



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Uitsluiting door Past Performance

Hebly, J.M.

Citation

Hebly, J. M. (2018). Uitsluiting door Past Performance. *Tijdschrift Voor Bouwrecht*, 11(12), 1200-1209. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/67519>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67519>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Uitsluiting door Past Performance

– Prof. mr. J.M. Hebly¹

Deze bijdrage gaat over het publieke aanbestedingsrecht, het rechtsgebied dat regels stelt voor de totstandkoming van overeenkomsten met (kort gezegd) overheden en andere aanbestedende diensten. Anders dan private partijen² zijn aanbestedende diensten niet gerechtigd om naar believen te contracteren met wie en op welke wijze zij willen. De contractsvrijheid van aanbestedende diensten is beperkt. Deze beperkingen zijn voor Nederlandse aanbestedende diensten opgenomen in de Aanbestedingswet 2012³ en vloeien voor het overige voort uit het burgerlijk wetboek (precontractuele redelijkheid en billijkheid) en de algemene wet bestuursrecht (algemene beginselen van behoorlijk bestuur).

De Aanbestedingswet 2012 geldt voor iedere voorgenomen contractering door een aanbestedende dienst waar een tegenprestatie tegenover staat en die betrekking heeft op het verrichten van werken, leveringen of diensten.⁴ Indien de geraamde waarde van de voorgenomen contractering een in de Aanbestedingswet genoemd drempelbedrag overschrijft,⁵ geeft de Aanbestedingswet een uitgebreid set van voorschriften waaraan een aanbestedende dienst zich heeft te houden voordat tot de beoogde contractering kan worden overgegaan. Deze voorschriften beogen een aanbestedende dienst te verplichten marktpartijen uit de gehele Europese Unie in de gelegenheid te stellen in aanmerking te komen voor de opdracht.⁶ Die gelegenheid wordt geboden door middel van aanbesteding van de opdracht, te weten een publieke uitnodiging door middel van bekendmaking in het Europees publicatieblad gevolgd door een nauwkeurig omschreven traject met als doel te komen tot gunning van de opdracht aan

de marktpartij die het best voldoet aan de gestelde voorwaarden. Onder de drempelwaarde geldt deze aanbestedingsplicht in beginsel niet, tenzij de voorgenomen contractering een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.⁷ Voor deze 'nationale' opdrachten zijn in de Aanbestedingswet enkel regels opgenomen, indien de aanbestedende dienst ervoor kiest de voorgenomen contractering uit eigen beweging publiek bekend te maken⁸ of twee of meer marktpartijen uit te nodigen een offerte in te dienen.⁹

De delen 2, 2a en 3 van de Aanbestedingswet vormen de implementatie van Europese regelgeving, te weten de aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU voor overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (deel 2), de aanbestedingsrichtlijn 2014/25/EU voor concessieopdrachten (deel 2a) en de aanbestedingsrichtlijn 2014/23/EU voor opdrachten in de speciale of nutssectoren (deel 3). Deze bijdrage behandelt enkel voorschriften geldend voor aanbestedende diensten in de klassieke sectoren, te weten de traditionele overheden (staat, provincie, gemeente e.d.) en daarmee sterk verbonden entiteiten (publiekrechtelijke instellingen).¹⁰

Richtlijn 2014/24/EU volgt op hoofdlijnen de opzet van richtlijn 2004/18/EG die zij heeft vervangen.¹¹ De wijzigingen codificeren belangrijke ontwikkelingen in de jurisprudentie (publiek-publieke samenwerking, wezenlijke wijziging) en beogen tevens meer flexibiliteit te brengen in het aanbestedingsproces. Verder worden nadere regels gesteld omtrent integriteit bij aanbesteden, voorbehouden opdrachten en opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten en bestaat veel aandacht voor verlaging van de administratieve lasten door onder meer het verplicht stellen van elektronisch aanbesteden. Richtlijn 2014/24/EU is met ingang van 1

¹ Jan-Michiel Hebly is hoogleraar Bouw- en Aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat bij Benthem Gratama te Zwolle. Met dank aan student-assistente Ka Yan Chan voor het nodige voorbereidende werk. This publication has been sponsored by the Leiden University Fund / Mr Ir Deisz Barendregt Fonds.

² HR 3 mei 2013, NJ 2013/572 m.nt C.E.C. Jansen (KLM/CCC). Zie ook HR 8 juli 2016, JAAN 2016/187.

³ Hierna ook: Aanbestedingswet of AW 2012. Zie ook de Aanbestedingswet voor Defensie en Veiligheid 2009 en de Wet Personenvervoer 2000.

⁴ Afdeling 1.2.1 en hoofdstuk 1.3 AW 2012. Die contractering moet dan het resultaat zijn van een selectie en exclusiviteit bieden aan de contractant(en), zie HvJEU 2 juni 2016, C-410/14 (Falk Pharma) r.o. 36.

⁵ Paragraaf 2.1.1.1, afdeling 2a.1.1 en afdeling 3.1.2 AW 2012.

⁶ Voor marktpartijen buiten de EU, zie hoofdstuk 1.5 AW 2012.

⁷ Artikel 1.7, aanhef en sub b, AW 2012.

⁸ Artikel 1.11 e.v. AW 2012.

⁹ Artikel 1.14 e.v. AW 2012.

¹⁰ Deze voorschriften kunnen overigens door verwijzing eveneens van toepassing zijn bij concessieopdrachten of in de speciale sectoren.

¹¹ Artikel 91 Richtlijn 2014/24/EU.

juli 2016 geïmplementeerd in de Aanbestedingswet.¹²

Onder het kopje integriteit bij aanbesteden introduceerde het wetsvoorstel tot implementatie¹³ voorschriften betreffende belangenconflicten, prestaties uit het verleden en afzien van uitsluiting.¹⁴ Zo dienen aanbestedende diensten thans passende maatregelen te nemen ter voorkoming van belangenconflicten door bijvoorbeeld een interne regeling op te stellen,¹⁵ kunnen aanbestedende diensten ondernemers uitsluiten van deelname aan een aanbesteding op basis van (wan)prestaties uit het verleden¹⁶ en kunnen ondernemers uitsluiting voorkomen door hun betrouwbaarheid aan te tonen.¹⁷

De nieuwe regeling betreffende uitsluiting van ondernemers op basis van prestaties uit het verleden heeft veel reacties opgeroepen.¹⁸ Vanuit aanbestedende diensten wordt de nieuwe uitsluitingsgrond toegejuicht, maar ondernemers vrezen een systeem van willekeur en zwarte lijsten. Om die reden verdient deze uitsluitingsgrond nadere bestudering: wat is de strekking van de regeling en op welke wijze kunnen ondernemers zich tegen ongepast gebruik verzetten.

1. Aanbestedingswet 2012 (2016)

De Aanbestedingswet 2012 (versie 2016) introduceert in artikel 2.87 een nieuwe grond om ondernemers van deelname aan een aanbestedingsprocedure, als inschrijver of gegadigde, uit te sluiten indien zich de volgende situatie voordoet: *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*. Het gaat om een facultatieve uitsluitingsgrond, hetgeen wil zeggen dat de aanbestedende dienst niet verplicht is van deze uitsluitingsgrond gebruik

te maken. Indien de uitsluitingsgrond in de aanbestedingsdocumentatie is opgenomen, dient deze evenwel gelijkmatig op inschrijvers of gegadigden te worden toegepast.¹⁹

Op grond van de nieuwe bepaling kunnen ondernemers worden uitgesloten omdat hun prestaties in het verleden tekortschoten. Met de regeling wordt voorkomen dat belastinggeld terecht komt bij ondernemers die structureel tekort schieten bij de uitvoering van een opdracht.²⁰ De MvT benadrukt dat in het artikel enkele waarborgen zijn opgenomen om te voorkomen dat deze uitsluitingsgrond te gemakkelijk wordt ingeroepen.²¹ Die waarborgen zijn cumulatief; zij dienen als één geheel in samenspel te worden gelezen.²² De tekortkomingen dienen aanzienlijk, dan wel bij tekortkomingen van geringere betekenis, van voortdurende aard te zijn. Aanzienlijk is een tekortkoming in ieder geval als de rechter wanprestatie heeft vastgesteld. Het gaat dus om uitzonderlijke situaties. Een relatief lage schadevergoeding die standaard uit het contract voortvloeit, zoals een korting vanwege een beperkt vertraagde oplevering, valt daar niet onder; uitsluiting voor deelname aan een andere aanbesteding op deze grond zou dan disproportioneel zijn.

De MvT noemt met zoveel woorden dat de tekortkoming niet geconstateerd hoeft te worden bij dezelfde aanbestedende dienst, omdat de Europese wetgever de reikwijdte van het artikel niet daartoe heeft beperkt. In de concept MvT bij het conceptwetsvoorstel dat aan het wetsvoorstel voorafging, was een soortgelijk standpunt ingenomen. In enkele consultatiereacties vanuit ondernemers is daartegen bezwaar gemaakt omdat dit zou kunnen leiden tot het ontstaan van zwarte lijsten.²³ De MvT doet deze bezwaren af met de constatering dat de aanbestedingsrichtlijnen grenzen stellen aan de mogelijkheden tot verdere beperking van de toepassing van deze uitsluitingsgrond,²⁴ een argument dat mijns inziens niet zonder meer opgaat aangezien het voorschrift enkel spreekt van 'een eerdere overheidsopdracht' en dus in het midden laat of dat alleen bij de betreffende aanbestedende dienst is of ook bij andere.

De wetgever leest in de nieuwe bepaling de mogelijkheid tot instelling van een register waarin de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van

12 Stb. 2016/241. Nederland was te laat met implementatie; over de consequenties, zie J.M. Hebly/J.W.A. Meesters, Een race tegen de klok: over de consequenties van niet-tijdige omzetting van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, *TA* 2016/2.

13 Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 1-3.

14 MvT hoofdstuk I par.3.4.

15 Artikel 1.10b AW 2012. Hierover ook J.M. Hebly, 'Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht', in: W. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw* (Snijders-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 141-154.

16 Artikel 2.87 lid 1, aanhef en onder g, AW 2012.

17 Artikel 2.87a AW 2012. Zie ook de artikelen 2.86a en 2.88 AW.

18 Zie onder meer J.C. Binnerts, Heeft past performance een toekomst als uitsluitingsgrond?, *TBR* 2012/45; J. de Meij, Past Performance: resultaten uit het verleden als graadmeter, *Tender Nieuwsbrief* 2014/1; M.J.J.M. Essers/R.S. Damsma/C.G. van Blaaderen, De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen: werk aan de winkel of kan de wetgever op zijn lauweren rusten?, *NTER* 2014/5 (p. 153); C.H.N.M. Petit, De nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn en Past Performance, *TA* 2015/1.

19 Bouwman, *T&C Aanbestedingsrecht*, art. 2.87 AW 2012, aant. 2.

20 MvT hoofdstuk I par.3.4.

21 MvT hoofdstuk II ad artikel 2.87.

22 Concept MvT bij Conceptwetsvoorstel Wijziging Aanbestedingswet 2012 t.b.v. internet consultatie 3 april 2015, ad artikel 2.87.

23 M.M. Fimerius, Internetconsultatie concept-wetsvoorstel Wijziging Aanbestedingswet 2012: de reacties, *TA* 2015/4 no. 54. Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, 'Verslag Expertmeeting Instituut voor Bouwrecht dd. 24 april 2015', *TBR* 2015/98, p. 586.

24 MvT hoofdstuk I par. 5.7.

ondernemers worden geregistreerd.²⁵ In het wetsvoorstel of de MvT wordt die mogelijkheid echter niet verder uitgewerkt, anders dan dat gewezen wordt op de noodzaak van een zorgvuldige procedure waarin onder meer wordt voorzien in hoor en wederhoor om onterechte uitsluiting te vermijden. Registratie heeft volgens de MvT geen invloed op de positie van nieuwkomers omdat deze (nog) niet in een register zijn opgenomen - een kanttekening die in de concept-toelichting nog niet was opgenomen. Hetzelfde geldt uiteraard voor buitenlandse ondernemers, die daardoor echter in sommige gevallen in een betere positie kunnen komen dan hun prestaties in het verleden mogelijk rechtvaardigen.

Indien uitsluiting dreigt, kunnen ondernemers op basis van artikel 2.87a AW 2012 alsnog hun betrouwbaarheid bewijzen tegenover de aanbestedende dienst. Dat betekent dat zij in dat geval moeten aantonen dat eventuele schade is vergoed of dat concrete maatregelen zijn genomen geschikt om verdere fouten te voorkomen, waarbij kan worden gedacht aan het ontslag van personen die verantwoordelijk waren voor de fouten.²⁶ In ieder geval beperkt het tweede lid onder d van artikel 2.87 AW 2012 de termijn waarop de aanbestedende dienst een beroep op een tekortkoming kan doen tot drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indiening van het verzoek tot deelneming of inschrijving.²⁷

2. Richtlijn 2014/24/EU

De nieuwe uitsluitingsgrond betreffende *past performance* is in de AW 2012 (2016) tekstueel nagenoeg gelijklopend overgenomen uit richtlijn 2014/24/EU. Daar luidt de tekst (na de aanhef dat aanbestedende diensten elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure kunnen uitsluiten indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden): ... (g) *wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke 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.*²⁸ De tekstuele verschillen tussen de tekst van de richtlijn bepaling en die van de wet zijn beperkt en inhoudelijk niet relevant; in de MvT worden zij ook verder niet toegelicht. Het meest opvallende verschil betreft het zinsdeel 'een eerdere opdracht met een aanbestedende dienst' dat in de wet is vervangen door 'een eerdere op-

dracht van een speciale-sectorbedrijf'. De tekst van de wet lijkt mij de bedoeling van de (Europese) wetgever overigens het beste weergeven.

De nieuwe uitsluitingsgrond wordt in de richtlijn toegelicht in overweging 101.²⁹ In de tweede alinea van deze overweging wordt aangegeven dat een aanbestedende dienst gegadigden of inschrijvers moet kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, 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. Het gaat hier derhalve om drie situaties waarin uitsluiting aan de orde zou kunnen zijn: (i) grove wanprestatie, (ii) levering of uitvoering met grote gebreken waardoor het resultaat onbruikbaar is voor het beoogde doel, en (iii) wangedrag waardoor ernstige twijfel ontstaat over de betrouwbaarheid van de ondernemer. In de derde alinea van overweging 101 wordt daaraan toegevoegd dat kleine onregelmatigheden slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot uitsluiting van een ondernemer mogen leiden. Dat lijkt aan de orde als deze zich herhaaldelijk voordoen, omdat dat weer twijfel kan doen rijzen over zijn betrouwbaarheid.

De bewoordingen van artikel 57 lid 4, aanhef en onder g, Richtlijn 2014/24/EU wijken op belangrijke onderdelen af van de bewoordingen die de Europese Commissie had opgenomen in haar voorstel voor een nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor de klassieke sectoren uit 2011.³⁰ De facultatieve uitsluitingsgronden waren in de ontwerp-richtlijn opgenomen in het derde lid van artikel 55. Onderdeel d. van dat artikel introduceerde de uitsluitingsgrond betreffende prestaties uit het verleden en zag op de volgende situatie: *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.* Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn blijkt dat de Commissie met deze formulering aansluiting heeft gezocht bij de tekst van artikel VIII, lid 4 sub c, van de Government Procurement Agreement (GPA 2012).³¹

²⁵ MvT hoofdstuk II ad artikel 2.87.

²⁶ MvT hoofdstuk I par. 3.4 en hoofdstuk II ad artikel 2.87a. Dat het enkele ontslag niet altijd voldoende is, blijkt uit HvJEU 20 december 2017, C-178/16 (Mantovani) r.o. 34.

²⁷ Over (de aanvang van) deze termijn HvJEU 24 oktober 2018, C-124/17 (Vossloh Laeis), r.o. 42.

²⁸ Artikel 57 lid 4, aanhef en onder g, Richtlijn 2014/24/EU.

²⁹ Over de voorgeschiedenis, zie ook M. Neiva de Oliveira, The Exclusion of an Economic Operator Based on Significant or Persistent Deficiencies in the Performance of a Prior Public Contract, *EPPPL* 2016/4, p. 340-345. Zie verder HvJEU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta).

³⁰ COM (2011) 896 def. 20.12.2011 (ontwerp Richtlijn 2011), met een korte toelichting op pagina 10 van het Voorstel.

³¹ Non-paper prepared by the Commission Services (DG Internal Market) on Cluster 3, Annex bij Note 5736/12, MAP 4 MI 48, 27 januari 2012. Zie ook L. Tosoni, The Impact of the Revised WTO Government Procurement Agreement on the EU Procurement Rules from a Sustainability Perspective, *EPPPL* 2013/1, p. 41-44.

De Commissie licht haar voorstel als volgt toe: 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 wordings of Article VIII:4c 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.*

Allereerst valt op dat de consequenties van een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming (vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of vergelijkbare sancties) niet in het ontwerpartikel zijn opgenomen. De uiteindelijke tekst heeft derhalve wat dit aspect betreft een beperktere strekking dan de ontwerp tekst, aangezien het cumulatieve karakter van de voorwaarden meebrengt dat de consequenties van de tekortkoming eveneens meewegen bij de vraag of de tekortkoming een grond voor uitsluiting mag vormen.

Daarnaast zijn in het totstandkomingsproces van de definitieve bepaling echter beperkende formuleringen in het ontwerpartikel vervallen, te weten de beperking tot vroegere opdrachten 'van vergelijkbare aard' bij 'dezelfde aanbestedende dienst'. De totstandkomingsgeschiedenis van richtlijn 2014/24/EU geeft weinig inzicht in de achtergrond van deze verruiming.³² Een amendement van europarlementariër Tarabella³³ verzoekt de voorgestelde bepaling uit te breiden met de woorden 'of bij andere'. Dat amendement gaat dus uit van een uitbreiding van de kring van aanbestedende diensten bij wie tekortkomingen van ondernemers een rol kunnen spelen voor uitsluiting. De Amendementen 1064 en 1065³⁴ hanteren hetzelfde uitgangspunt, maar formuleren het andersom door schrapping te verzoeken van de woorden 'bij dezelfde aanbestedende dienst'. Argument is dat schrapping nodig is om herhaling te voorkomen van gevallen van misbruik in de lidstaat en binnen plaatselijke overheden die allemaal deel uitmaken van de publieke sector (amendement 1064) dan wel dat het risico

bestaat dat een ondernemer die zijn contractuele verplichtingen met één aanbestedende dienst niet is nagekomen hetzelfde doet met een andere en aanbestedende diensten dit dienen te kunnen voorkomen in het geval zij op de hoogte zijn van dergelijke tekortkomingen (amendement 1065). Ook in het advies van de Commissie regionale ontwikkeling van 17 oktober 2012³⁵ is een amendement opgenomen waarbij wordt voorgesteld de woorden 'bij dezelfde aanbestedende dienst' te schrappen, met als motivering dat schrapping nodig is om herhaalde inbreuken binnen de lidstaat en bij plaatselijke overheden die alle deel uitmaken van de publieke sector te voorkomen (Amendement 68).

De amendementen breiden in alle gevallen de werkingssfeer van de bepaling uit tot ervaringen van andere aanbestedende diensten, maar geen van de amendementen lijkt de strekking te hebben die kring ook uit te breiden tot buitenlandse aanbestedende diensten. Langs andere weg komen de *past performance* ervaringen van buitenlandse aanbestedende diensten echter wel in beeld. Artikel 86 Richtlijn 2014/24/EU regelt de administratieve samenwerking en bepaalt dat de lidstaten elkaar wederzijdse bijstand verlenen teneinde uitwisseling van informatie over de in (onder meer) artikel 57 Richtlijn bedoelde onderwerpen - de uitsluitingsgronden - te verzekeren.³⁶ Aangenomen moet dus worden dat bij de uitsluiting op grond van *past performance* niet alleen de ervaringen van andere aanbestedende diensten in Nederland, maar ook van aanbestedende diensten in andere EU lidstaten kunnen worden betrokken.

Amendementen waarin is voorgesteld met betrekking tot vroegere opdrachten de woorden 'van vergelijkbare aard' te schrappen, heb ik niet aangetroffen. De betreffende woorden zijn evenwel verdwenen in een tekstvoorstel van het secretariaat van de Raad van 27 maart 2013.³⁷ De woorden komen in het definitieve artikel 57 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU niet meer terug.

De ontwerp tekst van de nieuwe uitsluitingsgrond inzake *past performance*³⁸ bevatte ook een tweede alinea; die is echter in het totstandkomingsproces vervallen en in de definitieve versie van de richtlijn niet meer opgenomen. Deze alinea gaf randvoorwaarden voor de wijze van beoordeling van prestaties van ondernemers en luidde als volgt: *Voor de toepassing van de in de eerste alinea, onder d), bedoelde uitsluitingsgrond voorzien de aanbestedende diensten in een methode voor de beoordeling*

³² Een uitgebreide beschrijving geeft S. de Mars, *Exclusion and Self-Cleaning in Article 57: Discretion at the Expense of Clarity and Trade?*, in: G. Olykke/A. Sanchez-Graells (Ed.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Edward Elgar 2016 (Chapter 9).

³³ Amendement 1061, opgenomen in Amendementen 764-1061, Ontwerpverslag Marc Tarabella, 2011/0438(COD) dd. 12.7.2012.

³⁴ Opgenomen in Amendementen 1062-1351, Ontwerpverslag Marc Tarabella, 2011/0438(COD) dd. 12.7.2012.

³⁵ 2011/0438(COD).

³⁶ Een regeling van die strekking was reeds opgenomen in de leden 5 en 6 van artikel 55 ontwerp Richtlijn 2011. Zie ook overweging 128 Richtlijn 2014/24/EU.

³⁷ Council of the European Union, Note 8024/13, MAP 23 MI 248 CODEC 696, 27 March 2013.

³⁸ Artikel 55, lid 4 onder d, ontwerp Richtlijn 2011.

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.³⁹ Deze bepaling lijkt een uitvloeisel van de reacties op vraag 25 uit het Groenboek Modernisering Overheidsopdrachten over het gebruik van eerder opgedane ervaringen met inschrijvers.⁴⁰ Hoewel de meeste respondenten positief waren over gebruik van eerder opgedane ervaringen, werd gewezen op het gevaar van favoritisme en willekeur en op de noodzaak om garanties in te bouwen voor een eerlijke en objectieve behandeling, bijvoorbeeld door toepassing van een *measurable and objective performance control system* om subjectieve blacklisting te voorkomen, rechtsbescherming en mogelijk een maximumweging voor gehanteerde criteria.

Dit voorstel van de Commissie voor randvoorwaarden voor een faire beoordeling van prestaties van ondernemers werd in het Europees Parlement echter niet breed gedragen. Vele amendementen voorzagen in een ongemotiveerd 'schrappen' van deze bepaling;⁴¹ een enkel amendement gaf een motivering. Zo motiveerde Amendement 1069 de schrapping stellende dat kleine aanbestedende diensten daartoe niet in staat zijn en de lidstaten dienen te voorzien in een dergelijke methodiek.⁴² Het Comité van de Regio's vond de bepaling onbegrijpelijk hetgeen daardoor zou leiden tot minder rechtszekerheid, en bijgevolg wellicht ook tot een groter aantal klachten. Bovendien zouden aanbestedende diensten hierdoor nieuwe plichten opgelegd krijgen, hetgeen in strijd werd geacht met de beoogde vermindering van de bureaucratie rompslomp.⁴³ Een formele regeling voor de bescherming van een gegadigde of inschrijver tegen een onterechte negatieve beoordeling van

past performance door een aanbestedende dienst, is derhalve niet tot stand gekomen. Enkel de breder toepasselijke *self-cleaning* bepaling van artikel 2.87a AW biedt thans de mogelijkheid om uitsluiting te voorkomen, maar voor de gegadigde of inschrijver is het kwaad dan al geschied: zijn *past performance* is negatief beoordeeld.

3. Tussenconclusie

De Europese Commissie beoogde met haar tekstvoorstel een beperkte regeling op te nemen voor het gebruik van *past performance* als uitsluitingsgrond. Uit haar voorstel blijkt dat een aanbestedende dienst enkel eigen ervaringen mag gebruiken voor deze uitsluiting en dan ook nog alleen als het gaat om vergelijkbare gevallen. Een verdere inperking van het gebruik van *past performance* was nog dat het voorstel een objectief beoordelingssysteem vereiste met een recht van hoor en wederhoor. Met andere woorden: de Commissie stond een beperkt, objectief en non-discriminair systeem voor met een adequate ingebouwde rechtsbescherming. In het totstandkomingsproces zijn al deze 'veiligheidskleppen' verdwenen en is een raamwerk tot stand gekomen dat zonder nadere invulling op Europees niveau aanzienlijke risico's in zich draagt van favoritisme en willekeur.

4. Verenigde Staten

Sinds 1993 kent het federale recht van de Verenigde Staten een verplichting voor federale overheden de (*past performance*) van contractpartners te beoordelen en bij de selectie van nieuwe contractpartners te betrekken. In dat jaar verplichtte de Office of Federal Procurement Policy (OFPP) de federale overheden to *prepare evaluations of contractors' performance on all new contracts over \$ 100,000*. Het jaar daarop nam het Congres de Federal Acquisition Streamlining Act (FASA) 1994 aan, waardoor een wettelijke basis voor die verplichting ontstond.⁴⁴ De OFPP voldeed aan deze verplichting door regels te stellen in de Federal Acquisition Regulation (FAR), voor *past performance* in onderdeel 42.15: Contractor Performance Information.⁴⁵ Deze voorschriften verplichten federale overheden *Contractor Performance Information* bij te houden en door te geven aan het Contractor Performance Assessment Reporting System (CPARS) en het Past Performance Information Retrieval System (PIRS). Deze rapportages dienen tenminste jaarlijks, per contract, plaats te vinden alsmede bij oplevering van het werk.⁴⁶ De *past performance* beoordeling bevat in ieder geval *a clear, non-technical*

39 Toegelicht door de Commissie in haar eerdergenoemde document (zie noot 30) als volgt: 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.*

40 Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, Brussel 27.1.2011, COM(2011) 15 def., vraag 25: rekening houden met vroegere prestaties. Een samenvatting van de reacties is opgenomen in de Synthesis of replies, opgesteld door de Europese Commissie in het voorjaar van 2011.

41 Amendementen 1070 en 1071, opgenomen in Amendementen 1062-1351, t.a.p.; Amendement 93, Ontwerpsverslag Commissie interne markt en consumentenbescherming, 2011/0438(COD) 3.5.2012; Amendement 69, Advies Commissie regionale ontwikkeling, 2011/0438(COD) 17.10.2012.

42 Amendement 1069, opgenomen in Amendementen 1062-1351, t.a.p.

43 Advies comité van de Regio's - Pakket overheidsopdrachten, 2012/C 391/09, PbEU C 391/49 dd. 18.12.2012.

44 Hierover Kate M. Manuel, *Evaluating the 'Past Performance' of Federal Contractors: Legal Requirements and Issues*, CRS Report for Congress, February 5, 2015, p. 2. Zie thans 41 USC par. 1126.

45 FAC 2005-83, October 1, 2015.

46 Subpart 42.1502 FAR.

description of the principal purpose of the contract or order. The evaluation should reflect how the contractor performed. The evaluation should include clear relevant information that accurately depicts the contractor's performance, and be based on objective facts supported by program and contract or order performance data. The evaluations should be tailored to the contract type, size, content, and complexity of the contractual requirements. De beoordeling betreft tenminste de volgende aspecten: (i) *Technical (quality of product or service)*, (ii) *Cost control*, (iii) *Schedule/timeliness*, (iv) *Management or business relations*, (v) *Small business subcontracting*, (vi) *Other (e.g. late or nonpayment to subcontractors, trafficking violations, tax delinquency, failure to report in accordance with contract terms and conditions, defective cost or pricing data, terminations, suspension and debarments)*.⁴⁷ Ieder aspect mag deelaspecten bevatten. Elk aspect en/of deelaspect wordt voorzien van een beoordeling volgens de schaal: *exceptional, very good, satisfactory, marginal and unsatisfactory*, vergezeld van een toelichting.

Het resultaat van de beoordeling wordt zo spoedig mogelijk na het gereedkomen ter beschikking gesteld aan de ondernemer door middel van een bericht vanuit het CPARS-systeem, die vervolgens gedurende 14 dagen de gelegenheid heeft daarop te reageren en/of nadere informatie ter beschikking te stellen. De beoordeling, de reactie van de ondernemer en een eventueel commentaar daarop van de betreffende overheid worden in het systeem opgeslagen en enkel ter beschikking gesteld aan de overheid ten behoeve van toekomstige selectie en aan de ondernemer zelf, aangezien *disclosure of such information could cause harm both to the commercial interest of the Government and to the competitive position of the contractor evaluated as well as impede the efficiency of Government operations*.⁴⁸ De beoordeling blijft gedurende drie jaar in het systeem beschikbaar.

Ondernemers die zich niet kunnen verenigen met hun beoordeling, kunnen daartegen in rechte bezwaar maken. De federale rechter blijkt van oudsher terughoudend in het ontvankelijk verklaren van deze claims, maar de laatste jaren is daar verandering in gekomen. Bij de inhoudelijke behandeling van de claims hanteren de rechters echter een uiterst marginale beoordeling, zodat het eindresultaat voor de ondernemer nog steeds niet erg bevredigend is.⁴⁹

Het federale beoordelingssysteem van de VS, hoewel uitvoerig vastgelegd en verplicht toegepast, bevat het risico van subjectiviteit: de beoordeling van de overheid blijft, hoewel mogelijk weersproken door de ondernemer, in stand en gedurende

drie jaren opgenomen in het landelijke (federale) systeem. Een rechtsgang levert nauwelijks resultaat op. Volgens Gordon & Racca was dit risico van subjectiviteit de reden dat de Europese Commissie bij de totstandkoming van de aanbestedingsrichtlijnen 2004 *past performance* niet als uitsluitingsgrond had opgenomen, maar het gebruik van *past performance* beperkte tot de geschiktheidseisen. Er zouden geen objectieve, algemeen geldende (Europa-brede) beoordelingscriteria voorhanden zijn.⁵⁰ Voor de ernstige gevallen bestond ruimte voor uitsluiting op grond van een ernstige fout in de beroepsuitoefening.⁵¹ Met deze insteek negeerde de Commissie volgens deze auteurs echter wel een belangrijke factor bij de beoordeling van ondernemers, namelijk hun track record bij eerdere opdrachten.

Bij de totstandkoming van de aanbestedingsrichtlijnen 2014 heeft de Commissie een andere keuze gemaakt en een beperkte regeling in haar voorstel opgenomen die aan dit bezwaar van subjectiviteit tegemoet kwam.

5. Nederland

Past performance van inschrijvers is de laatste jaren in Nederland onderwerp van onderzoek en geschil geworden. Daarbij wordt het begrip in velerlei betekenissen gebruikt: als uitsluitingsgrond, als geschiktheidseis en zelfs als gunningscriterium.⁵² Hoewel referenties ook betrekking hebben op prestaties van de inschrijver uit het verleden, ziet het begrip *past performance* van Richtlijn 2014/24/EU enkel op een facultatieve uitsluitingsgrond. In die zin wijkt de richtlijn - en in haar kielzog ook de AW 2012 - af van de *past performance* regeling, zoals hiervoor beschreven, uit de Verenigde Staten. Die regeling ziet op het algemene functioneren van de contractant, al registreert het systeem ook de (al dan niet ernstige) inbreuken op contractuele verplichtingen.⁵³ De regeling in de VS komt eerder overeen met de sinds enige jaren in Nederland gebruikte systemen van 'prestatie meten' van bijvoorbeeld Rijkswaterstaat,⁵⁴

⁵⁰ D.I. Gordon, G.M. Racca, *Integrity Challenges in the EU and U.S. Procurement Systems*, IUS Publicum Network Review, <www.ius-publicum.com>, (2014) p. 15-18.

⁵¹ Artikel 45 lid 2, onder d, Richtlijn 2004/18/EG en HvJEU Forposta (zie hiervoor noot 28).

⁵² Vergelijk M.A.B. Chao-Duvis, 'Het beoordelen van aannemers op basis van *past performance*: een eerste verkenning', *BR* 2006, p. 979; C.H.N.M. Petit, 'Past en Present Performance', *TBR* 2010/143; L.C. van den Berg, 'Past performance, resultaten uit het verleden bieden (geen?) garantie voor de toekomst?', *VGR* 2018/2. Zie verder noot 17.

⁵³ Zie hiervoor in de tekst bij noot 46: '... (vi) *Other (e.g. late or non-payment to subcontractors, trafficking violations, tax delinquency, failure to report in accordance with contract terms and conditions, defective cost or pricing data, terminations, suspension and debarments)*'.

⁵⁴ Handreiking Prestatiemeten RWS 2015, <http://publicaties.miniennm.nl/documenten/prestatiemeten>, met een aanscherping in 2018, zie <https://www.magazinesrijkswaterstaat.nl/zakelijkeninnovatie/2018/01/prestatiemeten>.

⁴⁷ Subpart 42.1503 FAR.

⁴⁸ Subpart 42.1503 FAR.

⁴⁹ Kate M. Manuel, t.a.p., p. 6 e.v.

ProRail⁵⁵ en de Noord-Hollandse gemeenten verenigd in stichting RIJK.⁵⁶ Die systemen zijn in mijn ogen echter niet bruikbaar ter onderbouwing van een uitsluiting op basis van *past performance*, aangezien de beoordelingselementen die tot uitsluiting zouden kunnen leiden teveel verweven zijn met elementen die daar niet op zien.⁵⁷

In de Nederlandse jurisprudentie is het begrip *past performance* de laatste jaren met een zekere regelmaat opgedoken. Een paar voorbeelden.

Allereerst een uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Limburg uit 2014.⁵⁸ De aanbesteding betrof een meervoudig onderhandse procedure ten behoeve van vervolgwerkzaamheden voor de reconstructie van wegen. De aannemer van de eerdere fase had voor deze aanbesteding geen uitnodiging ontvangen (ondanks een contractuele optie) omdat uit een tussenevaluatie zou zijn gebleken dat de geleverde prestaties niet aansloten op het 'wensbeeld' van de gemeente en dat er tekortkomingen waren geconstateerd. De uitsluiting was derhalve gebaseerd op een subjectief oordeel waarop geen wederhoor had plaatsgevonden, nog daargelaten of (de ernst van) de geconstateerde tekortkomingen een uitsluiting rechtvaardigden.

In 2016 deed de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland kort na elkaar in twee zaken uitspraak waarin ook *past performance* een rol speelde. De eerste zaak betrof de Europese niet-openbare aanbesteding van een raamovereenkomst voor de aanleg van infra-werken.⁵⁹ Selectie voor de raamovereenkomst vond plaats door loting, waarbij de kans om te worden ingeloot mede werd bepaald door de hoogte van een *past performance*-score. De voorzieningenrechter oordeelde dat deze methodiek nieuwkomers benadeelde, omdat zij feitelijk minder kans zouden hebben om te worden ingeloot; in de methodiek zaten elementen van favoritisme en willekeur die door konden werken in de gunning.

De tweede Gelderse zaak betrof een Europese niet-openbare aanbesteding voor het vervangen van bruggen.⁶⁰ Het begrip *past performance* komt niet als zodanig voor in de uitspraak,⁶¹ maar bij de overwegingen wordt - naast de toepasselijkheid van een facultatieve uitsluitingsgrond - uitvoerig onderbouwd geconstateerd dat sprake is van 'een patroon van het plegen van (ernstige) strafbare feiten en het overtreden van wet- en regelgeving op het gebied van milieu en arbeidsomstandigheden en/of het verdacht zijn daarvan'. Deze *past performance* leidde mede tot uitsluiting van de aanbesteding.

In de zaak die in maart 2018 werd beslist door de voorzieningenrechter van de rechtbank Noord-Nederland,⁶² stelde de eisende partij dat de beoogde winnaar van de openbare aanbesteding uitgesloten had moeten worden op basis van haar *past performance*. De voorzieningenrechter beschrijft daarop aan welke wettelijke vereisten moet worden voldaan om op deze grond te kunnen worden uitgesloten, waarna hij constateert dat in dit geval aan die cumulatieve criteria voor *past performance* niet is voldaan.

Het laatste voorbeeld betreft de zaak beslist door de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in april 2018.⁶³ In die zaak vordert eiseres dat de overeenkomst met de winnaar van de eerdere aanbesteding wegens toerekenbare tekortkoming wordt ontbonden en die partij de komende drie jaren wegens *past performance* wordt uitgesloten van nieuwe aanbestedingen. Laatstgenoemde vordering wordt afgewezen omdat het de aanbestedende dienst vrijstaat die facultatieve uitsluitingsgrond al dan niet op te nemen bij een aanbesteding en daarvoor een eigen belangenafweging te maken.⁶⁴

Uit deze rechtspraak blijkt dat een beroep op *past performance* nog vrij willekeurig wordt gedaan en dan ook nog vaak door een (concurrerende) marktpartij. Een duidelijke lijn is uit de uitspraken

⁵⁵ Nota Prestatiemeten ProRail 2016, <<http://docplayer.nl/57250776-Pbe00008-basisrapport-prestatiemeten-algemeen-deel.html>>.

⁵⁶ Handreiking Past performance Noord-Hollandse gemeenten 2013, <<https://www.amsterdam.nl/ondernemen/inkoop-aanbesteden/>>. Zie ook www.past-performance.nl (CROW). Vergelijk de beschrijving van past performance door J. de Meij van stichting RIJK in Tender Nieuwsbrief 2014/1: 'Past performance focust op het meten en vastleggen hoe aan de contractuele verplichtingen wordt voldaan gedurende de uitvoering van een werk of dienst'.

⁵⁷ Zie ook 'Benchmarking en past performance' in EIB rapport 'Eindgebruiker en opdrachtgever in de bouw: lessen uit het buitenland', maart 2014, hoofdstuk 2.

⁵⁸ Vزر Rb. Limburg 28 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6754.

⁵⁹ Vزر Rb. Gelderland 22 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1042, m.nt. J.W.A. Bergevoet in JAAN 2016/82.

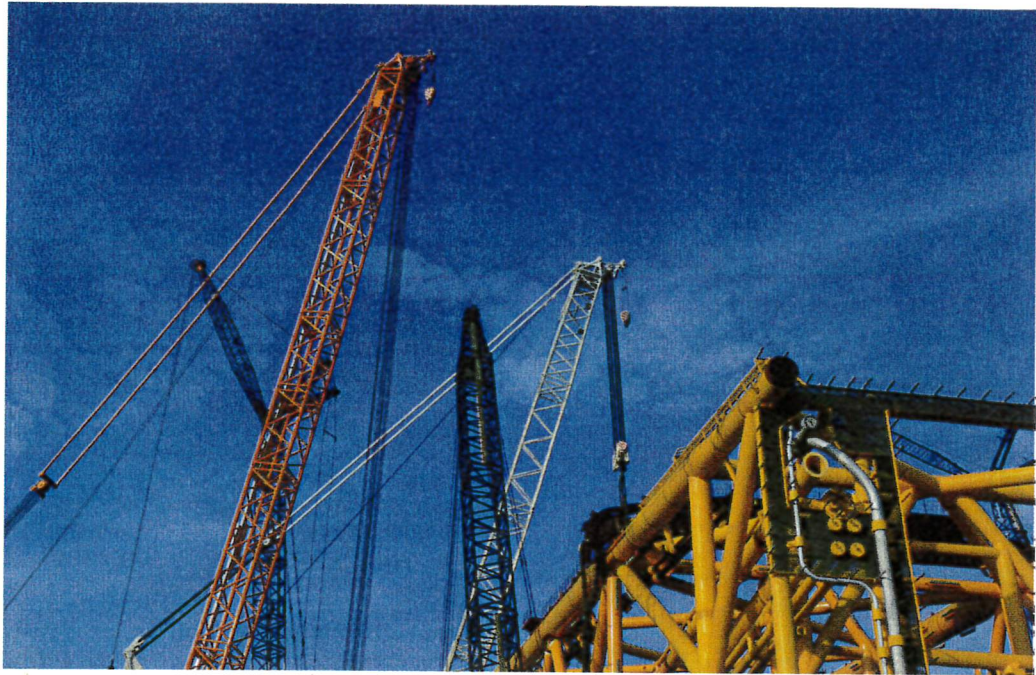
⁶⁰ Vزر Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187.

⁶¹ Op de aanbesteding was van toepassing de AW 2012 (niet 2016) en het ARW 2012, zie r.o. 2.1.

⁶² Vزر Rb. Noord-Nederland 9 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:836. Voor het aspect past performance in hoger beroep gelijkelijk beoordeeld in Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018 (r.o. 6.15-6.17), ECLI:NL:GHARL:2018:9094.

⁶³ Vزر Rb. Den Haag 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940.

⁶⁴ R.o. 5.2; de primaire vordering leidende tot ontbinding wordt afgewezen omdat de overeenkomst is 'uitgewerkt' en geen heraanbesteding zal worden gehouden (r.o. 5.1).



niet te destilleren.⁶⁵ Dat verbaast niet aangezien de uitsluitingsgrond nieuw is en vastlegging van *past performance* van marktpartijen nog op gang moet komen. Voor zover mij bekend bestaat op dit moment in Nederland slechts één regeling - op rijksniveau - waar informatie over *past performance* wordt uitgewisseld en vastgelegd, namelijk de leveranciersmonitor van het ministerie van binnenlandse zaken en koninkrijksrelaties (BZK).⁶⁶ In de leveranciersmonitor wordt geregistreerd of in de afgelopen drie jaar een overeenkomst met een leverancier vroegtijdig is beëindigd, schadevergoeding is betaald of een andere vergelijkbare sanctie is toegepast.⁶⁷ De leverancier heeft bij een aanbesteding een meldingsplicht die geldt tot drie jaar vanaf het moment dat de opdracht is beëindigd, de schä-

devergoeding is geregeld of andere vergelijkbare sancties zijn getroffen. De informatie over prestaties uit het verleden wordt door de coördinerend directeuren inkoop van de ministeries aan de chief procurement officer Rijk van BZK geleverd. Deze meldingen worden vervolgens centraal in de Monitor 'past performance' verwerkt.⁶⁸

De leveranciersmonitor kan worden gezien als een eerste (enkel nog procedurele) stap naar een regeling voor de beoordeling en vastlegging van *past performance* van marktpartijen. Indien aanbestedende diensten optimaal gebruik willen maken van deze uitsluitingsgrond dienen beoordelingscriteria en procedurele aspecten, waaronder die met betrekking tot rechtsbescherming, nauwkeurig en uniform te worden vastgelegd. Het meest vergaande gebruik van de uitsluitingsgrond is immers pas verzekerd als een dergelijke regeling gelijklopend is in alle lidstaten van de Europese Unie, zodat sprake is van uniforme toepassing en de beoordelingen van een marktpartij door (andere) aanbestedende diensten in Nederland dan wel in andere lidstaten ook daadwerkelijk ten behoeve van uitsluiting kunnen worden gebruikt. Vooralsnog ligt het voor de hand dat de Nederlandse wetgever zorgdraagt voor een uitvoeringsregeling voor gebruik op nationaal niveau aangezien alleen op deze wijze willekeurig gebruik van *past performance* kan worden voorkomen.

⁶⁵ Ook andere uitspraken die ik tegenkwam geven die duidelijkheid nog niet, zoals Kammergericht Berlin, 31 juli 2017, Verg 6/17, waarin uitsluiting slechts mogelijk werd geacht na zorgvuldige evaluatie van alle relevante aspecten (wat i.c. niet het geval was). Op dit moment zijn twee prejudiciële zaken aanhangig bij het HvJEU over de *past performance*-uitsluitingsgrond: (i) de Italiaanse zaak C-41/18 (Meca), waarin de vraag voorligt of de betrouwbaarheid van een inschrijver niet kan worden beoordeeld tot in de civielrechtelijke procedure een definitieve beslissing is verkregen en zelfreinigende maatregelen niet zijn aangetoond, en (ii) de Roemeense zaak C-267/18 (Delta), waarin de vraag voorligt of het zonder toestemming van de aanbestedende dienst uitbesteden van een deel van het werk aan een onderaannemer een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming is bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht.

⁶⁶ Binnerts, t.a.p. (p. 247), verwijst nog naar een regeling bij de gemeente Heerlen waar opgelegde strafpunten kunnen leiden tot uitsluiting.

⁶⁷ Zie Brief van de Minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 24 maart 2017, Kamerstukken II 26 643, nr. 454, sub 7 p. 5/6.

⁶⁸ Zie noot 66.

6. Kader voor *past performance*-regeling

Regelingen voor het beoordelen en vastleggen van de *past performance* van ondernemers ten behoeve van uitsluiting bij aanbestedingen zijn - vanwege de recente implementatie van deze uitsluitingsgrond - nog nauwelijks voorhanden. Het verdient aanbeveling in een zo vroeg mogelijk stadium tot een goed opgezette en breed gedragen regeling te komen, waarmee de kans op uniforme toepassing van de uitsluitingsgrond *past performance* wordt vergroot.

Het kader voor een *past performance*-regeling wordt allereerst bepaald door artikel 2.87 lid 1, aanhef en sub g, AW 2012.⁶⁹ Op grond van deze bepaling moet het gaan om: (i) aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen⁷⁰ (ii) bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift (iii) van een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht van een speciale-sectorbedrijf of een eerdere concessieopdracht en (iv) dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties.

Op basis van artikel 2.87 lid 2, aanhef en sub d, AW 2012 gaat het daarbij uitsluitend om tekortkomingen die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan.⁷¹

De preambule bij Richtlijn 2014/24/EU licht in overweging 101 toe op welke tekortkomingen de bepaling ziet, namelijk grove wanprestatie, 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. 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 bepalingen van de richtlijn zien dus op ernstige tekortkomingen. Vastlegging van de feiten die tot de ernstige tekortkoming hebben geleid, is daarbij van groot belang.

De Gids Proportionaliteit geeft aan dat met de mogelijkheid tot uitsluiting op basis van *past performance* terughoudend moet worden omgegaan. Het gaat dan om aanzienlijke of herhaaldelijke tekortkomingen van essentiële bepalingen bij eerdere

opdrachten, waar de ondernemer verantwoordelijk voor gehouden kan worden.⁷² De bepaling ziet nadrukkelijk op uitzonderlijke situaties, bijvoorbeeld niet levering of niet uitvoering. De tekortkoming moet objectief en consistent vastgesteld zijn. Uitsluiting op basis van een eenmalige slechte beoordeling van een projectleider acht de Gids niet proportioneel.

Het opstellen en gebruik van een register van slechte prestaties uit het verleden dient volgens de Gids zeer zorgvuldig te gebeuren. Het register dient voldoende details te bevatten over de relevante tekortkomingen en de mogelijkheid te bieden een eventuele vermelding in het register ter discussie te stellen.⁷³

De Europese Commissie had in haar ontwerptekst voor een nieuwe richtlijn ook procedurele bepalingen opgenomen die een eerlijke, objectieve en non-discriminatoire beoordeling van de contractuele prestaties van de marktpartij beoogden.⁷⁴ De beoordeling van contractuele prestaties diende volgens de Commissie te geschieden (i) op basis van objectieve en meetbare criteria (ii) die op een systematische, consistente en transparante wijze worden gehanteerd; (iii) waarbij elke prestatiebeoordeling wordt bekendgemaakt aan de desbetreffende ondernemer (iv) die de gelegenheid krijgt bezwaar te maken tegen de bevindingen (v) en bescherming in rechte kan verkrijgen.

Het voorstel van de Europese Commissie voor procedurele voorschriften ter bescherming van de ondernemers tegen willekeurige toepassing van *past performance*, heeft in het Europese wetgevingstraject het onderspit gedolven. Dat wil uiteraard niet zeggen dat uit het oogpunt van een adequate rechtsbescherming de in dat voorstel verwoorde uitgangspunten niet aan een *past performance*-regeling ten grondslag kunnen worden gelegd; het betreffen immers uitgangspunten die een faire procedure tot doel hebben. Zo dienen de feiten te passen in objectieve en meetbare criteria, bijvoorbeeld dat de contractuele opleverdatum met een termijn gelijk aan de oorspronkelijke bouwtijd is overschreden. De oorzaak van die termijnoverschrijding zal veelal minder objectief en meetbaar zijn vast te stellen. De aanbestedende dienst dient dan zorg te dragen voor (interne) vastlegging van de factoren die in haar visie de vertraging hebben veroorzaakt.

Voor een systematische, consistente en transparante beoordeling is vereist dat algemeen toepasbare criteria worden ontwikkeld, zo nodig per

⁶⁹ Zie ook artikel 57 lid 4, aanhef en sub g, Richtlijn 2014/24/EU.

⁷⁰ De tekortkoming [dient] binnen de invloedssfeer van de ondernemer te liggen, de ondernemer dient immers blijkt te hebben gegeven van de tekortkoming, aldus MvT hoofdstuk II ad artikel 2.87 (p. 70).

⁷¹ Zie ook artikel 57 lid 7 Richtlijn 2014/24/EU.

⁷² Vergelijk hiervoor noot 69.

⁷³ Zie de tekst onder Voorschrift 3.5A van de Gids Proportionaliteit, par. 3.5.1.2.

⁷⁴ Zie noot 37.

branche, die in model-formulieren worden vastgelegd.⁷⁵ Deze door de aanbestedende dienst ingevulde formulieren vormen de basis voor de voorlopige eindbeoordeling. De formulieren worden tezamen met de voorlopige eindbeoordeling aan de ondernemer ter beschikking gesteld, waarbij een redelijke termijn wordt gegeven voor een reactie. De formulieren geven immers het standpunt weer van (de betrokken medewerkers van) de aanbestedende dienst, zodat een zekere mate van subjectiviteit niet ondenkbaar is. In de reactie kan de ondernemer uiteraard ook de maatregelen vermelden die hij heeft genomen (of voornemens is te nemen) om zijn betrouwbaarheid aan te tonen als bedoeld in artikel 2.87a AW 2012. De aanbestedende dienst kan daarmee dan rekening houden bij het opstellen van haar definitieve eindbeoordeling, die zij (wederom) ter beschikking stelt aan de ondernemer. De ondernemer heeft vervolgens gedurende een nader vast te stellen periode de gelegenheid (in rechte) bezwaar te maken tegen de definitieve eindbeoordeling.⁷⁶ Verstrekt deze periode ongebruikt, dan is de aanbestedende dienst gerechtigd haar eindbeoordeling op te (laten) nemen in een bij voorkeur landelijk op te zetten *past performance*-register. Maakt de onder-

nemer tijdig bezwaar, dan lijkt mij opname in het *past performance*-register eerst mogelijk nadat over de eindbeoordeling definitief in rechte is beslist.

7. Conclusie

De Europese Commissie beoogde een beperkt, objectief en non-discriminair beoordelingssysteem van de nieuwe uitsluitingsgrond *past performance* (alleen ernstige tekortkomingen bij vergelijkbare opdrachten bij dezelfde aanbestedende dienst) met een adequate rechtsbescherming. De Europese wetgever heeft echter gekozen voor een systeem waarbij ernstige tekortkomingen bij alle soorten opdrachten bij alle aanbestedende diensten in de EU voor de *past performance* van een ondernemer in aanmerking mogen worden genomen, zonder aandacht te schenken aan rechtsbescherming en de praktische invulling, met als risico dat favoritisme en willekeur de kop op kunnen steken. Om die reden is van groot belang dat een uniform (bij voorkeur EU-breed) systeem wordt ontwikkeld voor de beoordeling en vastlegging van de *past performance* van ondernemers ten behoeve van hun eventuele uitsluiting bij (Europese) aanbestedingen.⁷⁷ ●

⁷⁵ Vergelijk Conference of European Directors of Roads (CEDR) report 2016/02 - Efficiency in road public procurement, April 2016: *The challenge is to find an objective, transparent system that gives both new and foreign companies the opportunity to enter the system and that can be used within the scope of the strict selection rules in the directive. A measuring system for past performance (both satisfactory and unsatisfactory) could help to build a database with performance data for companies working for a certain public client or with performance in a market segment.*

⁷⁶ De eindbeoordeling is een beslissing die gevolgen heeft c.q. kan hebben voor komende aanbestedingen, waarmee in mijn visie de burgerlijke rechter de bevoegde instantie is. Indien de beoordeling van de *past performance* van de ondernemer immers pas aan de orde zou komen in het kader van een aanmelding of inschrijving, zou dit ook de bevoegde rechter zijn.

⁷⁷ Zo ook M.J.J.M. Essers/C.G. van Blaaderen, 'Het concept wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet', TA 2015/5, p. 205/206.