechtelijke beginselen gerespecteerd te worden. Met name de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en evenredigheid hebben invloed op het ontwikkelen van de toepassing van uitsluiting wegens past performance. Dat geldt ook voor opdrachten met een waarde onder de Europese drempels die een grensoverschrijdend belang hebben. Alleen zuiver nationale situaties vallen niet onder het Europese Verdrag.

De uitsluitingsgronden dienen restrictief te worden geïnterpreteerd en toegepast. Verder heeft het beginsel van subsidiariteit invloed op het ontwikkelen van past performance.

151 Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden.

152 Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 115 jo. Kamerstukken II 2009-2010, 32 027, nr. 3.

153 E.R. Manunza, Is een 'zwarte lijst' van bouwbedrijven verenigbaar met het Europese recht?, TBR, september 2003, p. 748 e.v.

154 Zie hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.

De richtlijnen zijn opgesteld om een 'level playing field' te scheppen door coördinatie van nationale voorschriften betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten. Aanvullende regels zijn mogelijk mits zij een eigenstandig doel dienen naast de ontwikkeling van de interne markt. Dat zal bij past performance niet snel aan de orde kunnen zijn.

Op grond van artikel 6 VWEU maken de algemene beginselen van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) deel uit van het recht van de Europese Unie. Met betrekking tot rechtsbescherming bepaalt artikel 6 EVRM, inhoudende het recht op een eerlijk proces, dat hoor en wederhoor moeten worden toegepast. De rechtsbescherming met betrekking tot de toepassing van past performance moet daar dus aan voldoen. De beroepsmogelijkheden ten aanzien van de toepassing van de uitsluitingsgrond van past performance lopen mee in de beroepsmogelijkheden met betrekking tot de aanbesteding.

5.7.2 Rechtsbescherming door de Nederlandse rechter

De noodzaak tot het verkrijgen van rechtsbescherming kan op verschillende momenten aan de orde zijn. Het meest van belang is de mogelijkheid voor de rechter om de eventuele beslissing tot uitsluiting van de kwestieuze ondernemer van verdere deelname aan de aanbesteding van de actuele opdracht te kunnen toetsen. Die beslissing zal veelal in kort geding worden getoetst, ervan uitgaande dat een ondernemer die in zijn optiek ten onrechte wordt uitgesloten, die beslissing zal willen laten terugdraaien door de rechter om alsnog verder te participeren in de aanbesteding.

Ook het omgekeerde scenario is denkbaar, waarbij de aanbestedende dienst de ondernemer toelaat en een concurrent ondernemer vervolgens in kort geding betoogt dat de ondernemer alsnog moet worden uitgesloten wegens toepasselijkheid van de past performance uitsluitingsgrond. De rechtspraak laat zien dat vooralsnog met name concurrent ondernemers gebruik maken van de past performance uitsluitingsgrond om in rechte uitsluiting van hun concurrent te bepleiten. Kort gedingen worden veelal geïnitieerd door concurrent ondernemers – en dus nadat de aanbestedende dienst heeft besloten de betreffende ondernemer *niet* uit te sluiten.¹⁵⁵

De kwestieuze ondernemer heeft ook de mogelijkheid om in een bodemprocedure een finaal oordeel te vragen over de rechtmatigheid van zijn uitsluiting in de aanbesteding voor de *actuele* opdracht dan wel over de rechtmatigheid van de opgelegde sanctie bij de uitvoering van de *eerdere* opdracht.¹⁵⁶ In dat geval zal een positief vonnis door het grote tijdsverloop er niet meer in kunnen resulteren dat de ondernemer alsnog wordt toegelaten tot de aanbesteding. De ondernemer kan dan nog slechts proberen zijn geleden schade (positief en negatief contractbelang) wegens het mislopen van de opdracht vergoed te krijgen. De succeskans van een dergelijke vordering is echter (zeer) beperkt, aangezien de ondernemer doorgaans niet zal kunnen aantonen dat hij als gevolg van de onrechtmatige uitsluiting de opdracht is misgelopen. Hooguit zal hij een schadevergoeding in de vorm van kansschade toegewezen kunnen krijgen die is gebaseerd op een geschatte kans dat hij de opdracht gegund had gekregen (zie nader in paragraaf 5.8). Wel kan een vonnis in een bodemprocedure van belang zijn voor de ondernemer om aan te tonen dat geen sprake is van een past performance situatie, zodat uitsluiting evenmin aan de orde kan zijn. Ook hier is de doorlooptijd echter in het nadeel van de (kwestieuze) ondernemer. Het zal doorgaans ten minste een jaar (zo niet langer) kosten om alleen al een vonnis van de rechtbank in eerste aanleg te verkrijgen dat bruikbaar is voor een dergelijk doel.

155 Zie bijvoorbeeld Vzv Rb Gelderland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3391; Vzv Rb Noord-Nederland 9 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:836 met in hoger beroep Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094, r.o. 6.15-6.17; Vzv Rb Limburg 25 juni 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:5848, r.o. 4.2-4.6.

156 Evenals de concurrent ondernemer de mogelijkheid heeft om in een bodemprocedure een finaal oordeel te vragen over de rechtmatigheid van de beslissing van de aanbestedende dienst van de actuele opdracht om een ondernemer niet uit te sluiten.

Een kort geding heeft mogelijk verstrekkende consequenties indien de voorzieningenrechter op basis van een voorlopige beoordeling een beslissing om een ondernemer *we/* uit te sluiten in stand laat. In zo'n geval staat de ondernemer die het betreft niet alleen in de aanbesteding van de actuele opdracht met lege handen, maar weet hij dat hij voor toekomstige aanbestedingen een vergelijkbaar risico loopt (dat mogelijk nog verder is vergroot doordat hij een kort geding heeft doorlopen waarvan zijn concurrent ondernemers uit de aanbesteding op de hoogte zijn). Dit onderstreept de noodzaak van een deugdelijke rechterlijke toetsing.

De kwestieuze ondernemer en de concurrent ondernemer die in kort geding rechtsbescherming zoeken, hebben allebei te maken met de beperkingen van het kort geding. Er vindt slechts een voorlopige beoordeling plaats, waarbij beperkt ruimte is voor bewijslevering en de rechter alle vrijheid toekomt bij de waardering van het bewijs, waarbij een belangenafweging een belangrijke rol speelt en waarin geen finaal oordeel wordt gegeven over de vraag of uitsluiting inhoudelijk al dan niet terecht is. De inhoudelijke toetsingsmogelijkheden van de rechter worden bovendien beperkt door de beoordelingsruimte van de aanbestedende dienst ten aanzien van de proportionaliteit van uitsluiting en het al dan niet toereikend achten van genomen self-cleaning maatregelen.

De beperkingen van het kort geding zullen zich mogelijk sterker doen voelen indien het gaat om de beoordeling van een past performance situatie die zich bij een andere opdrachtgever (niet zijnde de aanbestedende dienst van de actuele opdracht) heeft voorgedaan. De voorzieningenrechter zal in dat geval kunnen toetsen of de aanbestedende dienst van de actuele opdracht procedureel zorgvuldig en juist heeft gehandeld, door alle relevante feiten te verzamelen, bewijsmiddelen op te vragen, hoor en wederhoor toe te passen en zijn beslissing draagkrachtig te motiveren, en of hij inhoudelijk in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen dat de betrouwbaarheid van de kwestieuze ondernemer in het geding is gegeven de past performance ervaring van de andere opdrachtgever. Indien de genomen beslissing deze procedurele en inhoudelijke redelijkheidstoets doorstaat, lijkt rechterlijk ingrijpen niet snel mogelijk.

De werkgroep signaleert voorts dat volgens het Europese Hof van Justitie niet in rechte hoeft vast te staan dat de sanctie die bij de uitvoering van de eerdere opdracht is opgelegd gerechtvaardigd was.¹⁵⁷ Ook indien de kwestieuze ondernemer de vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie in rechte heeft aangevochten en daarover nog een juridische procedure loopt, mag de aanbestedende dienst die sanctie bij zijn overwegingen ten aanzien van de betrouwbaarheid van de ondernemer in aanmerking nemen, zo bevestigt het Europese Hof van Justitie in *Meca*. Het is de uitdrukkelijke bedoeling van de Uniewetgever dat de aanbestedende dienst in staat wordt gesteld een eigen oordeel te vormen over het handelen en nalaten van de kwestieuze ondernemer.¹⁵⁸ Een voorzieningenrechter zal daarom niet snel ingrijpen ten aanzien van een beslissing tot uitsluiting die gebaseerd is op een slechte past performance die op dat moment onder de rechter is. Dit noopt tot grote zorgvuldigheid bij de aanbestedende dienst van de actuele opdracht, die zich daarbij tevens dient te realiseren dat hij onder omstandigheden aansprakelijk kan zijn voor de gevolgen van een onjuiste beslissing.

Tot slot is de openbaarheid van vonnissen een aandachtspunt. Een kwestieuze ondernemer die zijn uitsluiting ter discussie wil stellen, of een ondernemer die door een kort geding van een concurrent ondernemer alsnog wordt geconfronteerd met een mogelijke uitsluiting, moet er rekening mee houden dat het vonnis met het (voorlopige) oordeel van de rechtbank wordt gepubliceerd. Het risico bestaat dat andere aanbestedende diensten, onder verwijzing naar een reeds door de voorzieningenrechter geaccordeerde beslissing die betrekking had op dezelfde past performance situatie, eenvoudiger zelf besluiten tot uitsluiting indien de ondernemer geen verbetermaatregelen treft die herhaling van fouten voorkomen. Het potentiële bereik is daarbij zeer groot: de kwestieuze ondernemer zou gedurende

157 Zie HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507 (*Meca*).

158 Zie ook pt. 101 van de considerans van de Richtlijn.

maximaal drie jaar binnen de gehele Europese Unie kunnen worden beperkt in zijn deelname aan aanbestedingen. Ook concurrent ondernemers kunnen onder verwijzing naar een eerder vonnis proberen af te dwingen dat de ondernemer die het betreft in toekomstige aanbestedingen eveneens moet worden uitgesloten. Dit legt druk op de kwestieuze ondernemer om verbetermaatregelen te nemen die het vertrouwen in hem herstellen.

In het licht van het voorgaande is in ieder geval wenselijk dat de rechter de ter zake genomen beslissingen van de aanbestedende dienst, met inachtneming van de zojuist genoemde beperkingen, wel zo effectief mogelijk kan toetsen. Daarvoor is cruciaal dat de aanbestedende dienst procedureel en inhoudelijk zorgvuldigheid en transparantie betracht bij het nemen van zijn beslissingen. Dan gaat het zowel om de motivering van de redenen waarom wel of niet sprake is van een past performance situatie (en waarom de betrouwbaarheid van de ondernemer wel of niet ter discussie staat), als om de relevante feiten waarop de aanbestedende dienst zich heeft gebaseerd en de wijze waarop hij die feiten heeft vergaard.

Alles overziend signaleert de werkgroep dat het zowel noodzakelijk is om effectieve rechtsbescherming te bieden, als dat de kwestieuze ondernemer binnen het huidige stelsel van rechtsbescherming een onzekere positie heeft. Dit is overigens niet een op zichzelf staand vraagstuk. In de afgelopen jaren zijn vanuit diverse groepen en invalshoeken zorgen geuit over de effectiviteit van rechtsbescherming in aanbestedingen. Inmiddels is na een uitvoerige evaluatie van de rechtsbescherming een wetsvoorstel ter verbetering van de effectiviteit van rechtsbescherming in aanbestedingen in procedure.¹⁵⁹

In het licht van de beperkingen die inherent zijn aan rechtsbescherming in (met name lopende) aanbestedingen, beveelt de werkgroep aan om de concrete toepassing van de uitsluitingsgrond met zoveel mogelijk transparantie en waarborgen te omgeven, zodat rechtsbescherming minder vaak nodig zal zijn en zodat, ingeval rechtsbescherming nodig is, de rechter in ieder geval effectief kan toetsen. Dat vergt een zorgvuldige omgang met de uitsluitingsgrond en bij voorkeur ook een verduidelijking van het kader waarbinnen en de wijze waarop aanbestedende diensten de uitsluitingsgrond concreet toepassen. Zoals op meerdere plaatsen in dit hoofdstuk 5 besproken, kan daarbij gedacht worden aan de mogelijkheid om in de aanbestedingsdocumenten voor de actuele opdracht dan wel in algemeen beleid het toepassingsbereik van de uitsluitingsgrond nader in te kaderen. De werkgroep beveelt voorts aan dat eisen worden gesteld aan de kenbaarheid en inhoudelijke draagkracht van de motivering, zodat een beslissing tot uitsluiting in rechte ook daadwerkelijk kan worden getoetst.

Ook andere beslissingen kunnen vanzelfsprekend voorwerp zijn van rechterlijke toetsing. Te denken valt aan de beslissing van de aanbestedende dienst van de actuele opdracht om de genomen self-cleaning maatregelen onvoldoende te achten en de weigering van de aanbestedende dienst om voorafgaand aan de aanbesteding duidelijkheid te geven over de toereikendheid van genomen self-cleaning maatregelen. Al deze beslissingen kunnen in kort geding en in een bodemprocedure ter discussie worden gesteld. Daarbij ziet de werkgroep grosso modo dezelfde aandachtspunten.

Samengevat

De aanbestedende dienst dient bij (de voorbereiding van) zijn beslissing tot het uitsluiten van een ondernemer procedureel en inhoudelijk zorgvuldig en transparant te handelen. Daarnaast dient hij zijn beslissing te motiveren met de relevante redenen voor die beslissing. Kenbaarheid en inhoudelijke draagkracht van de motivering zijn van belang om de rechter effectief in staat te stellen de beslissing tot uitsluiting te toetsen.

159 Kamerstukken II 2018-2019, 35 252, nr. 13; Kamerbrief Staatssecretaris d.d. 12 februari 2021 in Kamerstukken II 2020-2021, 34 252, nr. 21.

5.8 Aansprakelijkheid voor onjuiste beslissingen

De aanbestedende dienst heeft een discretionaire bevoegdheid bij het nemen van zijn beslissing ten aanzien van het al dan niet vervuld zijn van de elementen van de past performance uitsluitingsgrond. Hij is daarbij in ieder geval niet gehouden om een eventueel rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van de opgelegde sanctie af te wachten, noch is hij anderszins beperkt in zijn bevoegdheid om zelfstandig te beoordelen of de past performance situatie die hem wordt voorgelegd voor hem gevolgen heeft voor de betrouwbaarheid van de ondernemer als opdrachtnemer voor de actuele opdracht.

Daarbij dient hij zich er wel bewust van te zijn dat hij aansprakelijk kan zijn voor schade die het gevolg is van een eventuele foute beslissing. De Europese wetgever bevestigt dit met zoveel woorden in de considerans van de Richtlijn (overweging 101):

“De aanbestedende diensten moet verder de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten. Verduidelijkt moet worden dat een ernstige fout de integriteit van de ondernemer kan aantasten en ertoe kan leiden dat hij niet meer in aanmerking komt voor het plaatsen van een overheidsopdracht, ook al beschikt hij over de technische bekwaamheid en de economische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

Rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing, moet hij tevens naar eigen inzicht kunnen blijven beoordelen hoeverre er sprake is van een ernstige fout, ingeval hij, voordat bij definitief, bindend besluit is vastgesteld dat er verplichte uitsluitingsgronden voorhanden zijn, met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer zijn verplichtingen heeft geschonden, waaronder de verplichtingen in verband met de betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen, tenzij in het nationale recht anders is bepaald.” (onderstreping toegevoegd)

Hoewel de Europese wetgever hierbij niet specifiek verwijst naar de past performance uitsluitingsgrond, valt moeilijk in te zien hoe de aanbestedende dienst bij de ene facultatieve uitsluitingsgrond wel aansprakelijk kan zijn voor de gevolgen van een foute beslissing en bij de andere niet. Indien een aanbestedende dienst een ondernemer uitsluit van deelname aan een aanbesteding terwijl achteraf komt vast te staan dat de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen waarop de uitsluiting is gebaseerd zich niet hebben voorgedaan, dan is denkbaar dat de uitgesloten ondernemer de aanbestedende dienst van de actuele opdracht die een achteraf gezien onjuiste beslissing heeft genomen, aansprakelijk houdt voor de schade die hij daardoor lijdt. Een dergelijke situatie kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien in rechte vast komt te staan dat de opdrachtnemer van de eerdere opdracht geen verwijt trof van het onsuccesvol verlopen van die opdracht en de opgelegde sanctie ongedaan wordt gemaakt. Of de aanbestedende dienst van de actuele opdracht daadwerkelijk aansprakelijk is, zal onder meer afhangen van de mate van zorgvuldigheid die de aanbestedende dienst heeft betracht bij de totstandkoming van zijn besluit en de mate waarin hij op basis van de toen bekende informatie daadwerkelijk mocht veronderstellen dat de ondernemer onbetrouwbaar zou zijn als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. De schade kan in beginsel bestaan uit positief contractbelang (gederfde winst) en negatief contractbelang (gemaakte kosten).¹⁶⁰

Hierbij past de kanttekening dat het niet eenvoudig is om met succes vergoeding van geleden schade te vorderen in verband met misgelopen opdrachten in aanbestedingen. Voor wat betreft het *positief*

160 Artikel 6:96 lid 1 BW.

contractbelang houdt dit verband met het feit dat de betreffende ondernemer in veel gevallen niet zal kunnen aantonen dat hij, ingeval hij niet was uitgesloten, als winnaar uit de aanbesteding zou zijn gekomen. Zeker indien de aanbestedende dienst de ontvangen inschrijvingen heeft beoordeeld aan de hand van prijs- en kwaliteitsaspecten, en de betreffende inschrijver niet is meegenomen in de inhoudelijke beoordeling van de aanbiedingen, zal het veelal niet mogelijk zijn om achteraf nog vast te stellen dat de ondernemer die is uitgesloten de beste prijs- / kwaliteitscombinatie zou hebben aangeboden, omdat het haast ondoenlijk is om die beoordeling achteraf nog (volledig objectief) uit te voeren dan wel omdat de ondernemer al in de selectiefase is uitgesloten en helemaal geen inschrijving heeft ingediend.

In veel gevallen zal de teleurgestelde ondernemer dan ook hooguit kunnen stellen dat hij een kans op het gegund krijgen van de opdracht is misgelopen. Uitgaande van bijvoorbeeld vijf geselecteerde aanbieders in een niet-openbare procedure zou hij dan mogelijk kunnen stellen dat hij 20% kans had gehad op gunning van de opdracht (daarvoor is dan overigens ook nog vereist dat hij kan aantonen dat hij zou zijn geselecteerd en op basis van de selectiecriteria dus één van de vijf beste gegadigden zou zijn geweest). Uit de rechtspraak blijkt dat het mogelijk is om een dergelijke schadevergoeding wegens een 'gemiste kans' op het verkrijgen van de opdracht (en dus de gemiste kans op het realiseren van winst uit die opdracht) toe te kennen.¹⁶¹

Voor wat betreft het *negatief* contractbelang geldt dat daarvan veelal geen sprake is. De ten onrechte uitgesloten ondernemer had de kosten voor zijn aanmelding of inschrijving hoe dan ook moeten maken, ook als hij wél als winnaar uit de aanbesteding was gekomen. Die kosten zijn dus niet het gevolg van het onrechtmatig handelen van de aanbestedende dienst.

Naast de aanbestedende dienst van de actuele opdracht kan onder omstandigheden mogelijk ook de opdrachtgever van de eerdere opdracht worden aangesproken tot vergoeding van schade die de ondernemer heeft geleden. Een aansprakelijkstelling van de opdrachtgever van de eerdere opdracht heeft in de optiek van de werkgroep wel een beperktere succeskans dan een aansprakelijkstelling van de aanbestedende dienst die daadwerkelijk besluit tot uitsluiting. Het zal namelijk moeilijker zijn om het causale verband tussen het handelen van de opdrachtgever van de eerdere opdracht en de beslissing tot uitsluiting van de aanbestedende dienst hard te maken, temeer omdat de aanbestedende dienst van de actuele opdracht een eigen beslissing neemt en daarbij een zelfstandige verantwoordelijkheid heeft om alle relevante informatie mee te wegen in zijn beslissing. In het verlengde daarvan rijst eveneens de vraag of de schade van de ondernemer (bestaande uit het mislopen van de opdracht) niet in een te ver verwijderd verband staat tot het handelen van de opdrachtgever om als een gevolg daarvan aan de opdrachtgever van de eerdere opdracht te kunnen worden toegerekend.

Bijzondere aandacht verdient in dit verband nog een faillissementssituatie die het gevolg is van onterechte uitsluiting(en) in aanbestedingsprocedures. Dit kan met name een rol spelen ingeval een ondernemer sterk afhankelijk is van een bepaalde overheidsaanbesteder en die aanbesteder de ondernemer gedurende lange tijd uitsluit van aanbestedingen, of ingeval een uitsluiting wegens een past performance situatie een sneeuwbaaleffect krijgt richting andere aanbestedende diensten. In zo'n geval is denkbaar dat de curatoren zullen trachten de aanbestedende dienst of aanbestedende diensten die ten onrechte heeft (hebben) besloten tot uitsluiting en/of de opdrachtgever wiens onterechte sanctieoplegging daaraan ten grondslag lag, verantwoordelijk te houden voor (de gevolgen van) het faillissement. Dit onderstreept de noodzaak tot een terughoudend en weloverwogen gebruik van de past performance uitsluitingsgrond.

161 Conclusie A-G bij HR 17 september 2010, RvdW 2010/1058; A.C.M. Fischer-Braams en A. Stellingwerff-Beintema, 'Aansprakelijkheid bij (ontbreken) overheidsaanbesteding,' O&A 2013/59; Rb. Utrecht 4 juli 2001, BR 2002, p. 91; Hof 's-Gravenhage 19 mei 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4344, TBR 2009/223; J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Schadevergoeding wegens schending van het aanbestedingsrecht,' TBR 2010/59, p. 330.

Samengevat

De aanbestedende dienst beoordeelt naar eigen inzicht of sprake is van een past performance situatie die de kwestieuze ondernemer onvoldoende betrouwbaar maakt als opdrachtnemer voor de actuele opdracht. Hij dient zich er daarbij van bewust te zijn dat hij aansprakelijk kan zijn voor de gevolgen van een eventuele onjuiste beslissing.

III. BIJZONDERHEDEN NADER BELICHT

5.9 Gebruik van past performance ervaringen van andere opdrachtgevers

5.9.1 Beroep op een past performance ervaring van een andere opdrachtgever

Een grote randstedelijke gemeente heeft vernomen uit berichtgeving in de media dat gemeente X recent de overeenkomst met ABC voor levering van het IT-systeem vroegtijdig heeft ontbonden wegens ernstige tekortkomingen in de uitvoering van het project. Gemeente Y heeft zelf ook al eens een IT-project vroegtijdig moeten beëindigen omdat de leverancier zijn gecontracteerde beloften uit de aanbesteding niet kon waarmaken. De verantwoordelijke wethouder heeft duidelijk gemaakt dat het nieuwe IT-project moet slagen en dat hiervoor alle noodzakelijke waarborgen moeten worden ingebouwd in aanbesteding en contract. Dit is voor gemeente Y reden om de past performance uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren. ABC is voornemens in te schrijven op de aanbesteding

Een past performance situatie die zich bij één opdracht bij één opdrachtgever heeft voorgedaan, heeft als consequentie dat de kwestieuze gegadigde vervolgens in iedere aanbesteding waarin de past performance uitsluitingsgrond wordt gehanteerd, waar dan ook in Europa, kan worden uitgesloten. Om nog een kans te maken om opdrachten gegund te krijgen, zal hij vervolgens in iedere aanbesteding waar de uitsluitingsgrond van toepassing is verklaard moeten aantonen, ofwel dat in werkelijkheid geen sprake was van een ondermaatse uitvoering van de eerdere opdracht, ofwel dat uitsluiting niet aan de orde kan zijn in verband met de self-cleaning maatregelen die hij inmiddels heeft genomen of uit oogpunt van proportionaliteit. In het bijzonder voor ondernemers die voor hun werk geheel of grotendeels afhankelijk zijn van overheidsopdrachtgevers, kan een dergelijke brede toepassing van de past performance uitsluitingsgrond verstreckende gevolgen hebben. Voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht geldt wel dat hij, uit oogpunt van proportionaliteit, de ondermaatse prestatie zal moeten afwegen tegen de succesvolle prestaties van dezelfde ondernemer (zie nader paragraaf 5.6.5).

Voor een aanbestedende dienst brengt het van toepassing verklaren van de past performance uitsluitingsgrond met zich dat hij zich een oordeel moet kunnen vormen over zaken die zich buiten zijn gezichtsveld hebben afgespeeld. Hoe komt hij aan de daarvoor benodigde informatie en wat is daarbij de rol voor de kwestieuze ondernemer? En kan een register daaraan een nuttige bijdrage leveren?

Een aanbestedende dienst die een kwestieuze ondernemer wil uitsluiten wegens een past performance situatie bij een andere opdrachtgever, zal voldoende informatie moeten vergaren om zelfstandig een gemotiveerde beslissing te kunnen nemen over:

1. de vraag of de elementen van de past performance uitsluitingsgrond in de optiek van de aanbestedende dienst zijn vervuld;
2. de vraag of de kwestieuze ondernemer inmiddels voldoende self-cleaning maatregelen heeft genomen, zodat uitsluiting niet meer aan de orde is; en
3. de proportionaliteit van uitsluiting wegens past performance in het concrete geval.

Hierbij kan de aanbestedende dienst in de eerste plaats afgaan op de toelichting die de kwestieuze ondernemer zelf in het UEA heeft verstrekt aan de aanbestedende dienst. De bewijslast ligt in de eerste

plaats bij hem. Het is echter de vraag of die informatie voldoende houvast biedt voor het nemen van een besluit, in het bijzonder ingeval de aanbestedende dienst voornemens is om, ondanks de toelichting, wel/tot uitsluiting over te gaan. De aanbestedende dienst was zelf niet als opdrachtgever betrokken bij de past performance situatie en kan de aard en ernst daarvan dus niet volledig beoordelen. Hij zal daarom voldoende informatie moeten vergaren om een weloverwogen beslissing te kunnen nemen, mede indachtig zijn aansprakelijkheid voor eventuele onjuiste beslissingen, zie paragraaf 5.8 hiervoor. De noodzaak tot informatievergaring geldt ook voor het in aanmerking nemen van inmiddels genomen self-cleaning maatregelen, die verband houden met uitvoeringsproblemen die zich in een opdracht bij een andere opdrachtgever hebben voorgedaan en waarbij de aanbestedende dienst van de actuele opdracht niet betrokken was. En voorts is het beschikken over voldoende informatie van belang om een adequate vergelijking te kunnen maken tussen de actuele opdracht en de eerdere opdracht waarin zich de past performance situatie heeft voorgedaan met het oog op een uit te voeren proportionaliteitstoets.

De aanbestedende dienst heeft in ieder geval de mogelijkheid om verduidelijkingsvragen te stellen aan de kwestieuze ondernemer. Het spreekt echter voor zich dat de kwestieuze ondernemer er belang bij heeft om uit te leggen dat er géén grond is voor uitsluiting, terwijl de aanbestedende dienst juist wordt geconfronteerd met feiten en omstandigheden die mogelijk wél aanleiding geven tot uitsluiting. Uit oogpunt van transparantie en zorgvuldigheid zou de aanbestedende dienst kunnen overwegen om navraag te doen bij de opdrachtgever van de eerdere opdracht. Onder de geldende regels is er geen harde verplichting voor opdrachtgevers om daaraan over en weer medewerking te verlenen. Wel zou in dit kader gedacht kunnen worden aan het beginsel van Unietrouw: krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Europese Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. Het is wel de vraag of hier gesproken kan worden van een uit het VWEU voortvloeiende 'taak' voor aanbestedende diensten om de – immers facultatieve – past performance uitsluitingsgrond toe te passen, terwijl de verplichting op de lidstaten rust – en dus zeker de tot de centrale overheid behorende aanbestedende diensten kan raken, maar vermoedelijk niet de decentrale diensten. Bovendien geldt dat nationale wetgeving (zoals voor Nederlandse overheidsopdrachtgevers de Wet open overheid en privacywetgeving) ook juist aan het delen van informatie in de weg kan staan.

Bij het ontbreken van een duidelijk kader voor de informatie die andere opdrachtgevers dienen te verstrekken, is de afhankelijkheid van (de medewerking en waarnemingen van) de eerdere opdrachtgever een zwak punt bij het effectief gebruik van de uitsluitingsgrond in de praktijk. Ook het feit dat de betrouwbaarheid van informatie van de eerdere opdrachtgever mogelijk afneemt naarmate het langer geleden is dat de past performance situatie zich heeft voorgedaan (hetgeen deels wordt ondervangen doordat de terugkijkt termijn is beperkt tot drie jaar), draagt daaraan bij.

De werkgroep noemt hieronder een aantal aspecten waarvan de aanbestedende dienst van de actuele opdracht zich rekenschap dient te geven indien hij de past performance uitsluitingsgrond wil toepassen op zijn eigen ervaringen en die van andere opdrachtgevers:

1. Hij dient zich bewust te zijn van zijn verplichting om zelfstandig te beoordelen of sprake is van een past performance situatie; daarbij kan hij niet zonder meer afgaan op (de juistheid van) de beslissing tot uitsluiting van een andere aanbestedende dienst of op een sanctie die een andere opdrachtgever heeft opgelegd. In het arrest Delta is deze zelfstandige verplichting van de aanbestedende dienst als volgt verwoord:¹⁶² "indien de aanbestedende dienst die deze latere aanbestedingsprocedure organiseert, na een eigen beoordeling van de integriteit en de betrouwbaarheid van de ondernemer waarop de vroegtijdige beëindiging van de eerdere overheidsopdracht betrekking heeft, van mening is dat een dergelijke onderaanneming leidt tot een breuk in de vertrouwensband met de betrokken ondernemer." Uit het feit dat de aanbestedende dienst een "eigen beoordeling" moet uitvoeren, vloeit voort dat het feit dat een andere opdrachtgever een sanctie heeft opgelegd in verband met

162 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, pt. 38 (Delta).

aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen ten aanzien van wezenlijke voorschriften in die eerdere opdracht, als zodanig niet voldoende is voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht om de ondernemer als onbetrouwbaar aan te merken voor de actuele opdracht.

2. De aanbestedende dienst dient voor zichzelf te bepalen hoe hij om zal gaan met de situatie waarin hij de relevante feiten inzake de past performance situatie niet helder krijgt, bijvoorbeeld omdat de opdrachtgever van de eerdere opdracht niet beschikbaar is of niet bereid is om afdoende feitelijke informatie te verstrekken. Dit kan een spanningsveld opleveren indien de aanbestedende dienst ten aanzien van de ene inschrijver wel beschikt over voldoende feitelijke informatie en ten aanzien van de andere niet, bijvoorbeeld omdat de past performance situatie van de ene inschrijver zich bij hemzelf heeft voorgedaan terwijl de andere inschrijver een vergelijkbare casus aandraagt van een onsuccesvol verlopen opdracht bij een opdrachtgever uit een andere lidstaat. Uit oogpunt van gelijke behandeling van inschrijvers mag een substantiële inspanning van de aanbestedende dienst worden verwacht om de hieruit voortvloeiende asymmetrie in informatie zoveel mogelijk weg te nemen. Indien dit niet mogelijk blijkt, en de aanbestedende dienst niet beschikt over voldoende informatie om de inschrijver met de voor hem onbekende past performance situatie uit te sluiten, dan rijst uit oogpunt van gelijke behandeling de vraag of hij een andere inschrijver waarvan hij de past performance situatie wél kan beoordelen, wel uit kan sluiten. De asymmetrie in beschikbare informatie kan als zodanig geen ongelijke behandeling van de inschrijvers rechtvaardigen, nu deze niet betekent dat de inschrijvers ook feitelijk ongelijke gevallen zijn. Tegelijkertijd kan deze asymmetrie ook niet rechtvaardigen dat de aanbestedende dienst een andere inschrijver waarvan hij op basis van de informatie in het UEA en zijn eigen daaropvolgende beoordeling heeft vastgesteld dat op hem een uitsluitingsgrond van toepassing is, niet mag uitsluiten. De aanbestedende dienst moet immers de volle werking van de uitsluitingsgronden genieten en zichzelf kunnen beschermen tegen ondernemers die aantoonbaar onbetrouwbaar zijn. Bovendien zouden ondernemers die ervan hebben afgezien om in te schrijven op de aanbesteding van de actuele opdracht, omdat zij ervan uitgingen dat zij wegens een past performance situatie geen kans zouden maken om te worden toegelaten, en andere (geldige) inschrijvers met recht kunnen stellen dat zij worden benadeeld indien de ondernemer op wie aantoonbaar de past performance uitsluitingsgrond van toepassing is, niet wordt uitgesloten.
3. Het is voorts zinvol om een standpunt te bepalen voor de wijze waarop wordt omgegaan met de situatie waarin de opdrachtgever waar de eerdere past performance situatie zich heeft voorgedaan, inmiddels van mening is dat voldoende self-cleaning maatregelen zijn genomen. Hoewel dit niet zonder meer betekent dat de ondernemer ook voldoende self-cleaning maatregelen heeft genomen voor de actuele opdracht en ook hier de verplichting voor de aanbestedende dienst tot zelfstandige beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemer onverkort geldt (zie sub (1)), ligt in de rede dat de aanbestedende dienst van de actuele opdracht gewicht toekent aan het feit dat de ondernemer volgens de opdrachtgever van de eerdere opdracht zodanige self-cleaning maatregelen heeft genomen dat hij voor die opdrachtgever zijn betrouwbaarheid weer heeft aangetoond. Indien de aanbestedende dienst van de actuele opdracht niettemin van mening is dat de kwestieuze ondernemer hierdoor (nog) niet voldoende betrouwbaar is als opdrachtnemer voor de actuele opdracht, zal hij de reden(en) hiervoor in zijn motivering moeten vermelden.
4. Voor een aanbestedende dienst die een beslissing tot uitsluiting baseert op informatie van een andere aanbestedende dienst / andere opdrachtgever, geldt dat hij zelf verantwoordelijk blijft voor de eventuele onjuistheid van zijn beslissing. Indien achteraf blijkt dat de informatie waarop hij zich heeft gebaseerd onjuist was, en de grond voor het als 'onbetrouwbaar' aanmerken van de ondernemer daardoor vervalt, kan hij jegens de ondernemer aansprakelijk zijn voor de nadelige gevolgen van zijn beslissing (zie hiervoor paragraaf 5.8).

Op grond van het arrest *Meca* is duidelijk dat het toepassingsbereik van de uitsluitingsgrond niet in de Aw mag worden beperkt.¹⁶³ Aanbestedende diensten zullen daarom zelf moeten afwegen welke reikwijdte en invulling van de uitsluitingsgrond voor hen werkbaar is en in overeenstemming met het door hen beoogde

163 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 33 (*Meca*).

doel. Daarbij kan ook het karakter van de markt waarop een aanbestedende dienst actief is een rol spelen. In markten waarin het lastig is om steeds voldoende concurrentie in de aanbesteding te houden, kan mogelijk eerder aanleiding bestaan om het toepassingsbereik van de past performance uitsluitingsgrond, met inachtneming van de aanbestedingsrechtelijke beginselen, te beperken.

Samengevat

- 1. Een aanbestedende dienst die gebruik wil maken van de mogelijkheid om de past performance uitsluitingsgrond in te roepen tegen ondernemers die bij een andere opdrachtgever een past performance situatie hebben opgelopen, kan overwegen om vooraf in beleid vast te leggen op welke wijze hij past performance situaties die zich bij andere opdrachtgevers hebben voorgedaan zal beoordelen, hoe hij ter zake zijn informatie vergaart en/of welke informatie hij daarbij in aanmerking neemt en hoe hij het level playing field van de inschrijvers borgt.*
 - 2. De werkgroep beveelt aan dat een aanbestedende dienst die overweegt een ondernemer uit te sluiten op grond van diens prestaties bij een andere opdrachtgever, ervoor zorgt dat hij voldoende kennis vergaart om ter zake een geïnformeerde beslissing te kunnen nemen, zo nodig door nadere informatie uit te vragen bij de ondernemer zelf, bij wie primair de bewijslast ligt, en bij de opdrachtgever van de eerdere opdracht. De aanbestedende dienst heeft een zelfstandige verplichting om de betrouwbaarheid van de ondernemer als potentiële opdrachtnemer voor de opdracht te beoordelen.*
 - 3. De werkgroep beveelt aan dat een opdrachtgever die van de aanbestedende dienst van de actuele opdracht het verzoek krijgt om informatie te verstrekken over mogelijke aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere opdracht en de eventuele sancties die in verband daarmee zijn opgelegd, deze informatie binnen een redelijke termijn verstrekt en hierbij de objectiviteit van de verstrekte informatie waarborgt.*
-

5.9.2 De mogelijkheid van een (landelijk) register verkend

De Nederlandse wetgever heeft in het wetgevingstraject strekkende tot implementatie van de past performance uitsluitingsgrond geopperd dat aanbestedende diensten met het oog op de toepassing van de past performance uitsluitingsgrond een register kunnen bijhouden waarin de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van ondernemers worden geregistreerd.¹⁶⁴ Bij de parlementaire behandeling van de gewijzigde Aw zijn over de wenselijkheid hiervan diverse vragen gesteld. Zo vroegen Kamerleden zich af of buitenlandse bedrijven niet zouden worden bevoordeeld door het gebruik van een register en of opname in een register niet onherroepelijk zou leiden tot het faillissement van de betreffende onderneming.¹⁶⁵

Een register kan op verschillende manieren worden vormgegeven. Zo is denkbaar dat opdrachtgevers hun eigen register bijhouden of samen met andere opdrachtgevers een register opzetten. Ook is voor te stellen dat een landelijk register wordt opgezet voor alle aanbestedende entiteiten waarbij het beheer wordt opgedragen aan een externe registerhouder. Voorts zouden private partijen een verdienmodel kunnen zien in het verzamelen van informatie over de past performance van ondernemers en die informatie tegen betaling beschikbaar kunnen stellen dan wel een registerfunctie aan kunnen bieden (vergelijkbaar met de kredietwaardigheidsbeoordelingen die worden uitgevoerd door rating companies en het gebruik van daaruit voortvloeiende credit ratings).¹⁶⁶

Ongeacht de vormgeving en de precieze reikwijdte van een register, ziet de werkgroep een aantal aandachtspunten en risico's waarvan aanbestedende diensten, die het gebruik van een register overwegen, zich rekenschap moeten geven.

164 Zie MvT bij de Aw, Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 70.

165 Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 6, p. 40.

166 Zie ook par. 3.3 en 3.4.

In ieder geval kan de opneming van een kwestieuze ondernemer in een register als zodanig nooit tot gevolg hebben dat de betreffende ondernemer gedurende de periode waarin hij is geregistreerd automatisch wordt uitgesloten van deelname aan aanbestedingen. De systematiek van de Aw vergt dat iedere aanbestedende dienst bij iedere aanbesteding opnieuw zelfstandig en met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel (i) beoordeelt of de elementen van de past performance uitsluitingsgrond zijn vervuld en (ii) vervolgens, ingeval hij heeft geconcludeerd dat dit het geval is, beoordeelt of uitsluiting achterwege dient te blijven op grond van de self-cleaning maatregelen die de kwestieuze ondernemer heeft genomen of omdat uitsluiting disproportioneel is.¹⁶⁷ De rol die het proportionaliteitsbeginsel vervult, brengt bovendien met zich dat ten aanzien van één en dezelfde past performance situatie er in het ene geval kan worden geconcludeerd tot uitsluiting, terwijl uitsluiting in het andere geval niet proportioneel is. Ook inmiddels genomen self-cleaning maatregelen kunnen ertoe leiden dat een uitsluiting die kortgeleden nog gerechtvaardigd was nu niet meer aan de orde is, ondanks een vermelding in een register.

Een belangrijke vraag is dan ook welke informatie een eventuele vermelding in een register dient te behelzen. Volgens de wetgever zouden in een register de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van ondernemers kunnen worden geregistreerd.¹⁶⁸ Deze zijn voor de toepasselijkheid van de past performance uitsluitingsgrond echter slechts van belang voor zover deze daadwerkelijk hebben geresulteerd in vroegtijdige beëindiging van de eerdere opdracht, schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie. Zolang niet één van deze sancties is opgelegd, mag de aanbestedende dienst bij de aanbesteding van de actuele opdracht de tekortkomingen immers niet tegenwerpen aan de ondernemer. Informatie over de sancties die de ondernemer bij de uitvoering van eerdere opdrachten heeft opgelopen, moet de inschrijver of gegadigde zelf al in het UEA vermelden, zodat de meerwaarde van een register vanuit dat perspectief op voorhand beperkt lijkt. Wel zouden aanbestedende diensten op basis van de vermelding van sancties in het register eenvoudiger de juistheid en volledigheid van het ingevulde UEA kunnen controleren. Van een register kan in zoverre dus een stimulerende werking uitgaan voor een inschrijver of gegadigde om het UEA op dit punt volledig en naar waarheid in te vullen.

Indien in een register meer achtergrondinformatie zou worden opgenomen over de omstandigheden waaronder de tekortkomingen zich hebben voorgedaan en de aard en ernst van de eerdere tekortkomingen, biedt dat aanbestedende diensten die zich willen beroepen op een past performance situatie die zich bij een andere opdrachtgever heeft voorgedaan (en waarvan zij de precieze ins en outs niet kennen), wellicht mogelijkheden om de van de kwestieuze ondernemer daarover ontvangen informatie te verifiëren en stelt hen dat mogelijk beter in staat om de betrouwbaarheid van de ondernemer als opdrachtnemer voor de actuele opdracht te beoordelen.

Aan de praktische uitvoerbaarheid van een (landelijk) register zitten echter wel haken en ogen:

1. Hoewel vermelding van een ondernemer in een register niet automatisch leidt tot diens uitsluiting in nieuwe aanbestedingen, lijkt het risico op uitsluiting groter indien een ondernemer eenmaal in het register is vermeld, gelet op het gewicht dat daaraan mogelijk wordt toegekend, ook ten aanzien van de ernst en omvang van de in het register vermelde tekortkomingen. Dat roept de vraag op of het uit oogpunt van zorgvuldigheid¹⁶⁹ noodzakelijk is om aan een beslissing door de opdrachtgever van de eerdere opdracht om de ondernemer bij een register te melden, hoor en wederhoor vooraf te laten gaan. De Minister meent dat het "*in de rede ligt*" dat, indien gebruik wordt gemaakt van een register, in een zorgvuldige procedure wordt voorzien, waarbij het "*aanbeveling*" verdient dat hoor en

167 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 (Delta).

168

169 Zowel uit oogpunt van aanbestedingsrechtelijke zorgvuldigheid als, in het geval van bestuursorganen, op grond van het ongeschreven zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

wederhoor plaatsvinden voordat de ondernemer in het register wordt vermeld.¹⁷⁰ Hierbij moet wel worden gewaakt voor formalisme en langdurige procedures voorafgaand aan vermelding, omdat dat de volledigheid/accuraatheid van een register aanzienlijk beperkt en dus de bruikbaarheid teniet doet, en voorts ondernemers aanzet tot het zoveel mogelijk vertragen van vermelding in het register.

2. Het doorlopen van een zorgvuldige procedure kan niet volledig voorkomen dat een kwestieuze ondernemer toch (in zijn optiek) ten onrechte wordt opgenomen in een register. De kwestieuze ondernemer zal zijn vermelding in een register vervolgens mogelijk in rechte ter discussie willen stellen. Zoals besproken in paragraaf 5.7, kennen de rechtsbeschermingsmechanismen hun beperkingen. Die beperkingen doen zich ook voelen bij het ter discussie stellen van een vermelding in het register. In spoedeisende situaties (waarin de kwestieuze ondernemer op korte termijn wil deelnemen aan andere aanbestedingen) zal hij kunnen proberen te bewerkstelligen dat in kort geding bij wijze van voorlopige voorziening de vermelding in een register wordt opgeschort of doorgehaald. Het is echter onzeker hoe de voorzieningenrechter een dergelijke vordering zal beoordelen, zeker in gevallen waarin niet evident is dat de ondernemer ten onrechte in een register is opgenomen. De vraag of sprake is van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen die grond geven voor vermelding in een register, laat bovendien beoordelingsruimte aan de betrokken opdrachtgever, zodat de voorzieningenrechter een beslissing daarover slechts marginaal kan toetsen en zich vooral zal afvragen of de opdrachtgever daarbij zorgvuldig te werk is gegaan, hoor en wederhoor heeft toegepast en niet een apert onjuiste beslissing heeft genomen. Het entameren van een bodemprocedure is voor de kwestieuze ondernemer geen reëel alternatief. Deze procedure heeft een lange doorlooptijd, waardoor de kwestieuze ondernemer die van oordeel is dat hij ten onrechte in een register is vermeld, ten minste één tot twee jaar last heeft van die vermelding, tenzij de rechter bereid is om op basis van een provisionele vordering hangende de bodemprocedure de vermelding op te schorten. Al met al lijkt de kans reëel dat een kwestieuze ondernemer die eenmaal te maken krijgt met vermelding in een register weinig mogelijkheden heeft om die vermelding binnen een redelijke termijn *effectief* terug te draaien. De kwestieuze ondernemer zal, indien een dergelijk register wordt gebruikt, dan ook vooral moeten inzetten op het verstrekken van een uitgebreide toelichting in zijn UEA over waarom geen sprake is van een past performance situatie en/of waarom hij inmiddels afdoende self-cleaning maatregelen heeft genomen en/of uitsluiting niet proportioneel is. De werkgroep is van mening dat het spanningsveld tussen bruikbaarheid van een register en effectieve rechtsbescherming tegen de vermelding in dat register zich binnen het huidige kader van civiele rechtsbescherming moeilijk laat oplossen. Het (standaard) verlenen van opschortende werking aan een betwisting in rechte van de vermelding in een register is geen oplossing, omdat een register dan geen praktisch nut meer zal hebben: kwestieuze ondernemers hebben er dan belang bij om door te procederen over hun (onterechte) vermelding totdat de maximale terugkijktermijn van drie jaar is verstreken.¹⁷¹ Indien de introductie van een (landelijk) register wordt overwogen, ligt dan ook in de rede om tevens te voorzien in een bijbehorend rechtsbeschermingsmechanisme, bijvoorbeeld bij een zelfstandige aanbestedingsautoriteit die binnen enkele maanden een beroep tegen een vermelding in het register beoordeelt.
 - Bij het voorgaande past wel de opmerking dat de vermelding als zodanig in het register niet leidt tot uitsluiting en dat deze vermelding de ondernemer in zoverre niet in een nadeliger positie zou hoeven brengen. Hij moet immers in zijn UEA ook naar waarheid verklaren dat hij een sanctie heeft opgelopen. Bij een deugdelijk gebruik van het register zou de ondernemer erop mogen vertrouwen dat de aanbestedende dienst van de actuele opdracht het register alleen controleert om de relevante feiten op te zoeken en te controleren, zodat hij beter in staat is zich een oordeel te vormen over de betrouwbaarheid van de ondernemer.

170 Zie ook de MvT bij de Aw, Kamerstukken II 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 70.

171 Overigens zou de betwisting van de juistheid van de vermelding in rechte de bevoegdheid van de aanbestedende dienst onverlet laten om de kwestieuze ondernemer uit te sluiten, vgl. het HvJ EU in zijn arrest Meca.

3. Het meest eenvoudig is om de looptijd van de vermelding in het register te koppelen aan de maximale terugkijktermijn in de Aw. Het zou de bruikbaarheid van het register echter ten goede komen indien daarin ook informatie wordt vermeld over de self-cleaning maatregelen die inmiddels zijn genomen. De aanbestedende dienst van de actuele opdracht heeft er immers niet enkel belang bij om over betrouwbare feitelijke informatie te beschikken ten aanzien van de past performance situatie, maar ook ten aanzien van de maatregelen die inmiddels zijn genomen om herhaling te voorkomen. Ook kan dit bijdragen aan het verminderen van de administratieve last rondom de beoordeling van past performance situaties. Rekening houdend met een terugkijktermijn van drie jaar zal een opdrachtgever die een geval van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen en de daarvoor opgelegde sanctie heeft geregistreerd in het register, gedurende drie jaar gevraagd kunnen worden door andere aanbestedende diensten om informatie te verschaffen over de relevante feiten en omstandigheden in relatie tot die past performance situatie. De kwestieuze ondernemer zal namelijk wel gedurende de gehele terugkijktermijn in zijn UEA melding moeten blijven maken van de sancties die hij in eerdere opdrachten heeft opgelopen. Indien het register dan informatie geeft over de genomen maatregelen, kan dat voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht behulpzaam zijn bij zijn beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemer. Ook kan in dit verband worden overwogen om de vermelding in het register door te halen zodra de eerdere opdrachtgever in zijn hoedanigheid van aanbestedende dienst van de actuele opdracht van mening is dat voldoende self-cleaning maatregelen zijn genomen. Die doorhaling laat dan de verplichting voor de kwestieuze ondernemer onverlet om in het UEA melding te blijven maken van de sanctie, maar maakt duidelijk dat de kwestieuze ondernemer, ondanks de eerdere past performance situatie, in ieder geval volgens de aanbestedende dienst waar zich de past performance situatie heeft voorgedaan, weer betrouwbaar is bevonden. De werkgroep ziet hier wel een spanningsveld met het systeem van de past performance uitsluitingsgrond. De toets óf voldoende self-cleaning maatregelen zijn getroffen, is namelijk voorbehouden aan de aanbestedende dienst van de actuele opdracht (en niet aan een andere aanbestedende dienst) en heeft bovendien een relatie met de actuele opdracht (zijn de maatregelen voldoende om de ondernemer als betrouwbare opdrachtnemer aan te merken voor de actuele opdracht?). Bij de eventuele uitwerking van een register zou hieraan nader aandacht moeten worden besteed.
4. Afhankelijk van de reikwijdte van een register kan het register gevolgen hebben voor het level playing field. Bij het gebruik van een landelijk register kunnen Nederlandse ondernemingen – althans in Nederland actieve ondernemingen – ten opzichte van hun buitenlandse concurrenten hinder ondervinden van het feit dat zij wel in het register zijn opgenomen. Hierbij dient er rekening mee te worden gehouden dat een vermelding hen ook bij deelname aan aanbestedingen in het buitenland kan worden tegengeworpen en dat voor aanbestedende diensten uit andere lidstaten mogelijk niet zonder meer duidelijk is wat de precieze strekking is van een vermelding in dat Nederlandse register. Hierover zal dan ook volstrekte duidelijkheid moeten worden gegeven. Bij de parlementaire behandeling heeft de Minister overigens gesuggereerd dat buitenlandse ondernemers ook opgenomen konden worden in het register.¹⁷²
5. Indien het beheer van een register wordt overgedragen aan een externe registerhouder, is het noodzakelijk om heldere afspraken te maken, onder meer over de precieze werking van een register, de afbakening van partijen die toegang hebben tot het register en de verantwoordelijkheidsverdeling tussen die registerhouder, de opdrachtgevers die gegevens over kwestieuze ondernemers verstrekken en de aanbestedende diensten die gebruik maken van de gegevens in het register.
6. Een register kan, ervan uitgaande dat het een openbaar karakter heeft, een olievlekwerking krijgen als ook private opdrachtgevers daaruit putten en die informatie gebruiken in hun afweging om wel of niet zaken te doen met een kwestieuze ondernemer. Hoewel dat op zichzelf begrijpelijk is, onderstreept

het wel de noodzaak om zorgvuldigheid te betrachten bij het gebruik van een register en de informatie die daarin wordt opgenomen. Een openbaar register stelt ook ondernemers die overwegen in combinatie of in onderaanneming met een andere ondernemer in te schrijven, in staat om hun mogelijke samenwerkingspartners te screenen. Er zijn echter ook argumenten om een register een besloten karakter te geven en dit juist enkel toegankelijk te maken voor aanbestedende diensten (en de ondernemers die daarin zijn opgenomen, voor zover het hun eigen registratie betreft). Hierdoor wordt het enkel gebruikt voor het beoogde doel: aanbestedende diensten in staat stellen om geïnformeerde beslissingen te nemen op basis van correcte en objectieve informatie. Negatieve bijeffecten, zoals het ontstaan van reputatieschade aan ondernemers en het uitlokken van kort gedingen op initiatief van concurrent ondernemers die menen dat de aanbestedende dienst hun concurrent moet uitsluiten, blijven dan zoveel mogelijk beperkt.¹⁷³

Voor wat betreft privacyaspecten die zijn verbonden aan het gebruik van een register, betreft het verzamelen van informatie met betrekking tot past performance situaties van ondernemers in beginsel geen verwerkingshandeling in de zin van de Algemene Verordening Gegevensbescherming ("AVG"), indien deze gegevens zich beperken tot bedrijfsgegevens (zoals de bedrijfsnaam). De werkgroep merkt echter op dat informatie met betrekking tot eenmanszaken wel tot personen herleidbaar is, en dat deze gegevens daardoor kunnen worden gekwalificeerd als persoonsgegevens in de zin van AVG.

De werkgroep heeft ter vergelijking ook gekeken naar het register dat de Europese Unie hanteert voor aanbestedingen van de instellingen van de Europese Unie. In dit register worden ondernemingen opgenomen die gedurende een bepaalde periode niet in aanmerking komen voor deelname aan aanbestedingen van EU-gemeenschapsorganen en -instanties, omdat op hen een past performance situatie van toepassing is. Dit register heeft overigens een bredere strekking dan alleen de past performance uitsluitingsgrond en ook breder dan de aanbesteding van opdrachten, aangezien opname in het register bijvoorbeeld ook leidt tot uitsluiting van EU-subsidies.¹⁷⁴ De basis daarvoor vormt de Financiële Verordening (18 juli 2018, L 193/1). Deze Verordening voorziet in een voorafgaande adviserende toetsing door een interne commissie van een voornemen tot toekomstige uitsluiting wegens past performance situaties ter zake van uit de EU-begroting gefinancierde juridische verbintenissen. Die commissie toetst daarbij ook eventuele self-cleaning maatregelen die mogelijk al door de betreffende onderneming zijn genomen en kan een aanbeveling doen over de duur van de uitsluiting.

Deze informatie wordt opgeslagen in een elektronisch te raadplegen register.¹⁷⁵ Dat register kent een – zeer korte – openbare lijst naast een veel langere niet-openbare lijst, die uitsluitend geraadpleegd kan worden door relevante functionarissen van EU-instanties. Het gaat hier dus in de basis om een intern register – van past performance situaties in contractuele relaties tussen opdrachtnemers en EU-instanties – dat alleen voor intern gebruik door EU-instanties bedoeld is.

Naar de werkgroep begrijpt, is dit register voor EU-instanties niet volledig en evenmin up-to-date. Opdrachtgevers die opzien tegen een heel proces van hoor en wederhoor voorafgaand aan opname van een mogelijk kwestieuze ondernemer in het register, kiezen ervoor om maar helemaal af te zien van het laten opnemen van die ondernemer in het register. Ook blijkt dat aanbestedende EU-instellingen in de praktijk niet consequent het register raadplegen als zij opdrachten aanbesteden.

Uit dit bestaande EU-registratiesysteem kan worden afgeleid dat het goed functioneren van een registratiesysteem na het opzetten daarvan geen gegeven is. Een goed werkend (transparant en

173 Zie ook de kanttekeningen bij het gebruik van een register in De beoordeling van de uitsluitingsgrond past performance van A.F. de Jong in TA 2, april 2020/32, p. 28.

174 Zie artikel 136 van de Financiële Verordening 18 juli 2018, L 193/1.

175 https://ec.europa.eu/info/strategy/eu-budget/how-it-works/annual-lifecycle/implementation/anti-fraud-measures/edes/database_en.

kansgelijk) systeem vereist niet alleen een deugdelijk registratiesysteem, maar ook de voortdurende en consequente medewerking van de aanbestedende diensten. De praktijk ten aanzien van het EU-registratiesysteem laat zien dat het opleggen van een grote administratieve last voorafgaand aan definitieve vermelding in het register ertoe leidt dat teleurgestelde overheidsopdrachtgevers aanmelding achterwege laten om al te veel rompslomp te vermijden. Een verplichting voor overheidsopdrachtgevers om past performance gevallen te melden en om in iedere aanbesteding consequent gebruik te maken van het register, lijkt geen haalbare kaart. Het register van de EU-instellingen bevestigt dit, aangezien ook dit volledig noch up-to-date is en niet consequent wordt gebruikt. In praktische zin rijst voorts de vraag hoe een register zo opgezet kan worden dat inzage daarin beperkt kan blijven tot aanbestedende diensten, zonder dat ook derden, zoals andere inschrijvers en gegadigden, daar inzage in krijgen. Indien een register een openbaar karakter krijgt, kan dit aanzienlijke *naming and shaming* consequenties hebben, met alle financiële gevolgen voor de betreffende ondernemingen van dien. Dit wordt nog versterkt als niet alleen overheidsopdrachtgevers binnen of buiten de EU maar ook opdrachtgevers uit de private sector aan een vermelding in het register consequenties verbinden.¹⁷⁶

De verwijzing naar het gebruik van een register in de wetsgeschiedenis suggereert dat dit een eenvoudig te introduceren instrument zou zijn, dat aanzienlijk zou kunnen bijdragen aan het doorlopen van een zorgvuldig proces en rechtszekerheid voor de betrokken partijen. De hiervoor genoemde aandachtspunten en risico's laten zien dat de praktijk aanmerkelijk weerbarstiger is. Bij dit alles is niet gezegd dat een register zal leiden tot minder willekeur. Het hangt af van de opdrachtgever van de eerdere opdracht of een ondernemer al dan niet in het register wordt opgenomen. Ondernemers zijn bovendien (mogelijk niet zonder reden) bevreesd dat een register in de praktijk zal fungeren als een zwarte lijst: wie er eenmaal in wordt vermeld, is voor toekomstige aanbestedingen tijdelijk uit de gratie en dat hoeft zich in de praktijk zelfs niet te beperken tot overheidsopdrachten. Dit zwarte-lijst effect kan mogelijk wel worden beperkt als de kwestieuze ondernemer het recht krijgt om, bij een eventuele vermelding, ook zijn kant van het verhaal in het register te laten opnemen. Daarbij zou ook gelegenheid kunnen worden gegeven aan de kwestieuze ondernemer om (in een later stadium) opgave te doen van inmiddels genomen self-cleaning maatregelen waarmee hij meent herhaling te voorkomen.

Al met al dringt zich de vraag op of het gebruik van een landelijk register haalbaar en zinvol is en – binnen de bredere Europese context – in overeenstemming met de beginselen van het aanbestedingsrecht zal kunnen functioneren.

De werkgroep noemt tot slot de zogeheten ICT-monitor die door de Rijksoverheid reeds een aantal jaar wordt gebruikt ten aanzien van IT-ondernemers.¹⁷⁷ Hierin worden enkel de opgelegde sancties vastgelegd. Dit betreft een feitelijke vastlegging die bovendien slechts betrekking heeft op één criterium van de uitsluitingsgrond. De aanbestedende dienst van de actuele opdracht kan, indien een dergelijke vastlegging door hem is te raadplegen, in ieder geval vaststellen dat een sanctie is opgelegd, wie de sanctie heeft opgelegd en wanneer en welke sanctie dat is geweest. Vervolgens zal hij zelf aan de hand van de informatie die hem door de kwestieuze ondernemer wordt aangereikt of die hij zelf inwint, moeten beoordelen of de sanctie verband houdt met aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen ten aanzien van wezenlijke voorschriften, en of het proportioneel is om de ondernemer in verband daarmee uit te sluiten. Een dergelijke vastlegging van de sanctie heeft met name waarde voor andere aanbestedende diensten dan de aanbestedende dienst die tevens opdrachtgever van de eerdere opdracht was. Bij grote aanbestedende

176 Daarnaast verdient vermelding dat in de Mededeling Collusie van de Europese Commissie (C-91/9) het gebruik van een nationale databank voor registratie van partijen die worden uitgesloten van deelname aan aanbestedingen wegens collusie expliciet wordt aangemoedigd. In Nederland is een dergelijk nationaal register niet ingesteld, in Duitsland wel. Zie voor een bespreking van dit onderwerp M.J.J.M. Essers, Het wordt tijd voor een Nederlands mededingingsregister in TA 2, maart 2022/18, p. 20 e.v.

177 Zie brief 24 maart 2017 van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de voorzitter van de Tweede Kamer betreffende de vierde voortgangsrapportage kabinetsreactie Eindrapport Tijdelijke commissie ICT-projecten; kenmerk 2017-0000147352; p. 5, derde en vierde alinea.

diensten kan een vastlegging ook intern van meerwaarde zijn.

Vergelijk voorts het systeem dat volgens het arrest Delta in Roemenië wordt gehanteerd, met een online platform waarop aanbestedende diensten vaststellingen kunnen plaatsen ten aanzien van een opgelegde sanctie en de omvang van de geleden schade:178

“Op 25 juli 2017 heeft deze gemeente op het onlineplatform genaamd “elektronisch systeem voor openbare aanbestedingen” (hierna: “ESOA-platform”) een vaststelling (hierna: “vaststelling”) geplaatst waaruit bleek dat deze opdracht vroegtijdig was beëindigd wegens een fout van TV1 en voorts dat die beëindiging haar schade had berokkend die werd geraamd op 2345299,70 Roemeense Lei (RON) (ongeveer 521000 EUR).”

5.10 Past performance en inschrijven samen met andere ondernemingen

Veel ondernemers werken samen met andere ondernemers om een overheidsopdracht uit te kunnen voeren. Die samenwerking kan zich in verschillende vormen voordoen. Ondernemers kunnen de krachten bundelen door als combinatie in te schrijven, maar ook komt veel voor dat een hoofdaannemer een deel van de opdracht uitbesteedt aan een onderaannemer. Indien de aanzienlijke en/of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van de eerdere opdracht feitelijk zijn veroorzaakt door de onderaannemer of door één van de combinanten, is voor de overige deelnemers in het samenwerkingsverband van belang om te weten wat dit voor hen betekent in toekomstige aanbestedingen. De Aw bevat hiervoor geen uitgewerkt kader, zodat dit moet worden afgeleid uit de algemene regels voor de toepassing van de uitsluitingsgrond. De werkgroep bepreekt in deze paragraaf aan de hand van diverse casusposities hoe past performance situaties doorwerken in samenwerkingsverbanden.

5.10.1 Onderaanneming

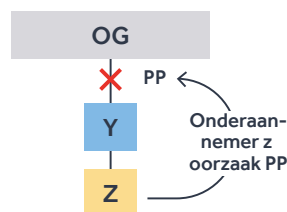
In artikel 2.79 Aw is bepaald welke gegevens een aanbestedende dienst kan vragen indien een inschrijver gebruik wil maken van onderaannemers. Voorts is in ditzelfde artikel in lid 5 bepaald dat, ingeval een aanbestedende dienst wil controleren of een grond voor uitsluiting bestaat, de aanbestedende dienst dit in de aankondiging van de overheidsopdracht dient op te nemen. De aanbestedende dienst kan verlangen dat de hoofdaannemer voorafgaand aan de gunning een ingevuld en ondertekend UEA verstrekt van de onderaannemers die mogelijk ingezet gaan worden. Ook kan de aanbestedende dienst verlangen dat een onderaannemer op wie een uitsluitingsgrond uit hoofde van artikel 2.86 of 2.87 Aw van toepassing is, wordt vervangen. Bij de vraag of gecontroleerd dient te worden of een uitsluitingsgrond op een onderaannemer van toepassing is, is het van belang het proportionaliteitsbeginsel in acht te nemen. Indien de rol van de onderaannemer beperkt is, is het mogelijk niet proportioneel om een UEA en eventuele bewijsstukken op te vragen.

5.10.1.1 Onderaannemer veroorzaakt past performance situatie; gevolgen voor hoofdaannemer in toekomstige aanbestedingen?

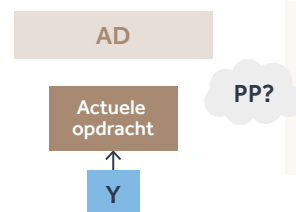
In onderstaande situatie is Y hoofdaannemer geweest van de eerdere opdracht. Hij heeft de opdracht uitgevoerd met hulp van onderaannemer Z. Z heeft feitelijk de slechte prestatie geleverd waardoor een past performance situatie is ontstaan in de vorm van een hele reeks wezenlijke tekortkomingen bij de uitvoering van de opdracht. Vanuit juridisch perspectief werken deze tekortkomingen van de onderaannemer door in de contractuele relatie tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Uitgangspunt is dan ook dat opdrachtnemer Y jegens de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de correcte nakoming van alle contractuele verplichtingen jegens de opdrachtgever. Dit betekent dat tekortkomingen in de uitvoering van de opdracht, in beginsel ook indien deze (deels) zijn veroorzaakt door onderaannemer Z, in de relatie met de opdrachtgever voor rekening en risico van opdrachtnemer Y komen.

De opdrachtnemer loopt dan het risico dat hij zelf wegens de slechte prestaties van zijn onderaannemer bij toekomstige aanbestedingen wordt uitgesloten. In ieder geval zal hij in de toekomstige aanbesteding in zijn UEA zelf moeten verklaren over de sanctie die de opdrachtgever van de eerdere opdracht in verband met die slechte prestatie aan hem heeft opgelegd.

Uitvoering eerdere opdracht



Aanbesteding actuele opdracht



Indien Y op een volgende aanbesteding zelfstandig inschrijft of inschrijft met een andere onderaannemer, is de vraag hoe de mogelijke past performance situatie bij de eerdere opdracht moet worden geëvalueerd. In de optiek van de werkgroep zijn hiervoor (i) de proportionaliteitstoets in het kader van de beoordeling of sprake is van een past performance situatie en (ii) de beoordeling van de genomen self-cleaning maatregelen van belang.

Voor wat betreft de *proportionaliteitstoets* zal mogelijk geconcludeerd dienen te worden dat geen sprake is van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van Y, aangezien de tekortkomingen waren gelegen in de scope van Z. De uitkomst van deze beoordeling zal mede afhankelijk zijn van de mate waarin Y

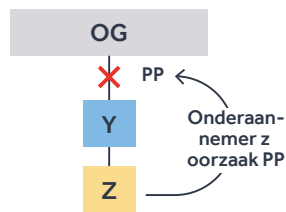
zeggenschap had over de werkzaamheden van Z dan wel deze inhoudelijk aanstuurde. En waarom heeft Y juist Z gekozen als onderaannemer? Y doet er goed aan in zijn UEA in de aanbesteding van de actuele opdracht helder uiteen te zetten dat en waarom hem geen blaam treft. Voor de aanbestedende dienst van de actuele opdracht is van belang om duidelijkheid te krijgen over de rollen van Y en Z bij de eerdere opdracht, teneinde met inachtneming van de mogelijke past performance situatie een gefundeerde beslissing te kunnen nemen over de betrouwbaarheid van Y.

Een mogelijke *self-cleaning* maatregel van Y waarmee hij zijn betrouwbaarheid alsnog kan aantonen in de aanbesteding van de actuele opdracht, is dat hij de onderaannemer die de tekortkoming veroorzaakte niet wederom als onderaannemer opvoert in zijn inschrijving op de actuele opdracht. Ook dient hij, voor zover aan de orde, toe te lichten welke maatregelen hij zelf heeft genomen om herhaling (met een mogelijke andere onderaannemer) te voorkomen.

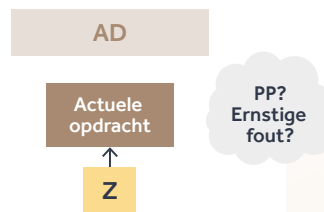
5.10.1.2 Onderaannemer veroorzaakt past performance situatie; gevolgen voor die onderaannemer als inschrijver op toekomstige aanbestedingen?

In onderstaande situatie hebben we te maken met dezelfde past performance situatie als hierboven, die dus feitelijk is veroorzaakt door Z als onderaannemer van Y. In dit geval schrijft Z (dus de onderaannemer in de eerdere opdracht) echter zelf in als inschrijver op de actuele opdracht. Ondanks dat de past performance feitelijk aan Z kan worden toegerekend, kan conform artikel 2.87 lid 1 sub g Aw de past performance uitsluitingsgrond niet tegen Z worden ingeroepen, aangezien tussen Z en de eerdere opdrachtgever geen contractuele relatie bestond.

Uitvoering eerdere opdracht



Aanbesteding actuele opdracht



De werkgroep is van mening dat de past performance van Z onder omstandigheden zou kunnen worden aangemerkt als een ernstige beroepsfout van Z in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw. Hierbij neemt de werkgroep in aanmerking dat past performance wel wordt beschouwd als een *specialis* van de *generalis* 'ernstige beroepsfout', waarbij volgens de A-G in de zaak *Meca* ook de ernstige beroepsfout betrekking kan hebben op niet-nakoming van overeenkomsten.¹⁷⁹

De vraag kan worden gesteld of hierbij nog een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de kwalificerende en de niet-kwalificerende onderaannemer. Een kwalificerende onderaannemer is een onderaannemer waarop de opdrachtnemer in de aanbesteding van de eerdere opdracht een beroep heeft gedaan om te kunnen voldoen aan de geschiktheidseisen op het terrein van technische en/of beroepsbekwaamheid. Deze onderaannemer heeft in verband daarmee moeten verklaren jegens de eerdere opdrachtgever dat de opdrachtnemer daadwerkelijk kon beschikken over de middelen die door hem beschikbaar werden gesteld voor uitvoering van de eerdere opdracht. Daardoor heeft hij zich jegens de eerdere opdrachtgever verbonden tot uitvoering van een gedeelte van de opdracht. Bovendien was zijn inzet noodzakelijk om de opdracht volledig conform de eisen van de eerdere opdrachtgever te kunnen uitvoeren. In zoverre had hij (zij het indirect) wel een zelfstandige verantwoordelijkheid jegens

179 Zie A-G 7 maart 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507, pt. 38-43 (*Meca*).

de opdrachtgever voor correcte uitvoering van een gedeelte van de opdracht. Dit kan ertoe leiden dat de slechte past performance van een kwalificerende onderaannemer eerder een ernstige beroepsfout oplevert.

In het algemeen geldt echter dat zeer terughoudend moet worden omgegaan met de ernstige beroepsfout uitsluitingsgrond wegens het vage en open karakter van deze norm. Vereist is dat sprake is van kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst.¹⁸⁰ Ook moet in aanmerking worden genomen dat bij het ontbreken van een contractuele relatie tussen de opdrachtgever en de onderaannemer de onderaannemer veel minder invloed heeft gehad op de uitvoering van de overeenkomst dan de hoofdaannemer, zodat een tekortkoming in de nakoming van de op hem rustende verplichtingen hem niet te lichtvaardig als een ernstige fout mag worden aangerekend.

5.10.2 Combinatievorming

Bij de uitvoering van het infrastructurele project A100 in opdracht van Rijkswaterstaat door een consortium van twee aannemers X en Y zijn grote uitvoeringsproblemen ontstaan. Die hebben uiteindelijk geleid tot ontbinding van de overeenkomst wegens wanprestatie. Ook heeft het consortium een flinke schadevergoeding aan Rijkswaterstaat moeten betalen. Een half jaar later kondigt Rijkswaterstaat een aanbesteding aan voor een nieuw infrastructureel project. Rijkswaterstaat hanteert in deze aanbesteding past performance als uitsluitingsgrond. Aannemer X wordt benaderd door een derde partij die voor dit nieuwe project een consortium met X wil vormen. X houdt er rekening mee dat Rijkswaterstaat het project A100 als een past performance situatie zal aanmerken. X vraagt zich af wat te doen.

Indien een past performance situatie zich voordoet in een project dat door een combinatie van opdrachtnemers wordt uitgevoerd, doen zich vergelijkbare vraagstukken voor als bij onderaanneming.

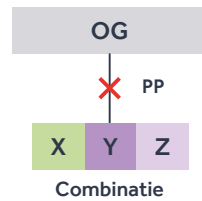
Bij uitvoering van een opdracht in combinatie kunnen zich verschillende varianten voordoen: de combinanten kunnen zich hebben verenigd in een speciaal voor de opdracht opgerichte projectvennootschap (zoals een BV of NV, veelal aangeduid als een *special purpose vehicle*), maar ook is denkbaar dat zij zich contractueel hoofdelijk hebben verbonden jegens de opdrachtgever om gezamenlijk de opdracht uit te voeren (een dergelijke contractuele samenwerking wordt in beginsel juridisch gekwalificeerd als een vennootschap onder firma (VOF)).

5.10.2.1 Combinatie loopt sanctie op; gevolgen voor individuele combinanten als inschrijvers op toekomstige aanbestedingen?

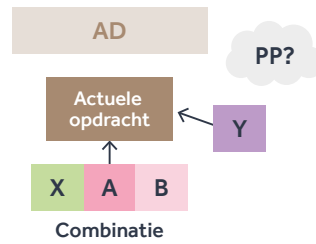
In de onderstaande situatie was sprake van een past performance bij uitvoering van een opdracht door een combinatie van drie ondernemers X, Y en Z (bijvoorbeeld in VOF-verband), die een overeenkomst hadden gesloten met de opdrachtgever van de eerdere opdracht. De opdrachtgever heeft de overeenkomst met combinatie XYZ vroegtijdig beëindigd. In dit geval zal de past performance situatie voor de gehele combinatie gelden; het is immers de gehele combinatie die de overeenkomst heeft gesloten met de opdrachtgever en de combinanten zullen door de opdrachtgever zijn verplicht om zich hoofdelijk te verbinden tot een correcte nakoming van alle contractuele verplichtingen.

180 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801, pt. 33 (Forposta).

Uitvoering eerdere opdracht



Aanbesteding actuele opdracht



Indien ondernemers X en Y vervolgens op een aanbesteding voor een actuele opdracht willen inschrijven waarin de past performance uitsluitingsgrond wordt gehanteerd, X in een andere combinatie met ondernemers A en B en Y zelfstandig, moeten zij verklaren in hun UEA dat zij bij de uitvoering van de eerdere opdracht te maken hebben gehad met een situatie waarin de overeenkomst vroegtijdig werd beëindigd.

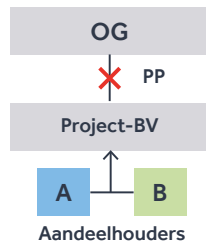
Ook hier geldt in de optiek van de werkgroep dat de aanbestedende dienst van de actuele opdracht bij de beoordeling van de proportionaliteit van uitsluiting en van de eventueel genomen self-cleaning maatregelen rekening zal moeten houden met de gewijzigde hoedanigheid van de inschrijvers ten opzichte van de hoedanigheid waarin de sanctie is opgelegd. Hierbij speelt bijvoorbeeld een rol welk aandeel zij zelf hadden in het ontstaan van de past performance situatie en welke mate van zeggenschap en/of aansturing zij hadden over het onderdeel van de eerdere opdracht waarin de slechte performance heeft plaatsgevonden. Hun keuze om nu met andere samenwerkingspartners of zelfstandig in te schrijven, kan zowel van invloed zijn op de proportionaliteitsbeoordeling als op de beoordeling of afdoende self-cleaning maatregelen zijn genomen. De bewijslast ligt ter zake wel bij de ondernemers die zich aanmelden voor of inschrijven op de actuele opdracht.

De werkgroep signaleert voorts dat voor ondernemer X de opgelopen sanctie extra onzekerheid oplevert, omdat hij op de aanbesteding van de actuele opdracht wil inschrijven samen met A en B. A en B zullen willen voorkomen dat zij uitsluiting riskeren door de betrokkenheid van X in het mislukte project van consortium XYZ. De werkgroep verwijst naar de mogelijkheid om hierover reeds vooruitlopend op de aanmelding/inschrijving op de aanbesteding van de actuele opdracht in gesprek te gaan met de aanbestedende dienst van de actuele opdracht (paragraaf 5.3).

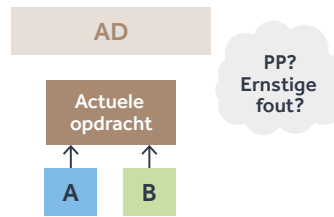
5.10.2.2 Project-BV (geïstitutionaliseerde combinatie) loopt sanctie op; gevolgen voor achterliggende ondernemers?

In de onderstaande situatie heeft zich een past performance situatie voorgedaan bij uitvoering van een opdracht door een projectvennootschap die is opgericht door aandeelhouders A en B. A en B schrijven vervolgens ieder zelfstandig in op de aanbesteding van de actuele opdracht. De vraag is of zij in hun UEA melding moeten maken van de sanctie die in de eerdere opdracht aan de project-BV is opgelegd en of die sanctie ten grondslag kan worden gelegd aan uitsluiting van A en B wegens past performance.

Uitvoering eerdere opdracht



Aanbesteding actuele opdracht



In de optiek van de werkgroep kan de aanbestedende dienst van de actuele opdracht de past performance uitsluitingsgrond in beginsel niet tegenwerpen aan de achterliggende aandeelhouders in de projectvennootschap. De overeenkomst voor de uitvoering van de eerdere opdracht was gesloten met de project-BV, zodat geen contractuele relatie bestond met A en B. Het is de projectvennootschap die blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen ten aanzien van wezenlijke voorschriften en de sanctie is ook aan die projectvennootschap opgelegd (in zoverre is de positie van A en B vergelijkbaar met die van een onderaannemer).

Het ligt echter anders indien A en B zich, naast de project-BV, mede (en dus zelfstandig) hadden verbonden tot de correcte nakoming van de uit de eerdere opdracht voortvloeiende verplichtingen en zij die verplichting evenmin zijn nagekomen ondanks dat zij daartoe door de eerdere opdrachtgever zijn aangesproken. In dat geval meent de werkgroep dat sprake is van een contractuele relatie tussen A en B en de eerdere opdrachtgever op grond waarvan de sanctie mogelijk mede aan hen kan worden toegerekend; zij hadden, bij nakoming van hun eigen zelfstandige verbintenis jegens de opdrachtgever van de eerdere opdracht, de oplegging van de sanctie kunnen voorkomen. In dit geval zou de past performance uitsluitingsgrond wel jegens A en B kunnen worden ingeroepen. Gelet hierop doen opdrachtgevers er goed aan om een dergelijke verbintenis overeen te komen met de aandeelhouders van een geïnstitutionaliseerde combinatie die zich hebben verenigd in een project-BV.

Van een dergelijke verbintenis van een achterliggende partij kan overigens ook sprake zijn indien een moedervenootschap of andere derde zich door middel van een concerngarantie of borgstelling naast de opdrachtnemer verbindt tot de correcte nakoming van de verplichtingen voortvloeiend uit de overeenkomst. Indien een derde op basis van een dergelijke garantie of borgstelling wordt aangesproken en vervolgens in plaats van de opdrachtnemer alsnog de verplichtingen uit de overeenkomst correct nakomt, zal dit jegens hem geen past performance situatie kunnen opleveren. Indien de derde echter, ondanks zijn eigen nakomingsverbintenis jegens de opdrachtgever uit hoofde van de garantie of borg, net als de oorspronkelijke opdrachtnemer in gebreke blijft met de nakoming, dan is denkbaar dat dit ook jegens hem een past performance situatie kan opleveren. Of dit het geval kan zijn, hangt af van de inhoud van de garantie of borgstelling; er moet wel sprake zijn van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van die derde bij de uitvoering van de opdracht. Een past performance situatie zal dan ook niet aan de orde kunnen zijn indien de derde zich enkel heeft verbonden tot (mede-) aansprakelijkheid of nakoming anderszins van financiële verplichtingen ter dekking van eventuele schade van de opdrachtgever.

Voor het geval A en B als aandeelhouders niet kunnen worden aangesproken uit hoofde van past performance, kunnen zij onder omstandigheden mogelijk wel worden aangesproken uit hoofde van een ernstige beroepsfout. Hiervoor geldt hetzelfde als in paragraaf 5.10.1 is uiteengezet ten aanzien van onderaannemers.

Ten aanzien van incidentele samenwerkingen tussen ondernemers is in de werkgroep overigens gesignaleerd dat deze samenwerkingen onsuccesvol kunnen zijn, terwijl opdrachtgevers met de achterliggende partijen afzonderlijk wel goede ervaringen hebben. Als voorbeeld is genoemd de

situatie waarin een combinatie van twee ondernemers volstrekt niet in staat blijkt om effectief samen te werken waardoor de uitvoering van een opdracht helemaal in het honderd loopt, maar waarbij voor de opdrachtgever ook evident is dat de problemen louter het gevolg zijn van de niet-functionerende samenwerking tussen twee op zichzelf betrouwbare partijen. In een dergelijke situatie is er mogelijk aanleiding om de betreffende combinatie niet betrouwbaar te achten als opdrachtnemer voor de actuele opdracht, maar ligt het ook in de rede om ten aanzien van de individuele achterliggende partijen niet te snel aan te nemen dat zij (daardoor) ook onbetrouwbaar zijn als zelfstandige opdrachtnemer voor de actuele opdracht.

5.10.3 Groepsvennootschappen

Het begrip 'inschrijver' is in het aanbestedingsrecht zo afgebakend dat dit enkel de rechtspersoon betreft die de inschrijving doet. Groepsvennootschappen die onafhankelijk van elkaar een inschrijving doen voor dezelfde opdracht, worden dan ook aangemerkt als afzonderlijke inschrijvers. Indien een vennootschap die deel uitmaakt van een groep te maken heeft met een past performance situatie, kan een aanbestedende dienst andere vennootschappen uit diezelfde groep in beginsel niet wegens die past performance situatie uitsluiten.

Dit kan anders liggen indien een groepsvennootschap van de kwestieuze ondernemer als onderaannemer een deel van het project heeft uitgevoerd; in dat geval kan de groepsvennootschap mogelijk uit hoofde van een ernstige fout worden aangesproken in verband met zijn actieve bijdrage aan het ontstaan van de past performance situatie, zoals hiervoor in paragraaf 5.10.1 is uiteengezet.

5.11 De positie van de concurrent ondernemer

Een toets aan de past-performance uitsluitingsgrond maakt deel uit van het aanbestedingsproces en hiervoor geldt dan ook de eis dat dit met een zekere zorgvuldigheid, objectiviteit en transparantie gebeurt. Dat uitgangspunt is als zodanig niet voor discussie vatbaar. Wel moet worden geconstateerd dat de uitsluitingsgrond in relatie wordt gebracht met de betrouwbaarheid van de inschrijver en de vertrouwensrelatie¹⁸¹ die tot stand moet kunnen komen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver aan wie de opdracht wordt gegund. Daarin ligt hoe dan ook een element van persoonlijke appreciatie: vertrouwen hebben in een ander impliceert een deels subjectieve beoordeling en kan een spanningsveld teweegbrengen tussen de toepassing van deze uitsluitingsgrond en de eisen van een zorgvuldig, objectief en transparant proces. In deze paragraaf komt aan de orde hoe de concurrent ondernemer zich in dat spanningsveld kan bewegen.

In de fase van de voorbereiding van de aanbesteding door de aanbestedende dienst van de actuele opdracht kan een ondernemer die concurrentie verwacht van een andere ondernemer 'met een verleden' een aanbestedende dienst in overweging geven de past performance uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren, voor het geval de aanbestedende dienst dat al niet zelf van plan was. Verder lijken er voor de concurrent ondernemer in deze fase geen mogelijkheden te liggen om zijn positie te verbeteren.

Na aanvang van de aanbestedingsprocedure onttrekt de wijze waarop de aanbestedende dienst de uitsluitingsgrond ten opzichte van de verschillende inschrijvers of gegadigden hanteert, zich in belangrijke mate aan de waarneming van hun concurrenten. Denkbaar is dat een concurrent ondernemer vaststelt dat een kwestieuze ondernemer wordt uitgesloten, omdat hij deze niet in de rangschikking tegenkomt, maar op welke grond dat is gebeurd, zal in de regel niet in de correspondentie tussen aanbestedende dienst en inschrijvers zijn vermeld. In een aanbesteding met voorafgaande selectie geldt hetzelfde ten aanzien van de niet-geselecteerde gegadigden.

181 Zie HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, pt. 27 en 29 (Delta).

In de spiegelbeeldige situatie dat een kwestieuze ondernemer *niet* wordt uitgesloten, weet de concurrent ondernemer evenmin waarom dat niet is gebeurd. Daarvoor kunnen verschillende redenen zijn:

- (i) De kwestieuze ondernemer heeft nagelaten opgelegde sancties te vermelden in zijn UEA, zodat de aanbestedende dienst daarvan niet op de hoogte was;
- (ii) De aanbestedende dienst is wel geïnformeerd over de sancties, maar heeft de daaraan ten grondslag liggende tekortkomingen niet als aanzienlijk of voortdurend aangemerkt;
- (iii) De aanbestedende dienst acht uitsluiting niet proportioneel;
- (iv) De kwestieuze inschrijver heeft self-cleaning maatregelen genomen, die naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende zijn;
- (v) De aanbestedende dienst vond uitsluiting niet proportioneel op grond van artikel 2.88 Aw (algemeen belang of aard opdracht in combinatie met tijdsverloop).

Het gunningsvoornemen waaruit blijkt dat de aanbestedende dienst voornemens is om de opdracht aan de kwestieuze ondernemer te gunnen, dient de in artikel 2.130 Aw voorgeschreven informatie te bevatten, te weten de relevante redenen voor de gunningsbeslissing, waaronder in ieder geval de kenmerken en de relatieve voordelen van de inschrijving van de kwestieuze ondernemer en diens naam. Het is tot op heden niet gebruikelijk daarbij informatie te verschaffen die de concurrent ondernemer in staat stelt na te gaan welke van de hierboven genoemde redenen ertoe hebben geleid dat uitsluiting van de kwestieuze ondernemer achterwege is gebleven.

De concurrent ondernemer kan uiteraard contact opnemen met de aanbestedende dienst en gemotiveerd – bijvoorbeeld onder verwijzing naar hem bekende informatie over de aanwezigheid van een past performance situatie bij de kwestieuze opdrachtnemer – aangeven dat een beslissing tot uitsluiting in zijn optiek op zijn plaats was geweest. Daarmee kan hij proberen de aanbestedende dienst tot verdere verificatie aan te zetten. Een verplichting daartoe kan worden afgeleid uit het arrest van het Europese Hof van Justitie inzake *eVigilo*¹⁸² en uit de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 25 mei 2019¹⁸³, mits de concurrent ondernemer voldoende specifiek, aan de hand van objectieve gegevens, gerede twijfel weet te zaaien over de juistheid van de beslissing van de aanbestedende dienst om de ondernemer niet uit te sluiten. Langs deze weg kan de concurrent ondernemer in elk geval te weten komen of sprake is geweest van het volledig verzwijgen van eerdere past performance situaties door de beoogd winnaar, of van het aanvaarden daarvan – om een van de hiervoor onder (ii) tot en met (v) genoemde redenen – door de aanbestedende dienst.

Het zou beter zijn als geen nadere vragen nodig zouden zijn, gegeven de veelal korte termijnen die lopen in een aanbesteding. Een aanbeveling kan zijn dat in de mededeling van de gunningsbeslissing wordt opgenomen of de beoogde winnaar **überhaupt** relevante sancties heeft gemeld in zijn UEA, zodat enige controle op valse verklaringen op dit punt mogelijk wordt. Vermeldt de aanbestedende dienst dat wel sancties zijn gemeld, dan valt artikel 2.130 Aw ook zo te lezen dat de aanbestedende dienst vervolgens inzicht behoort te geven in de reden om uitsluiting op die grond achterwege te laten. Ook dat is dan immers **één** van de “relevante redenen” om te gunnen. Het zou de concurrent ondernemers helpen, en de overige betrokkenen niet onevenredig benadelen, als de aanbestedende dienst in elk geval zou vermelden welke van de hiervoor onder (ii) tot en met (v) opgesomde redenen hij daarvoor heeft.

Krijgt de concurrent ondernemer te horen dat de betreffende ondernemer geen relevante sancties heeft gemeld, waar dat naar zijn oordeel wel had gemoeten, dan heeft hij de mogelijkheid om dat in kort geding aan de rechter voor te leggen met het aanvullende argument dat zijn concurrent ondernemer ten aanzien van de uitsluitingsgronden een valse verklaring heeft afgelegd. Verwezen wordt naar paragraaf 4.7 waarin dit uitgebreider is besproken.¹⁸⁴

182 HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, pt. 43-44 (*eVigilo*).

183 Rechtbank Den Haag 15 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4916.

184 Zie bijvoorbeeld Vzv Rb Gelderland 12 juli 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:3391, r.o. 4.6.

Als de kwestieuze inschrijver wel relevante sancties heeft gemeld, dan kan beslissend zijn hoe dat is gebeurd: zijn bijvoorbeeld alle tussentijdse contractbeëindigingen en schadevergoedingen vermeld, of zijn er enkele weggelaten en was dat gerechtvaardigd? Zijn de redenen voor de opgelegde sancties correct toegelicht, of is de negatieve rol van de kwestieuze ondernemer daarbij ten onrechte gebagatelliseerd, waardoor de aanbestedende dienst op het verkeerde been is gezet? Het lijkt de werkgroep in het algemeen te ver voeren dat de concurrent ondernemer op dit punt inzage zou moeten kunnen krijgen in het UEA van de beoogde opdrachtnemer: het UEA kan juist op dit punt de nodige bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten, bijvoorbeeld over de aard van het geschil of de geschillen met eerdere opdrachtgevers, die mogelijk zelfs nog niet afgewikkeld zijn. Ook ten aanzien van de genomen self-cleaning maatregelen kan de kwestieuze ondernemer informatie hebben verstrekt die een bedrijfsvertrouwelijk karakter heeft en die niet met de concurrent ondernemer dient te worden gedeeld.

Het lijkt dus onvermijdelijk dat de concurrent ondernemer niet volledig zal kunnen controleren of de beslissing om de uitsluitingsgrond niet in te roepen tegen de beoogde opdrachtnemer, op deugdelijke gronden is genomen (behoudens in het geval dat ten onrechte in het geheel geen sancties zijn gemeld, in welk geval uitsluiting tevens dient te volgen op een andere uitsluitingsgrond, te weten die van de valse verklaring).

In het verlengde hiervan geldt dat de rechterlijke controle op dit punt naar verwachting beperkt zal zijn. Het ligt niet voor de hand dat de rechter snel zal oordelen dat de aanbestedende dienst in het licht van de verstrekte informatie in redelijkheid niet kon besluiten om met de kwestieuze ondernemer in zee te willen gaan. Als de aanbestedende dienst voldoende vertrouwen heeft in die partij – hetzij omdat hij niet zwaar tilt aan de gemelde sancties, hetzij omdat hij de self-cleaning maatregelen heeft aanvaard – wie is de rechter dan om te oordelen dat de aanbestedende dienst geen vertrouwen mag hebben?

5.12 Kenbaarheid past performance situatie

Het lijkt een redelijke aanname dat de meeste ondernemers die inschrijven op aanbestedingen bij tijd en wijle te maken hebben met een probleemproject dat resulteert in een vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sanctie. De kans is dus groot dat iedere ondernemer zichzelf wel een keer de vraag moet stellen of hij de afgelopen drie jaar tegen een past performance situatie is aangelopen. Als het antwoord daarop bevestigend luidt, heeft dat verschillende consequenties voor hem. Hij moet dan bijvoorbeeld afwegen of hij zich wel de moeite zal getroosten van een nieuwe inschrijving op een volgende aanbesteding, of hij met het oog daarop self-cleaning maatregelen moet nemen en als hij wordt uitgenodigd om in combinatie met andere ondernemers in te schrijven, of hij zijn medecombinanten aan het risico van uitsluiting wil blootstellen. Een ondernemer heeft er daarom belang bij dat voor hem kenbaar is dat de past performance uitsluitingsgrond mogelijk op hem van toepassing is. En ook de aanbestedende dienst die niet de opdrachtgever was van de opdracht die tot de slechte beoordeling heeft geleid, heeft belang bij een dergelijke kenbaarheid: hoe komt hij anders aan voldoende informatie over de eerdere performance om een eventuele beslissing tot (afzien van) uitsluiting op te baseren?

5.12.1 Kennisgeving aan de kwestieuze ondernemer

Ingeval zich in de uitvoering van een opdracht aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen hebben voorgedaan en de opdrachtgever in verband daarmee een sanctie heeft opgelegd als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub g Aw, is het aan te bevelen dat de opdrachtgever jegens de opdrachtnemer transparant is over het feit dat in zijn optiek sprake is van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen en dat hij de opdrachtnemer in overweging geeft om ter zake self-cleaning maatregelen te treffen.

De werkgroep heeft wel geworsteld met de vraag in welk vat een dergelijke 'kennisgeving' moet worden gegoten. Zij heeft de voor- en nadelen van een kennisgeving en de inpassing daarvan in het 'systeem'

uitvoerig besproken en afgewogen. Hoewel aan het doen van een *formele* kennisgeving uit oogpunt van transparantie en rechtszekerheid mogelijk belangrijke voordelen zitten, kleven daaraan ook evenzoveel nadelen. Een kennisgeving vanuit de opdrachtgever van de eerdere opdracht doorkruist in de eerste plaats het systeem van de past performance uitsluitingsgrond en vermengt de rollen van opdrachtgever van de eerdere opdracht en aanbestedende dienst van de actuele opdracht op oneigenlijke wijze met elkaar. De wetgever legt de beoordeling van de betrouwbaarheid van de ondernemer uitdrukkelijk bij de aanbestedende dienst van de actuele opdracht en niet bij de opdrachtgever van de eerdere opdracht. Bovendien moet de betrouwbaarheid van de ondernemer worden beoordeeld met het oog op de mogelijke uitvoering van de actuele opdracht (vooruitkijkend) en niet met betrekking tot de uitvoering van de eerdere opdracht (terugkijkend). Daarnaast zijn risico's gesignaleerd ten aanzien van het openbaar worden van een dergelijke kennisgeving en het te grote gewicht dat onbedoeld aan de kennisgeving zou kunnen worden toegekend. Tot slot is genoemd dat een formele kennisgeving met voldoende waarborgen, hoor en wederhoor en effectieve rechtsbescherming omgeven moet zijn, hetgeen eerder tot juridisering en meer geschillen leidt dan dat het bijdraagt aan een toekomstgericht debat over de betrouwbaarheid van de ondernemer.

De werkgroep heeft uiteindelijk geconcludeerd dat een formele kennisgeving vanuit de opdrachtgever van de eerdere opdracht niet is aan te bevelen, maar dat het wél bijdraagt aan het 'systeem' als de opdrachtgever transparantie betracht jegens de opdrachtnemer. In dat kader geeft de werkgroep opdrachtgevers in overweging om in geval van onsuccesvol verlopen projecten die in hun optiek voldoen aan de elementen van de past performance uitsluitingsgrond daarover wel informeel in gesprek te gaan met de opdrachtnemer, evenwel zonder daaraan een formele status in de zin van de past performance uitsluitingsgrond toe te kennen. De opdrachtgever kan immers wel degelijk kenbaar maken aan de opdrachtnemer dat in zijn optiek sprake is van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen ten aanzien van wezenlijke voorschriften en dat, indien de opdrachtgever in zijn hoedanigheid van aanbestedende dienst een actuele opdracht zou plaatsen, die prestaties *kunnen* resulteren in een uitsluiting wegens past performance. In dit informele overleg is tevens ruimte voor het bespreken van self-cleaning maatregelen die de ondernemer mogelijk kan nemen om herhaling te voorkomen en zijn betrouwbaarheid weer aan te tonen. In zoverre draagt een dergelijk gesprek, dat wordt gevoerd vanuit het perspectief van opdrachtgever en opdrachtnemer, wel bij aan een goed functionerend systeem.

Een dergelijke informele kennisgeving heeft in de optiek van de werkgroep voordelen die ook werden gezien ten aanzien van een formele kennisgeving: de kwestieuze ondernemer weet daardoor dat hij een risico loopt op uitsluiting in de aanbesteding van de actuele opdracht en dat hij afdoende self-cleaning maatregelen zal moeten nemen om uitsluiting te voorkomen. Aangezien hij vroeg op de hoogte is van de noodzaak om self-cleaning maatregelen te nemen, kan hij over de toereikendheid daarvan ook eerder in gesprek gaan met de aanbestedende dienst van de actuele opdracht (zie nader in paragraaf 5.3). Hierdoor kan hij tijdig een betere afweging maken over het nut van het voorbereiden van een inschrijving voor de actuele opdracht.

Een opdrachtgever die toch zou overwegen om een meer formele vastlegging te doen van de consequenties van een onsuccesvol verlopen opdracht, dient zich er rekenschap van te geven dat hij die situatie niet kan kwalificeren als een past performance situatie die moet resulteren in uitsluiting. Hij kan weliswaar aangeven of de elementen van de uitsluitingsgrond in zijn optiek zijn vervuld, maar hij moet de uiteindelijke beoordeling van de betrouwbaarheid van de kwestieuze ondernemer (rekening houdend met het proportionaliteitsbeginsel en inmiddels mogelijk genomen self-cleaning maatregelen) overlaten aan de aanbestedende dienst van de actuele opdracht. De aanbestedende dienst blijft zelf verplicht om telkens in de context van de aanbesteding van de actuele opdracht te beoordelen of de elementen van de past performance uitsluitingsgrond zijn vervuld en hij dient daarbij tevens een proportionaliteitstoets uit te voeren. Die verplichting is niet alleen aan de orde in de situatie dat de kwestieuze opdrachtnemer die een kennisgeving heeft ontvangen, inschrijft op een aanbesteding van een andere aanbestedende dienst,

maar ook als hij inschrijft op een actuele opdracht van de aanbestedende dienst waarvan hij (in een andere hoedanigheid, namelijk die van opdrachtgever van de eerdere opdracht) de kennisgeving heeft ontvangen. Het Europese Hof van Justitie heeft die taak van de aanbestedende dienst van de actuele opdracht in het arrest *Delta* helder verwoord.¹⁸⁵

Voor opdrachtgevers die een formele kennisgeving overwegen, merkt de werkgroep tot slot op dat zij ook aandachtspunten ziet in verband met de openbaarheid daarvan. Voor zover de opdrachtgever ook een bestuursorgaan is waarop de Wet open overheid (Woo) van toepassing is, zal een formele kennisgeving onder de werking van de Woo vallen. Aangezien conform de Woo eenieder om openbaarmaking kan verzoeken van documenten die betrekking hebben op een bestuurlijke aangelegenheid, zonder dat hij of zij daarvoor een belang hoeft te stellen, kan de toepasselijkheid van de Woo grote consequenties hebben voor het bereik van de kennisgeving. Het is onzeker of openbaarmaking van een kennisgeving met een beroep op één van de weigeringsgronden van de Woo kan worden voorkomen en of de eerdere opdrachtgever daartoe bereid is. Het openbaar worden van (de inhoud van) een kennisgeving kan de betreffende ondernemer negatieve publiciteit opleveren en zelfs de reputatie van de kwestieuze ondernemer schaden met gevolgen ook buiten de overheidsmarkt.

Samengevat

- 1. Een opdrachtgever kan overwegen om een ondernemer die bij één of meer opdrachten blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift, daarvan informeel in kennis te stellen. In dat geval verdient het aanbeveling dat hij deze kennisgeving binnen bekwame tijd na een opgelegde sanctie onder opgave van redenen verstrekt, de ondernemer desgevraagd de gelegenheid biedt zijn zienswijze te geven en, als hij na ontvangst van de zienswijze zijn standpunt handhaaft, ook deze beslissing schriftelijk en gemotiveerd kenbaar te maken.*
 - 2. Het overleg dat in het kader van deze informele kennisgeving plaatsvindt, kan ook worden benut voor een gesprek over mogelijke (effectieve) self-cleaning maatregelen die volgens de opdrachtgever de ondernemer zouden kunnen helpen om zijn betrouwbaarheid weer aan te tonen.*
-

5.13 Speciale-sectorbedrijven en past performance

Ten behoeve van de volledigheid van dit preadvies heeft de werkgroep ook naar de werking van de past performance uitsluitingsgrond bij aanbestedingen van speciale-sectorbedrijven gekeken. Immers, de speciale-sectorbedrijven hebben een aanzienlijk inkoopvolume¹⁸⁶ en zijn daarom interessant voor de markt.

Op speciale-speciale-sectoropdrachten is deel 3 van de Aw van toepassing. Met deel 3 heeft de Nederlandse wetgever richtlijn 2014/25/EU voor speciale-sectoropdrachten in de Aw geïmplementeerd.

Naast deel 3 zijn deel 1 Algemene bepalingen en deel 4 Overige bepalingen van de Aw ook op speciale-sectorbedrijven van toepassing. Daarnaast geldt dat speciale-sectorbedrijven sinds 1 juli 2016 verplicht zijn om in overeenstemming met de Gids Proportionaliteit te handelen.

Speciale-sectorbedrijven zijn actief in markten met een gesloten karakter, doordat de overheid bijzondere of uitsluitende rechten aan hen heeft verleend. De Europese Commissie¹⁸⁷ heeft aangegeven dat aan de aanbestedende diensten, overheidsbedrijven en instellingen met bijzondere of uitsluitende rechten

185 HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826, pt. 29 (*Delta*).

186 In 2015 wordt het inkoopvolume van speciale-sectorbedrijven geschat op EUR 6,4 miljard. Bron: Significant, Ministerie van EZ, Het inkoopvolume van de Nederlandse overheid, Een macroanalyse, 15 september 2016.

187 Richtlijn 90/531/EEG van de Raad van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, PbEG L 297 van 29 oktober 1990, p. 1-48.

die in deze sectoren actief zijn niet dezelfde verplichtingen kunnen worden opgelegd als aan andere aanbestedende diensten. Om de speciale-sectorbedrijven in staat te stellen flexibel te kunnen werken, zijn de aanbestedingsregels voor hen flexibeler en bieden deze regels meer ruimte voor maatwerk. Niettemin is er een grote eenstemmigheid tussen richtlijn 2014/25/EU en de Richtlijn.

De in richtlijn 2014/25/EU gebruikte opzet, waarbij naar de van toepassing zijnde artikelen uit de Richtlijn wordt terugverwezen, is ook gehanteerd in de Aw. In richtlijn 2014/25/EU wordt in artikel 80 verwezen naar de uitsluitingsgronden genoemd in artikel 57 van de Richtlijn en is bepaald dat die ook van toepassing kunnen worden verklaard in een aanbestedingsprocedure voor een speciale-sectoropdracht.

In artikel 3.65 Aw is bepaald dat het speciale-sectorbedrijf bij procedures voor het gunnen van speciale-sectoropdrachten objectieve voorschriften en selectiecriteria vaststelt en die aan belangstellende ondernemers ter beschikking stelt (lid 1). Die "voorschriften en selectiecriteria" *kunnen* de in artikel 2.86 en artikel 2.87 Aw genoemde uitsluitingsgronden omvatten (lid 3), maar het speciale-sectorbedrijf is niet verplicht om uitsluitingsgronden te hanteren. Voor het geval één of meer uitsluitingsgronden wel van toepassing worden verklaard, is ook bepaald dat van de toepassing van artikel 2.87 Aw (en artikel 2.86 Aw) kan worden afgezien op de in artikel 2.88 Aw genoemde gronden.

Artikel 2.87a tweede en derde lid Aw betreffende self-cleaning maatregelen is voor speciale-sectorbedrijven van overeenkomstige toepassing. Een kwestieuze ondernemer dient de gelegenheid te hebben om te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om aan te tonen dat hij ondanks de past performance situatie betrouwbaar is. Indien het speciale-sectorbedrijf dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken gegadigde of inschrijver (kwestieuze ondernemer) niet uitgesloten.

Een speciale-sectorbedrijf kan gebruik maken van een erkenningsregeling (artikel 3.66 Aw e.v.). Op basis van deze erkenningsregeling kan een speciale-sectorbedrijf ondernemers aan de hand van vooraf bepaalde eisen erkennen; hiermee staat hun geschiktheid voor het uitvoeren van het betreffende type opdracht vast. Voor aanbestedingen onder toepasselijkheid van een erkenningsregeling vindt de concurrentie vervolgens alleen plaats tussen erkende ondernemers.

De erkenningsregeling bevat, conform artikel 3.66 Aw, objectieve voorschriften en criteria voor de uitsluiting en selectie van ondernemers die een erkenning aanvragen. Die voorschriften en criteria kunnen de uitsluitingsgronden als genoemd in artikel 2.86 Aw en artikel 2.87 Aw omvatten onder de in die artikelen genoemde voorwaarden en met overeenkomstige toepassing van artikel 2.86a tot en met artikel 2.89 Aw.

Geconcludeerd kan worden dat een speciale-sectorbedrijf op dezelfde wijze als een aanbestedende dienst gebruik kan maken van de past performance uitsluitingsgrond, evenals van de mogelijkheid om een ondernemer zijn betrouwbaarheid aan te laten tonen door middel van self-cleaning en om, vanuit het oogpunt van proportionaliteit, geen gevolg te geven aan een toepasselijke uitsluitingsgrond.

5.14 De Europese context

5.14.1 Het level playing field in de Europese context

Voor wat betreft past performance is het level playing field in de Europese Unie vastgelegd in de Richtlijn, die in artikel 57, vierde lid, sub g, de aanbestedende diensten de bevoegdheid geeft om past performance toe te passen. In Nederland zijn deze regels geïmplementeerd in de Aw. Binnen het kader van de Richtlijn hebben ook de andere lidstaten de past performance uitsluitingsgrond gecodificeerd in hun regelgeving.

De toepassing van past performance is nog in ontwikkeling. Een ontwikkeling begint altijd op een bescheiden schaal en groeit daarna uit. Het is van belang om ruimte te maken voor groei. Zonder ruimte

voor groei geen innovatie. Ook de effectieve toepassing van past performance in Nederland staat nog aan het begin en zal zich verder ontwikkelen.

De ontwikkeling moet de beginselen van het VWEU eerbiedigen, vooral het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, en de daarvan afgeleide beginselen zoals gelijke behandeling, non-discriminatie, etc.

Voorwaarde voor een effectief gebruik van past performance is de beschikbaarheid van goede informatie. Informatie wordt verkregen als resultaat van communicatie, bij voorkeur op basis van een wettelijk kader dat die informatievoorziening regelt en de daarbij geldende randvoorwaarden, onder andere ten aanzien van privacy, borgt. Er bestaat nog geen pan-Europees systeem voor het verzamelen, opslaan en uitwisselen van past performance informatie. Dat staat als zodanig niet in de weg aan het gebruik van past performance. Als dat wel zo was, zou een kip-ei-situatie ontstaan: alleen als past performance vaak gebruikt wordt, ontstaat behoefte aan een uniform systeem en kan een dergelijk systeem rendabel worden ontwikkeld. Het bestaan van een systeem als voorwaarde stellen om past performance te kunnen gebruiken, zou van deze bepaling in de Richtlijn een dode letter maken en daarmee het nuttige effect van de Richtlijn beperken.

In dit stadium van ontwikkeling is het aanvaardbaar dat past performance wordt toegepast zonder dat er een Europa-breed informatiesysteem bestaat waaruit aanbestedende diensten kunnen putten. Overigens is dit voor bijvoorbeeld ervaringseisen, zoals referentieprojecten, en de andere uitsluitingsgronden niet anders. Ook daar bestaat het risico dat de aanbestedende dienst op grond van onvolledige of niet nader gecontroleerde informatie beslist of een ondernemer mag inschrijven en in welke mate hij voldoet aan de gestelde eisen. Wel signaleert de werkgroep dat bij het ontbreken van een Europees kader de hanteerbaarheid van de uitsluitingsgrond de nodige aandachtspunten kent. De mate waarin die aandachtspunten (en daaruit voortvloeiende risico's) zich doen gelden, is afhankelijk van de wijze waarop aanbestedende diensten de past performance uitsluitingsgrond gebruiken en welke kaders zij daarbij voor zichzelf stellen.

HOOFDSTUK 6

Conclusie

Na alle besprekingen, afwegingen en discussies komt de werkgroep tot de conclusie dat de past performance uitsluitingsgrond op zichzelf een handvat biedt dat zowel de markt als aanbestedende diensten van nut kan zijn. Het gevaar schuilt in het lichtvaardig opvatten van de gevolgen van de uitsluitingsgrond. Ondernemers dienen zich er bij het invullen van het UEA rekenschap van te geven of de uitsluitingsgrond van toepassing is verklaard en zo ja, concreet en volledig melding te maken van eventuele sancties die zich binnen de terugkijktermijn hebben voorgedaan. Aanbestedende diensten dienen zorgvuldig om te gaan met het van toepassing verklaren van de uitsluitingsgrond, het bepalen van de reikwijdte daarvan binnen hun eigen aanbestedingen en de beslissingen die zij vervolgens moeten nemen ten aanzien van de toets aan de bestanddelen van de uitsluitingsgrond, eventuele self-cleaning en proportionaliteit.

Van zowel de ondernemer als de aanbestedende dienst wordt dan ook, bij nadere beschouwing van deze uitsluitingsgrond, flink wat gevraagd qua transparantie, informatieverstrekking en -vergaring en zorgvuldigheid. Dit staat haaks op de wens tot lastenverlichting. De in dit preadvies opgenomen aanbevelingen aan aanbestedende diensten strekken in ieder geval tot het maken van weloverwogen keuzes die kunnen bijdragen aan de hanteerbaarheid van de uitsluitingsgrond in de praktijk. Die keuzes kunnen desgewenst (deels) worden verankerd in nader generiek beleid. Daarnaast heeft de werkgroep zowel de markt als aanbestedende diensten een nuttige en praktische handreiking willen geven. Hiertoe heeft de werkgroep het hele proces vanaf de voorbereiding van de aanbesteding tot en met de rechtsbescherming in kaart gebracht, de posities van alle betrokken partijen en het spanningsveld daartussen belicht en concrete denkrichtingen aangereikt om te komen tot een evenwichtige toepassing van de uitsluitingsgrond.

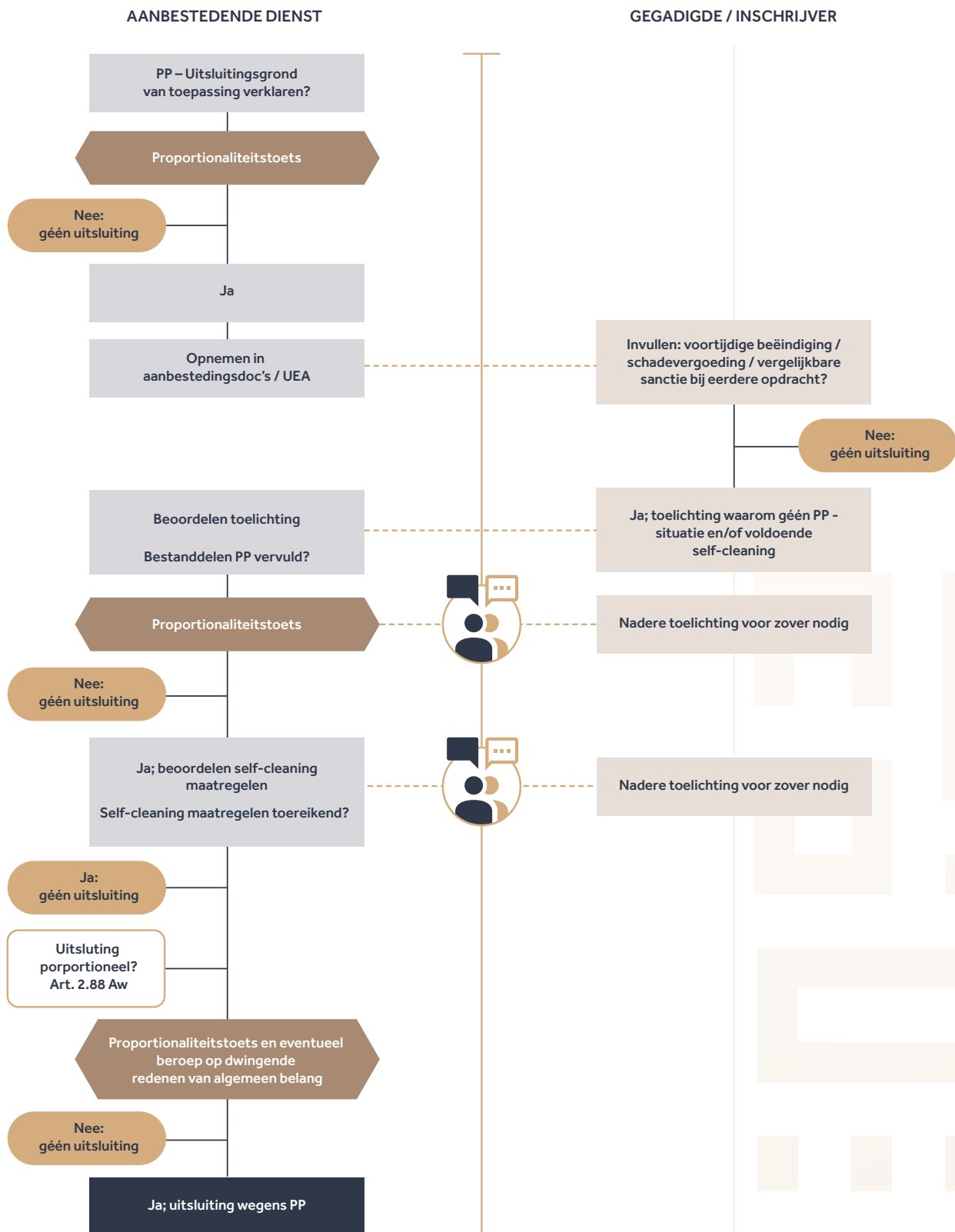
Eerder in dit preadvies is al opgemerkt: "De toepassing van past performance is nog in ontwikkeling." Dat geldt in feite ook voor dit preadvies zelf. Het lijkt de werkgroep dan ook goed om dit preadvies te beschouwen als een levend document waarvan de aanbevelingen aan de hand van opgedane ervaringen in de toekomst opnieuw kunnen worden beoordeeld en zo nodig aangepast. De werkgroep zal de verdere ontwikkelingen ten aanzien van dit onderwerp in ieder geval met veel interesse blijven volgen en zij moedigt de praktijk aan om past performance op een zorgvuldige en evenwichtige manier te gaan toepassen.

Amsterdam, september 2021 en maart 2024

De tekst van dit preadvies is in september 2021 in basis afgerond en in maart 2024 enkel nog beperkt gewijzigd en op een enkel punt geactualiseerd.

HOOFDSTUK 7

Stroomschema beslissing omtrent al dan niet uitsluiting wegens past performance

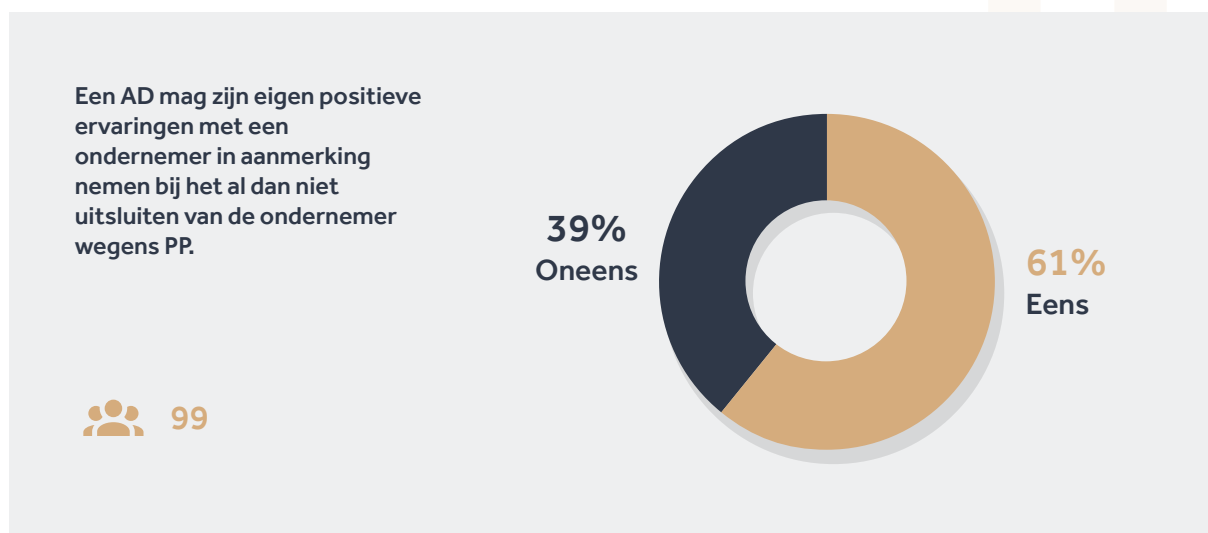
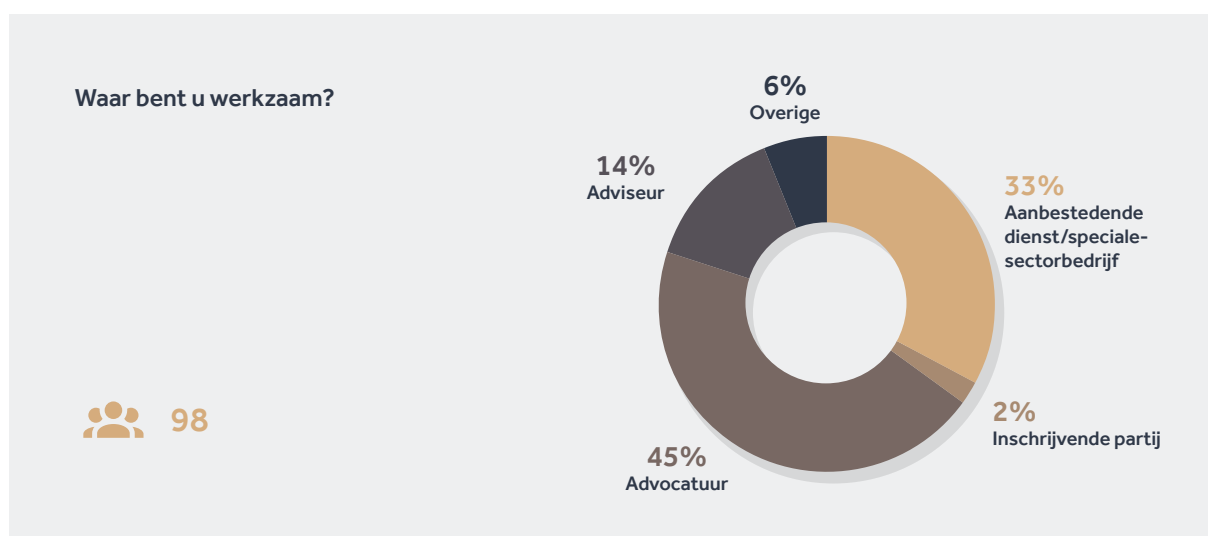


HOOFDSTUK 8

Resultaten stellingen bijeenkomst NVvA 14 november 2019

Tijdens de najaarsvergadering van 14 november 2019 heeft de werkgroep aan de leden van de NVvA diverse stellingen voorgelegd ten aanzien van deelonderwerpen die in het preadvies zijn behandeld. Daarbij is met name ingegaan op lastige deelonderwerpen waarover discussie mogelijk is. Doel van de stellingen was om de mening van de aanwezige leden ten aanzien van die deelonderwerpen te peilen en om de aanwezigen in de zaal uit te nodigen tot verder debat.

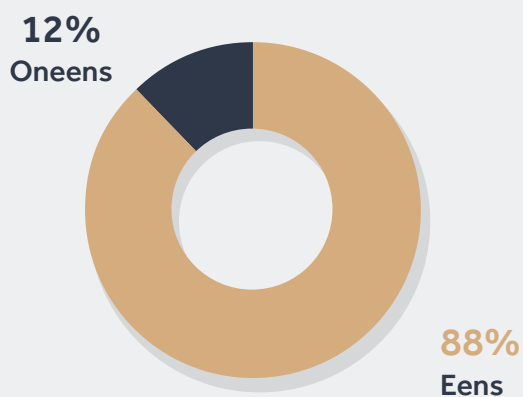
8.1 Resultaten stellingen bijeenkomst NVvA 14 november 2019



8.1.1 Discussieonderwerp 1: Toets aan de bestanddelen van de uitsluitingsgrond

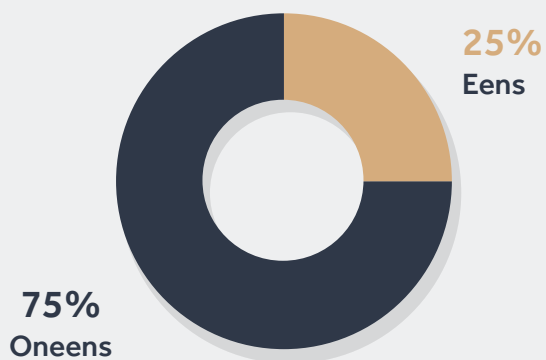
Een evenwichtige toepassing van de PP uitsluitingsgrond kan alleen worden gewaarborgd indien de proportionaliteits-toets een zwaarwegende rol vervult.

 101



De vergelijkbaarheid van de actuele opdracht en de eerdere opdracht is niet van belang.

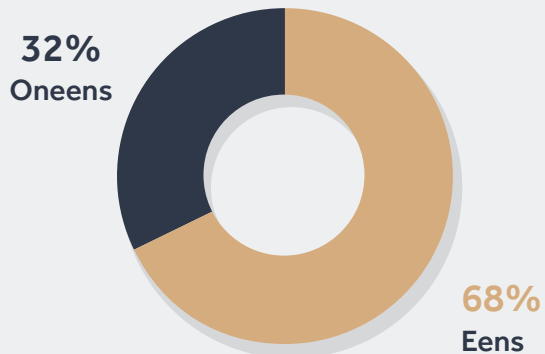
 100



8.1.2 Discussieonderwerp 2: De Sanctie als bestanddeel van de uitsluitingsgrond

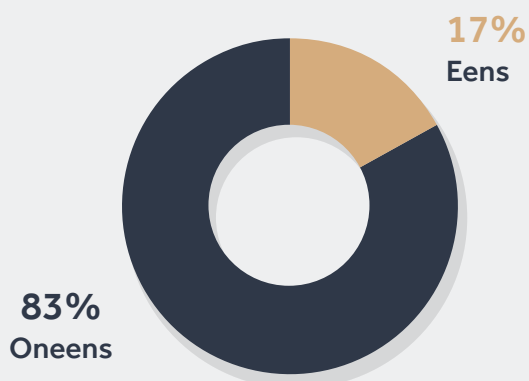
Het is zinvol voor een ondernemer om te bedingen dat een eventuele schadevergoeding niet gezien wordt als een PP schadevergoeding.

 95



Een ondernemer erkent schuld met het betalen van schadevergoeding.

 95

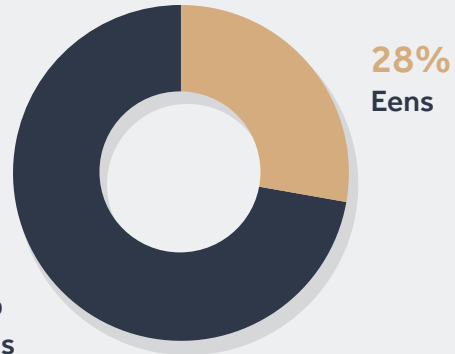


8.1.3 Discussieonderwerp 3: Het gebruik van past performance ervaringen en de (on)wenselijkheid van een register

Een AD doet er verstandig aan om de PP uitsluitingsgrond alleen toe te passen op basis van eigen ervaringen met ondernemers.

 86

72%
Oneens

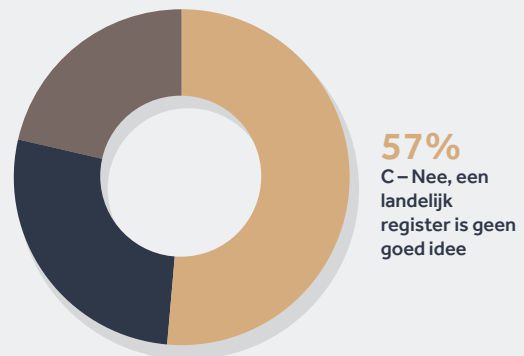


Een landelijk past performance register is een goed idee.

 89

36%
A – Ja, mits het beheerd wordt door een onafhankelijk orgaan en omkleed met de waarborgen van hoor en wederhoor en voldoende rechtsbescherming

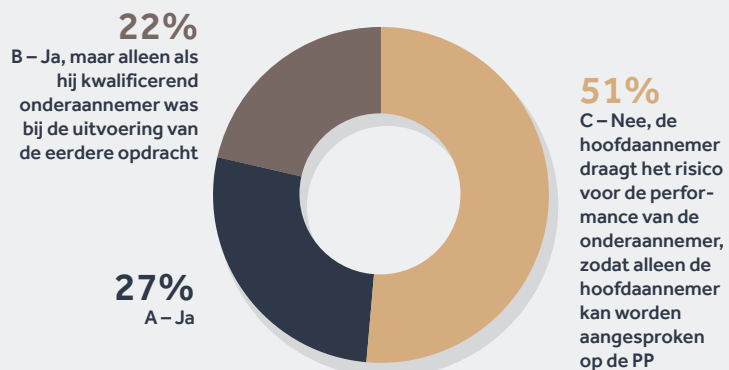
7%
B – Ja, bij voorkeur in de vorm van een algemeen toegankelijk register met beoordelingen (Tripadvisor-model)



8.1.4 Discussieonderwerp 4: Samenwerking met andere onderaannemers; inschrijven in combinatie of met onderaannemers

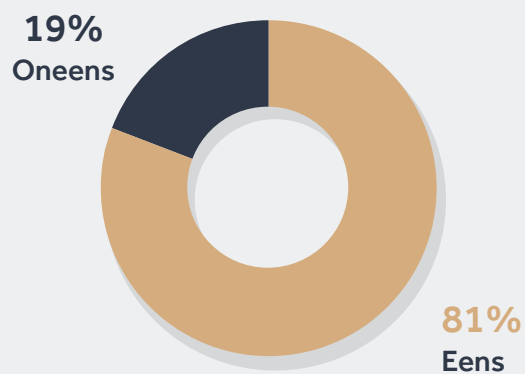
Een ondernemer die in de eerdere opdracht een PP heeft veroorzaakt, moet als inschrijver op de actuele opdracht uitgesloten kunnen worden.

 79



Een PP van een project-BV moet in toekomstige aanbestedingen worden toegerekend aan de achterliggende aandeelhouders.

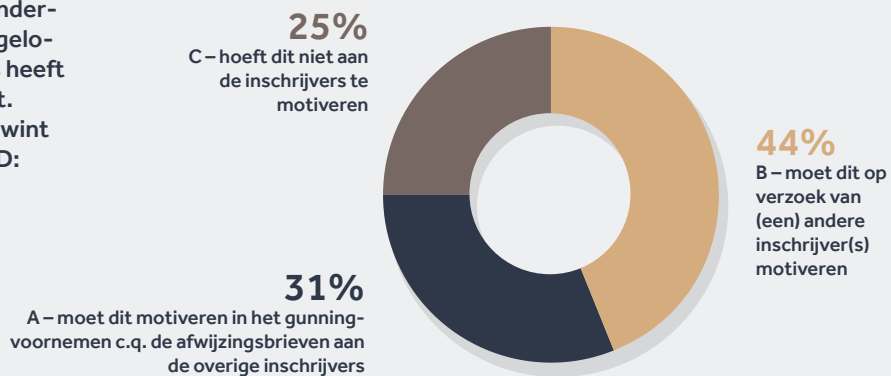
 73



8.1.5 Discussieonderwerp 5: Het borgen van een zorgvuldig, objectief en transparant proces

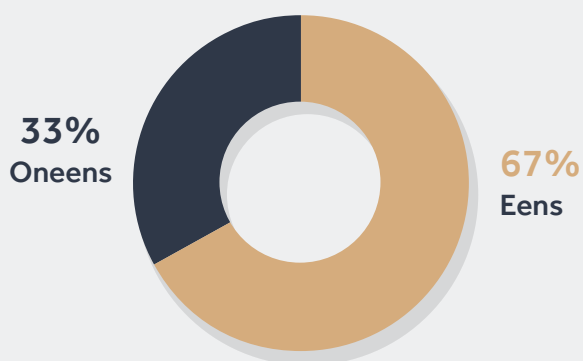
Een AD sluit een ondernemer, die in de afgelopen 3 jaar sancties heeft opgelopen, niet uit. Deze ondernemer wint de opdracht. De AD:

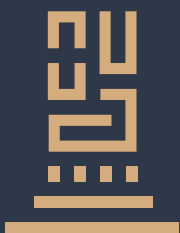
 76



Het besluit om een partij niet uit te sluiten wegens PP moet door de rechter terughoudend worden getoetst; het gaat om de betrouwbaarheid voor de AD.

 72





**Nederlandse
Vereniging voor
Aanbestedingsrecht**