

**Zoekterm:** binnerts

**Gebruikte voorspecificaties:** Inclusief woordvariaties

**Verfijnd op:** Tijdschriftartikel

---

**Over dit document:**

Informatiesoort: Tijdschriftartikel

Bron: TBR

Titel: TBR 2012/45 Heeft past performance een toekomst als uitsluitingsgrond?

Auteur: J.C. Binnerts

Publicatietitel: Tijdschrift voor Bouwrecht

Jaarnummer: 2012

---

**TBR 2012/45 Heeft past performance een toekomst als uitsluitingsgrond?**

---

Auteur: J.C. Binnerts

TBR 2012/45

Heeft past performance een toekomst als uitsluitingsgrond?

Zoals elke particulier die slechte ervaringen heeft gehad met een schilder, deze voor een volgende klus zal willen mijden, zo bestaat die behoefte ook bij overheden. De mogelijkheid om daaraan tegemoet te komen is beperkt, zeker als er een verplichting is tot openbaar aanbesteden van de nieuwe opdracht. Het voorstel voor een nieuwe aanbestedingsrichtlijn, dat op 20 december jl. is gepubliceerd, voorziet in een verruiming van die mogelijkheden. De vraag blijft echter hoe te voorkomen dat de bevoegdheid om past performance te beoordelen, leidt tot willekeur, zonder dat die bevoegdheid onhanteerbaar wordt.

## **1. Begripsbepaling**

De betekenis van het begrip 'past performance' is in het aanbestedingsrecht niet strak omljnd. Grofweg zou een onderscheid kunnen worden gemaakt tussen ervaringen die anderen met de betreffende aanbieder hebben gehad en eigen ervaringen. Aan ervaringen van de eerste soort kan bij openbare aanbestedingen betekenis worden toegekend door het stellen van eisen op het punt van de technische bekwaamheid en/of beroepsbekwaamheid: aan de hand van verklaringen van eerdere opdrachtgevers moet dan worden aangetoond dat in het verleden vergelijkbare projecten naar tevredenheid zijn uitgevoerd. Maar onder de huidige aanbestedingsrichtlijn en het Bao is het minst genomen onduidelijk of een aanbestedende dienst op basis van een eerdere eigen slechte ervaring een partij op voorhand kan *uitsluiten* van een openbare aanbesteding. Daarover gaat het in deze bijdrage.

## **2. Hoe zit het nu?**

Artikel 45, lid 3, sub d van het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao) noemt als een facultatieve uitsluitingsgrond het begaan hebben van een 'ernstige fout' in de beroepsuitoefening, 'vastgesteld op een grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken'.

De considerans van de algemene aanbestedingsrichtlijn 2004/18, waar deze bepaling letterlijk aan is ontleend, noemt een aantal voorbeelden van dergelijke ernstige fouten, t.w. schending van regelingen en collectieve overeenkomsten inzake arbeidsvoorwaarden en veiligheid op het werk (considerans onder 34) en de niet-naleving van de milieuwetgeving of van de wetgeving inzake overheidsopdrachten en de gelijke behandeling van werknemers (considerans onder 43). De considerans noemt daarbij (onder 43) als aanvullende eis dat de niet-naleving moet zijn vastgesteld in 'een onherroepelijk vonnis of beslissing met vergelijkbare werking'. De toelichting op het Bao voegt daar als voorbeeld slechts aan toe het opgelegd hebben gekregen door de Nma van een boete of dwangsom op grond van de Mededingingswet. Het gaat dus om nogal bijzondere gevallen, die niet of in elk geval zeker niet altijd samen zullen vallen met het niet-voldoende uitvoeren van de opdracht. Omgekeerd: het leveren van slecht werk als dat is niet eenvoudig te rangschikken onder dergelijke ernstige fouten. [2]

De vraag is of de richtlijn aan lidstaten ruimte geeft tot een eigen invulling en daarmee tot een uitbreiding van het begrip 'ernstige fout', zodat het loutere niet behoorlijk nakomen van een overeenkomst daar alsnog toe kan worden gerekend. Voor ons land kan die vraag blijven rusten, omdat de Nederlandse wetgever zo'n uitbreiding niet heeft gegeven.

Dan resteert de vraag of een aanbestedende dienst zo'n uitbreiding van het begrip 'ernstige fout' zelf kan bewerkstelligen door het hanteren van eigen beleidsregels. Gelet op het gesloten stelsel van uitsluitingsgronden dat de richtlijn beoogt, ligt dat weinig voor de hand. [3] Niettemin valt te constateren dat de rijksoverheid in de vorig jaar ingetrokken Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren een eigen invulling had gegeven van het begrip ernstige beroepsfout. Die sloot echter vrij nauw aan bij de voorbeelden daarvan, zoals die in de considerans bij de richtlijn voorkomen. Een duidelijke verruiming viel daar niet in te lezen en het louter niet-nakomen van een eerder contract viel in ieder geval ook volgens die Beleidsregels niet onder een ernstige beroepsfout.

Verder heeft de gemeente Heerlen beleid gepubliceerd, waarin dergelijke zaken wel een rol zouden moeten spelen: bij enigermate gekwalificeerde niet-nakoming van een overeenkomst van opdracht door de wederpartij kan de gemeente hem - al naar gelang de zwaarte ervan - strafpunten opleggen. Wanneer binnen een bepaalde periode een bepaald aantal strafpunten is behaald, volgt een categorische uitsluiting, voor welke andere opdracht van de gemeente Heerlen ook, voor een bepaalde periode.

Het is de vraag of Heerlen het bereik van artikel 45 Bao hiermee niet te buiten gaat. Daarover heeft de rechter nog geen oordeel gegeven, want tot veel uitsluitingen heeft dit beleid nog niet geleid. Misschien dat dit toegeschreven kan worden aan een preventief effect dat van het hebben van dergelijk beleid uitgaat: ondernemers die geen problemen met de gemeente Heerlen willen, worden gestimuleerd de kanten er niet van af te lopen. Maar bij de toepassing van dit beleid speelt ook een ander probleem een rol. De gemeente Heerlen gaat er van uit dat zij zelf mag - en ook kan - beoordelen of een partij zich heeft misdragen en daarom strafpunten verdient c.q. wordt uitgesloten. De vraag is of dat juist is.

De Voorzieningenrechter in Maastricht oordeelde in 2006 [4] over de vraag of een aannemer, die was beboet door de Nma wegens prijsafspraken maar tegen dat boetebesluit beroep had lopen, van een aanbesteding kon worden uitgesloten. Op zichzelf was de rechter wel bereid aan te nemen dat een dergelijk besluit aanleiding kon geven tot het judicium 'ernstige fout'. Maar hij leidde uit de considerans van de richtlijn (onder 43) af dat voor de toepassing van de uitsluitingsgrond van de ernstige fout die fout moet zijn vastgesteld óf in een onherroepelijk vonnis óf een beslissing met vergelijkbare werking. Daarvan was geen sprake, want het beroep tegen het boetebesluit bij de bestuursrechter liep nog, zodat niet uitgesloten mocht worden.

Dat sluit aan bij een overweging van het Hof van Justitie van de EG in het latere arrest *La Cascina* [5], waarin het handelde over de uitsluiting van een partij wegens het niet voldoen van sociale premies, eveneens een facultatief te hanteren uitsluitingsgrond. Het Hof overwoog: 'Een nationale regeling die volledig voorbijgaat aan de gevolgen van de instelling van een administratief beroep of beroep in rechte voor de mogelijkheid om deel te nemen aan een procedure voor het plaatsen van een opdracht, zou de fundamentele rechten van de betrokkenen dreigen te schenden'. Ook dat suggereert dat een onherroepelijke rechterlijke uitspraak vereist is als basis voor een uitsluiting.

Een praktisch probleem doet zich dan voor als het gaat om niet-nakoming van een overeenkomst: daar kan heel wel sprake van zijn, zonder dat dit ooit door een rechter wordt vastgesteld in een vonnis. Een besluit om op die grond strafpunten toe te kennen, is bovendien niet vatbaar voor bestuursrechtelijk bezwaar en beroep en bereikt dus nooit een helder te definiëren mate van onherroepelijkheid. [6] Het is dus in de praktijk verre van eenvoudig voor een aanbestedende dienst

om het ertoe te leiden dat een slechte performance in een onherroepelijke vonnis door de rechter als onafhankelijke derde wordt bevestigd, om daarop vervolgens een uitsluiting te baseren.

Maar als de beoordeling van de wijze van uitvoering van een contract aan de aanbestedende dienst zelf wordt overgelaten, is het de vraag hoe geborgd wordt dat de beoordeling objectief geschiedt. Daarbij moet worden bedacht dat reeds de dreiging van een negatieve beoordeling gebruikt kan worden om een wederpartij als het ware te gijzelen. In dat verband vermeld ik maar dat in de toelichting op het Heerlense beleid als voorbeeld van niet correct nakomen wordt gegeven het overschrijden van budgetten en termijnen, maar voor de toerekenbaarheid daarvan geen duidelijke rol lijkt weggelegd. Ongerief dat in de uitvoeringsfase is ontstaan aan de zijde van de opdrachtgever kan vele oorzaken hebben die niet alle aan de wederpartij zijn toe te schrijven. En waartoe het kan leiden als onvoldoende objectieve beoordelingen leiden tot uitsluiting, illustreert het geval van de gemeente Schiedam: die gemeente wenste enige tijd geen zaken te doen met een aannemer die bij de uitvoering van een privéopdracht van de burgemeester het met haar aan de stok had gekregen, naar later bleek: op goede gronden.

### 3. Hoe zal het straks zijn?

Het ontwerp voor een nieuwe richtlijn [7] kent in artikel 55 een met de huidige richtlijn vergelijkbaar stelsel van deels verplichte en deels facultatieve uitsluitingsgronden. Die laatste groep is echter uitgebreid. Van deelname kan straks ook uitgesloten worden de ondernemer die 'blijk 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 bepaling stelt daarbij wel de eis dat de aanbestedende dienst dan moet beschikken over een beoordelingsmethode die is gebaseerd op objectieve en meetbare criteria en die systematisch en transparant wordt toegepast. Voorts dient, nog steeds volgens die bepaling, elke beoordeling met de betrokken aannemer te worden gecommuniceerd, en die zal de gelegenheid moeten krijgen daartegen bezwaar te maken en bescherming in rechte te verkrijgen.

Met deze bepaling zullen een aantal van de huidige onduidelijkheden tot het verleden gaan behoren. Het uitsluiten op basis van een *eigen beoordeling* door de aanbestedende dienst van de wijze van uitvoering van contracten wordt expliciet mogelijk, maar alleen voorzover het gaat om contracten van een vergelijkbare aard. Verder lijkt er een zekere drempel te gelden: de tekortkomingen moeten immers 'aanzienlijke of voortdurende' zijn en een wezenlijke contractsverplichting betreffen. Daarbij valt wel op dat er geen beperking in tijd is gesteld: elke oude koe kan in beginsel uit de sloot worden gehaald, zo lang het gedrag maar 'voortdurend' is, al zal het proportionaliteitsbeginsel wel ergens een buitengrens stellen. Aan de duur van de uitsluiting stelt artikel 55 evenmin een grens, zodat ook die aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel zal moeten worden gevonden.

De eigen beoordeling moet consistent en transparant zijn, hetgeen weinig verrassend is, maar - zoals hiervoor al aangestipt - nog verre van eenvoudig te realiseren. Daarnaast lijkt de eis te worden gesteld dat eigen beoordeling systematisch moet plaatsvinden, dus niet alleen in de gevallen waarin de opdrachtgever achteraf niet tevreden is, maar in alle (vergelijkbare) gevallen. Dat ligt natuurlijk wel voor de hand omdat anders het middel weliswaar objectief toegepast, maar toch willekeurig ingezet zou kunnen worden, waarmee de gelijkheid van aanbieders in het gedrang komt.

Verder moet er voorzien zijn in de mogelijkheid om tegen de eigen beoordeling op te komen. Daartoe lijkt dus niet toereikend dat een ondernemer eerst de volgende aanbesteding moet afwachten om zich dan te laten uitsluiten, teneinde daarna pas de rechter te kunnen benaderen met de stelling dat de negatieve beoordeling van zijn eerdere contractuitvoering niet juist is geweest: de beoordeling zelf moet meteen al ter toetsing aan een rechter kunnen worden voorgelegd.

Het valt te bezien hoe dit zal worden geïmplementeerd: de gedachte zou kunnen postvatten dat de voorzieningenrechter in kort geding er toch altijd is om een slechte beoordeling aan te vechten. Een discussie over de uitvoering van een werk leent zich echter maar matig voor een kort geding, waar nu eenmaal beperkingen qua tijd en bewijsvoering gelden. Bovendien, indachtig het *La Cascina* arrest zou het wel eens zo kunnen zijn dat correcte implementatie vereist dat reeds het aanvechten van de beoordeling in een bodemprocedure tot opschorting van de uitsluiting leidt. Dan ligt weliswaar het initiatief om te procederen bij de betrokken ondernemer, maar die heeft bij een spoedige uitspraak niet per se belang. Dan wordt het toch de aanbestedende dienst die belang krijgt bij een spoedig rechterlijk oordeel over de gegrondheid van zijn negatieve beoordeling maar die toch eerst een uitspraak in de bodemprocedure zal moeten afwachten, voordat hij kan overgaan tot uitsluiting van de ondernemer..

Het merendeel van openbare aanbestedingen door lagere overheden zal niet geregeerd worden door het Bao c.q. de richtlijn, maar openbaar zijn op basis van eigen beleid. Strikt genomen gelden dan voormelde eisen en beperkingen uit de richtlijnen en het Bao niet. Ook dan zal de aanbestedende dienst echter niet willekeurig

mogen opereren en het gelijkheidsbeginsel moeten volgen: dat volgt uit haar gebondenheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voormelde eisen en beperkingen uit de nieuwe richtlijn zouden op die gevallen vanzelfsprekend hun reflexwerking kunnen hebben, in de zin dat die eisen en beperkingen materieel ook gaan gelden bij het uitsluiten op basis van past performance bij kleinere aanbestedingen.

#### 4. Conclusie

De vraag of een aanbestedende dienst op basis van past performance een aannemer kan uitsluiten wordt in het ontwerp voor de nieuwe richtlijn volmondig bevestigend beantwoord. Maar het vergt een stevige investering door de aanbestedende dienst in een beoordelingsmethodiek en serieuze inspanning om die methodiek vervolgens consequent toe te passen. Discussies over de juistheid van (negatieve) beoordelingen zullen er bovendien altijd blijven en de rechtsgang waarin die discussies gekanaliseerd zouden moeten worden, zou wel eens een langdurige bodemprocedure kunnen blijken te zijn, alvorens er werkelijk op die basis uitgesloten kan worden. De vraag is of dit voor aanbestedende diensten wel zo'n wenkend perspectief is. Maar misschien dat reeds de afschrikwekkende werking van het hebben van dergelijk beleid die bedenkingen en nadelen teniet zal doen.

[1] Jan Coen **Binnerts** is advocaat bij Pot Jonker Seunke advocaten te Haarlem.

[2] Wellicht anders: C.H.N.M. Petit, 'Past en present performance' in *TBR* 2010, p. 772, die uitsluiting wegens slechte prestaties 'zeker mogelijk' acht, maar stelt dat dan bij voorkeur moet worden aangehaakt bij de gevallen beschreven in de Beleidsregels integriteit en uitsluiting bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren. Zoals hierna te bespreken, voorzien die echter niet in uitsluitingsmogelijkheden die op de slechte uitvoering van een contract als zodanig betrekking hebben.

[3] Weliswaar gerelativeerd in het arrest *Michaniki*, 16 december 2008, C-213/07, maar slechts in de zin dat lidstaten ruimte hebben, niet individuele aanbestedende diensten.

[4] Vzng. Rb. Maastricht 9 maart 2006, *BR* 2006, 142.

[5] Hof van Justitie EG 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04

[6] Dat een dergelijk besluit geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht vormt, is aan te nemen omdat het een voorbereidingshandeling vormt van een privaatrechtelijke rechtshandeling, t.w. het uitsluiten van een partij, als die zich toch als deelnemer in een aanbestedingsprocedure zou melden.

[7] COM (2011) 896.