

Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) wordt aanbevolen om op korte termijn helder aan te geven waar de strategische prioriteit van het Rijk ligt bij het uitzetten van overheidsopdrachten. De ministers van EZ, van Infrastructuur en Milieu (IenM) en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) wordt aanbevolen om een aanpak te ontwerpen waarmee kleine en middelgrote bedrijven op kostenefficiënte wijze kunnen aantonen dat ze aan alle MVO-eisen voldoen, zodat deze eisen voor het MKB geen obstakel vormen bij het meedingen naar overheidsopdrachten.

Brief staatssecretaris VJ met afschrift antwoord aan Nederlands Genootschap voor Tolken en Vertalers inzake publicatie Europese aanbesteding Vertaaldiensten (05-12-2012 - Niet-dossierstuk 2012-2013, 2012D45832, Tweede Kamer)

Dit Kamerstuk betreft een brief van de staatssecretaris, met daarbij in afschrift gevoegd een brief aan het Nederlands Genootschap voor Tolken en Vertalers inzake de publicatie van de Europese aanbesteding van Vertaaldiensten. In de brief gaat de staatssecretaris in op de brief van het genootschap van 12 november 2012, waarin gesteld wordt dat het ministerie van Veiligheid en Justitie de schijn wekt toekomstige aanbestedingsregels te willen ontlopen door de opdracht voor vertaaldiensten kort voor inwerkingtreding van de Aanbestedingswet Europees aan te besteden. De staatssecretaris geeft aan dat de inwerkingtreding van de nieuwe Aanbestedingswet geen rol heeft gespeeld bij de beslissing tot aanbesteding.

dingwet Europees aan te besteden. De staatssecretaris geeft aan dat de inwerkingtreding van de nieuwe Aanbestedingswet geen rol heeft gespeeld bij de beslissing tot aanbesteding.

LITERATUUR

'Pre-commercial procurement in support of innovation'

A.R. Apostol
PPLR 2012, nr. 6, p. 213-225

'Eerst offertes beoordelen en dan geschiktheid vaststellen? - een riskante vernieuwing'

T. Chen
TBR 2012/199, nr. 11, p. 1117-1125

'Negotiated Procedures Overrated? Evidence from France Questions the Commission's Approach in the Latest Procurement Reforms'

L. Chever & J. Moore
EPPPL 2012, nr. 4, p. 228-241

'International Approaches to Conflicts of Interest in Public Procurement: A Comparative Review'

J. Jurich
EPPPL 2012, nr. 4, p. 242-257

'Contracteren door een gemeente onder voorbehoud van goedkeuring van B&W'

W.E.M. Klostermann
VGR 2012-5, p. 123-125
'Ruilen zonder huilen'
N. Sipkens
Tender Nieuwsbrief 2012, nr. 8, p. 4-5

'Minimale eis aan volgestort maatschappelijk kapitaal in strijd met fundamentele vrijheden'

M.L. Weeda en L.J. Terpstra
NtEr 2012, nr. 8/9, p. 273-277

'Quality thresholds in tenders and the obligation to state reasons'

P. Braun
PPLR 2012, nr. 6, p. NA279-NA282

'The ECJ Sets Precedent on What Should Be Considered Sufficient Examination of Rejected Bidders'

C. Clarke
EPPPL 2012, nr. 4, p. 284-288

'Is het een overheid? Is het een onderneming? Nee, het is een particuliere marktinvesteerder! (HvJ EU 5 juni 2012, C-124/10 P, EDF, n.n.g.)'

N. Saanen
NtEr 2012, nr. 8/9, p. 314-319

'Econord: A-G verduidelijkt criteria voor inhouse-opdrachtverlening'

G. Verberne & P. Juttmann
Tender Nieuwsbrief 2012, nr. 8, p. 6-7

Jurisprudentie

Poczta Polska SA: past performance en de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45 lid 2 sub d van de Richtlijn (HvJ EU 13 december 2012, noot mr. W.M. Ritsema van Eck [noot: Willemijn Ritsema van Eck is advocaat bij Legaltree en gespecialiseerd in het aanbestedingsrecht, www.legaltree.nl.])
Op 13 december 2012 [noot: HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, Forposta SA / Poczta Polska SA.] heeft het HvJ EU geoordeeld over een Poolse wetwijziging uit 2011 op grond waarvan een negatieve past performance (eerdere ervaringen met de betreffende marktpartij) dwingend tot uitsluiting leidde.

De Richtlijn 2004/18/EG is in Polen geïmplementeerd met de Wet inzake overheidsopdrachten van 29 januari 2004. Op 11 mei 2011 werd met een wetwijziging artikel 24, lid 1, punt 1 sub a toegevoegd

aan deze Overheidsopdrachtenwet. In het nieuwe artikel was kortgezegd bepaald dat van de aanbestedingsprocedure werden uitgesloten die marktpartijen die eerder een overeenkomst met de betrokken aanbestedende dienst hadden gehad, welke overeenkomst binnen drie jaar voor aanvang van de aanbestede opdracht door de aanbestedende dienst was beëindigd wegens aan de marktpartij toerekenbare omstandigheden en het niet-uitgevoerde deel van de opdracht ten minste 5% van de waarde van die opdracht was. De Poolse wetgever had zich bij de vaststelling van de nieuwe wettelijke regeling gebaseerd op artikel 45 lid 1 sub d van de Richtlijn [noot: Idem, punt 11.].

De zaak die aan het Hof werd voorgelegd betrof een aanbesteding door Poczta Polska, een aanbestedende dienst in de

zin van Richtlijn 2004/17/EG. Poczta Polska maakte gebruik van een erkenningsregeling zoals bedoeld in artikel 53 van de Richtlijn 2004/17/EG. Conform (het Poolse equivalent van) artikel 53 lid 3 en 54 lid 4 van de Richtlijn 2004/17/EG omvatten de criteria van de erkenningsregeling de uitsluitingsgronden van artikel 45 van de Richtlijn 2004/18, onder de daarin genoemde voorwaarden. Poczta Polska had met verwijzing naar artikel 24, lid 1, punt 1 sub a van de Poolse Overheidsopdrachtenwet twee inschrijvers uitgesloten. Deze inschrijvers, Forposta SA en ABC Direct Contact sp. Z o.o. hebben tegen deze beslissing beroep ingesteld. De betreffende rechtelijke instantie, de Krajowa Izba Odwoławcza [noot: Het betreft een orgaan dat op grond van de Poolse Overheidsopdrachtenwet bij uitsluiting bevoegd was om in eerste aanleg

kennis te nemen van aanbestedingsgeschillen. Dat het orgaan tevens een adviserende taak heeft deed niet af aan het oordeel van het HvJ EU dat het orgaan een rechtelijke instantie is in de zin van artikel 267 VWEU, heeft vervolgens een prejudiciële vraag aan het Hof gesteld, die er op neer kwam of de betreffende wetsbepaling verenigbaar was met artikel 45 lid 2 sub d van de Richtlijn 2004/18/EG.

Onder punt 25 tot en met 30 van de uitspraak geeft het Hof een stapsgewijze uitleg van de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45 lid 2 onder d van de Richtlijn. Als eerste stelt het Hof vast dat de Richtlijn in sub b niet verwijst naar nationale regelingen en wettelijke regelingen, zoals in de uitsluitingsgronden onder a, b, e en f wel gebeurt. Voor sub d geldt dat de Lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en met eerbieding van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van het lid bepalen. Het Hof vervolgt dat de begrippen uit sub d ("ernstige", "fout", "bij de beroepsuitoefening") derhalve worden gepreciseerd en verduidelijkt naar nationaal recht, echter met eerbieding van het Unierecht. Daarbij verduidelijkt het Hof dat het begrip "fout bij de beroepsuitoefening" méér omvat dan enkel het schenden van tuchtrechtelijke normen die worden vastgesteld door een tuchtcollege of een in kracht van gewijsde gegaane rechtelijke beslissing. Een fout bij de beroepsuitoefening omvat elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktpartij. [noot: Idem, punt 27.] Bovendien kunnen aanbestedende diensten een fout bij de beroepsuitoefening vaststellen op elke grond die zij aanmerkelijk kunnen maken: daar is dus geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis voor nodig. [noot: Idem, punt 28. Ter vergelijking: de Voorzieningenrechter te Maastricht oordeelde in het vonnis van 9 maart 2006 (LJN: AV4205) dat het bij een ernstige fout dient te gaan om een fout die als zodanig bij rechterlijk vonnis of een vergelijkbare werking is bestempeld, waarbij een beslissing met vergelijkbare werking een onherroepelijk besluit (van de NMa) zou kunnen zijn. Aangezien de partij in kwestie beroep had ingesteld tegen een door de NMa opgelegde boete, was daarom (nog) geen sprake van een ernstige fout als bedoeld in de 'd-grond' (r.o. 3.3.2). De Voorzieningenrechter van de rechtbank Arnhem oordeelde in het vonnis van 27 november 2009 wel

correct, dat voor de toepassing van (in casu) artikel 2.7.4 sub d ARW 2005 niet vereist was dat de betreffende inschrijver eerst bij onherroepelijk vonnis veroordeeld moest zijn (Janssen de Jong Infra B.V. / Provincie Gelderland, LJN: BV8355).] Ook de niet-nakoming door een marktpartij van zijn contractuele verplichtingen kan in principe worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening, aldus het Hof. [noot: Zie punt 29 van de uitspraak.]

Het Hof legt in de uitspraak Poczta Polska voorts het begrip "ernstige fout" uit. Een onjuistheid, onnauwkeurigheid of gebrek in de uitvoering van een overeenkomst of een deel daarvan kan wijzen op een beperkte vakbekwaamheid, maar dit staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout. Het begrip "ernstige fout" ziet gewoonlijk op gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst, aldus het Hof. [noot: Zie punt 30 van de uitspraak.]

Het Hof vervolgt – in navolging van ondermeer de arresten Michaniki, Fabricom en SECAP [noot: HvJ EU 16 december 2008, C-213/07 (Michaniki); HvJ EU 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (Fabricom); HvJ EU 15 mei 2008, C-147/06 (SECAP).] – dat in principe alleen kan worden vastgesteld dat sprake is van een "ernstige fout" als het gedrag van de betreffende marktpartij in concreto en individueel wordt beoordeeld. Het Poolse wetsartikel bevatte een automatische uitsluiting indien een overeenkomst met de betreffende marktpartij in de drie jaar voorafgaande aan de opdracht was beëindigd door de aanbestedende dienst wegens toerekenbare omstandigheden. Het Hof oordeelde dat de voorwaarde dat sprake moest zijn van "toerekenbare omstandigheden" aanzienlijk ruimer was en situaties kan omvatten die veel verder gaan dan gedrag van de betrokken marktpartij dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Ook de automatische uitsluiting op grond van de in de wetsbepaling opgenomen parameters maakte dat de Poolse regeling de beoordelingsmarge overschreed waarover de Lidstaten beschikken in het kader van de in artikel 45 lid 2 onder d van de Richtlijn opgenomen uitsluitingsgrond.

Past performance kent twee kanten. Past performance wordt gebruikt voor de situatie dat een aanbesteder een marktpartij met wie hij slechte ervaringen heeft, wil uitsluiten. Past performance wordt ook toegepast om vooral zaken te doen met

marktpartijen die eerder goed hebben gepresteerd ("prestatieladders"). De onderhavige uitspraak van het Hof geeft aan dat de eerstgenoemde toepassing van past performance – uitsluiten wegens eerdere negatieve ervaringen – in principe mogelijk is op basis van de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 45 lid 2 onder d van de Richtlijn. Bij de implementatie van de Richtlijn 2004/18/EG in Nederland is artikel 45 lid 2 onder d van de Richtlijn overgenomen in artikel 45 lid 3 onder d van het Besluit aanbestedingsregels overheidsopdrachten (Bao). Het is voor Nederlandse aanbestedende diensten dus mogelijk om op grond van artikel 45 lid 3 onder d Bao past performance te gebruiken als uitsluitingsgrond omdat sprake is van een "ernstige fout bij zijn beroepsuitoefening". Het moet dan gaan om onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktpartij, welk gedrag wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst.

In de nieuwe Aanbestedingswet is de mogelijkheid van artikel 45 lid 2 onder d van de Richtlijn opgenomen in artikel 2.87 lid 1 sub c. In de toelichting bij de totstandkoming van de wet is een opsomming gegeven van de meest in aanmerking komende gedragingen voor toepassing van het criterium ernstige beroepsfout. Het betreft: overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijttijdenwet, overtredingen van de Mededingingswet en het hebben begaan van een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid. [noot: Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2009–2010, 32 440, nr. 3, p. 80.] Naar mijn mening sluiten deze voorbeelden aan bij de hiervoor aangehaalde en door het Hof geformuleerde maatstaf, dat het moet gaan om onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktpartij, welk gedrag wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Onder de nieuwe Aanbestedingswet worden overtredingen van de Mededingingswet meegenomen bij de aanvraag voor een gedragsverklaring aanbesteden. Artikel 2.89 lid 2 Aanbestedingswet bepaalt in dit kader dat een inschrijver met een gedragsverklaring aanbesteden kan aantonen dat de uitsluitingsgrond van 2.87 onderdeel c

niet op hem van toepassing is, voor zover het een onherroepelijke veroordeling of een onherroepelijke beschikking wegens overtreding van mededingingsregels betreft. In de Memorie van Toelichting is expliciet toegevoegd dat wanneer het andere gedragingen betreft, de aanbestedende dienst aannemelijk moeten maken dat de ernstige beroepsfout zich voordoet. Daar zijn geen bewijsstukken bij voorgeschieden.

Volledigheidshalve vermeld ik hier dat in artikel 2.87 van de nieuwe Aanbestedingswet een terugkijktijd van vier jaar is opgenomen. In de onderhavige uitspraak van het Hof komt een (maximale) terugkijktijd van niet aan bod. De periode van 4 jaar beperkt de duur dat daden uit het verleden een marktpartij blijven achtervolgen bij aanbestedingen. Het betreft dus geen automatisme of algemene parameter zoals in de Poolse wetgeving het geval was. De termijn is naar ik meen dan ook geen overschrijding van de bevoegdheid die Nederland op basis van de Richtlijn heeft gekregen. Het gebruiken van de ernstige beroepsfout voor het uitsluiten van marktpartijen waar de aanbestedende dienst in het verleden ronduit slechte ervaringen heeft gehad, lijkt in Nederland nog niet breed te worden toegepast. Op het PIANOo-congres in 2011 heeft de gemeente Heerlen een presentatie gegeven over haar systeem om via past performance marktpartijen bij aanbestedingen te kunnen uitsluiten. [noot: Zie <http://www.pianoo.nl/document/4426/>

past-performance-praktisch-toegepast.] In de literatuur is uitsluiting wegens past performance ook reeds in het licht van de uitsluitingsgrond van artikel 45 lid 3 sub d Bao geplaatst. [noot: Charles Petit, Past en Present Performance, TBR augustus 2010, p. 772-783. In het artikel worden past en present performance geplaatst binnen de aanbestedingsrechtelijke aspecten van uitsluiting, selectie en gunning.]

Bij het systeem van de gemeente Heerlen worden alle opdrachten met een waarde van meer dan € 10.000,— excl. BTW geëvalueerd. Indien de opdrachtnemer tekort is geschoten worden strafpunten toegekend, variërend van 1 punt bij een beperkte tekortkoming tot 5 punten voor een ernstige tekortkoming. Bij 6 strafpunten is sprake van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening. Indien aan een marktpartij strafpunten worden toegekend gebeurt dat in een gemotiveerde schriftelijke beslissing, waartegen een zienswijze kan worden ingediend. Het College van B&W beslist vervolgens met inachtneming van de zienswijze of de strafpunten definitief worden opgelegd.

De uitvoering van dit systeem lijkt mij in de praktijk tamelijk ingewikkeld vanwege de combinatie van beleidregels die via bestuurlijke weg moeten worden vastgesteld en de beroepsmogelijkheid die marktpartijen wordt geboden. Verder tellen meerdere beperkte tekortkomingen via een punten-telling op tot het puntentotaal dat conform de beleidregel (automatisch) leidt tot de

kwalificatie "ernstige fout bij de beroepsuitoefening". Het optellen van beperkte tekortkomingen past naar mijn mening niet goed binnen de gedachte van de door het Hof geformuleerde maatstaf. Het Hof lijkt naar ik meen één ernstig negatieve ervaring te bedoelen met zijn maatstaf dat het moet gaan om onrechtmatig gedrag waarbij sprake was van kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Ook het automatisme van de puntentelling is naar ik meen strijdig met de uitleg die het Hof in de onderhavige uitspraak heeft gegeven.

Naar mijn mening biedt de huidige uitspraak van het Hof desondanks een handvat voor de toepassing van past performance als uitsluitingsgrond. Centraal staat een concrete en individuele toetsing van de mogelijke fouten van een marktpartij. In de Memorie van Toelichting bij de nieuwe Aanbestedingswet is in dit kader het voorbeeld genoemd van een tekortkoming bij de uitvoering van een overeenkomst die zo ernstig was dat ook sprake was van een onrechtmatige daad, waarbij tevens ernstige schade (al dan niet bij derden) is ontstaan. Als een aanbestedende dienst aannemelijk maakt dat het gaat om onrechtmatig gedrag waarbij sprake was van kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst, dan kan de aanbestedende dienst een marktpartij vanwege een dergelijke omstandigheid uitsluiten bij de aanbesteding omdat sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening.

Agenda

Leergang Aanbestedingsrecht

Datum: februari-september 2013 (6 dagdelen)
 Locatie: Waardenburg
 Prijs: € 2.100
 Organisatie: Academie voor de Rechtspraak
 Contact: info@avdr.nl

Introductory and Practitioners Seminar: European Public Procurement Rules, Policy and Practice

Datum: 20-22 februari 2013
 Locatie: Maastricht
 Prijs: € 1.125
 Organisatie: EIPA
 Contact: d.claessens@eipa.eu

Leergang Aanbestedingsrecht voor juristen

Data: maart tot en met juni 2013 (14 dagdelen)
 Locatie: Amsterdam
 Prijs: € 4.450
 Organisatie: VU Law Academy
 Contact: vula@rechten.vu.nl

Basiscursus EMVI

Datum: 4 maart 2013
 Locatie: Baarn
 Prijs: € 295
 Organisatie: VdLC
 Contact: vdLC@bart.nl

Verdiepingcursus Actualiteiten in het Aanbestedingsrecht

Datum: 6, 13 en 20 maart 2013
 Locatie: Utrecht
 Prijs: € 1.675
 Organisatie: Instituut voor Bouwrecht
 Contact: onderwijs@ibr.nl

De inschrijvingsfase: veel gemaakte fouten

Datum: 6 maart 2013
 Locatie: Utrecht
 Prijs: € 395
 Organisatie: Instituut voor Bouwrecht
 Contact: onderwijs@ibr.nl