

ring slaagt niet. Daargelaten dat een deel van die vordering identiek is aan de primaire vordering, ziet de rechter ook geen aanleiding voor de gevorderde uitsluiting van Ziegler. De stelling van Tramacon dat sprake is van verstoring van de mededinging omdat de Politie recentelijk heeft gewerkt met materiaal van Ziegler volstaat daartoe niet. De Politie heeft bij gebrek aan eigen materiaal noodgedwongen materiaal geleend van naburige korpsen in Duitsland en België. Zij heeft daardoor tijdelijk de beschikking gekregen over diverse waterwerpers van verschillende merken, waaronder Ziegler. De inzet van deze geleende voertuigen is gebaseerd op geldende verdragen en is gedaan met bemanning van het land van herkomst onder leiding van een Nederlandse commandant. Daarnaast is juist dat er in 2022 enkele malen getraind is met collega's uit buurlanden, die daarbij hun eigen materieel hebben meegenomen, maar ook dat levert geen marktverstoring op. Dergelijke trainingen zijn niet ongebruikelijk en daarvoor waren overigens ook Poolse collega's uitgenodigd, die hun eigen merk materieel zouden meenemen, maar die bleken verhinderd. Van verstoring van de mededinging bij de aankoop van nieuwe waterwerpers en bevoordeling van Ziegler ten koste van anderen is dus geen sprake. Evenmin dient Ziegler te worden uitgesloten omdat zij behoort tot een Chinees concern. Het is niet aan Tramacon maar aan de Politie om te beoordelen of aankoop van materiaal van Ziegler een gevaar oplevert voor de nationale veiligheid en daarover zo nodig (politiek) advies te vragen. De Politie heeft de belangen ter zake zorgvuldig afgewogen en is op grond daarvan tot het oordeel gekomen dat het leveren van waterwerpers door Ziegler aanvaardbaar is. Er is voorshands geen concrete aanleiding om te veronderstellen dat sprake is geweest van een ondeugdelijke belangenafweging, zodat op die grond evenmin kan worden ingegrepen. Dat sprake is van ongeoorloofde staatsteun aan de zijde van Ziegler en Ziegler daarom moet worden uitgesloten, wordt verworpen. Tramacon heeft die stelling in het licht van de gemotiveerde betwisting van de Politie onvoldoende aannemelijk gemaakt. Het kort geding leent zich niet voor nader feitenonderzoek en bewijslevering op dit punt.

Beslissing

De rechter wijst de vorderingen af.

TRAMACON B.V. te Horn,
eiseres,
advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam,
tegen
de POLITIE te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mrs. I.J. van den Berge en M.A. Visser te
Zwolle.

De volledige uitspraak is te raadplegen op
opmaat.sdu.nl.

172

Uitsluiting van aanbestedingsprocedure vanwege tekortkomingen in eerdere opdracht

Rechtbank Den Haag
30 mei 2023, C/09/645184 / KG ZA 23-255,
ECLI:NL:RBDHA:2023:10032
(mr. T.F. Hesselink)
Noot mr. I. Neddaoui-Docter, mr. T. van Wijk

Facultatieve uitsluitingsgronden. Past performance. Uitsluiting.

De Staat heeft een openbare aanbestedingsprocedure gehouden voor het verlenen van een opdracht voor het onderhoudsbaggerwerk verdiepte Eemsgeul volgens de openbare procedure overeenkomstig het ARW 2016. Het gunningscriterium is de EMVI op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Eiseres heeft op 24 november 2022 een brief gestuurd aan de Staat inzake de aanbesteding. Daarin heeft zij, verkort weergegeven, vermeld dat zij zich niet kan vinden in de voortijdige beëindiging van de overeenkomst onderhoud Vaargeul IJmuiden en dat zij uit dien hoofde geen "zelfreinigende maatregelen" heeft genomen zoals die in een UEA worden benoemd. De Staat heeft daarna op 19 december 2022 een bericht gestuurd aan eiseres waarin de Staat eiseres in de gelegenheid stelt om aan te tonen dat zij voldoende, concrete, technische, organisatorische en personele maatregelen heeft getroffen om haar betrouwbaarheid in de uitvoering van het contract te bewijzen.

De Staat heeft op 2 maart 2023 aan eiseres bericht dat zij wordt uitgesloten van verdere deelname

aan de aanbesteding, omdat op haar van toepassing is de in art. 3.1 lid 1 van de aanbestedingsleidraad vermelde uitsluitingsgrond. Volgens de Staat staat vast dat deze uitsluitingsgrond van toepassing is, omdat de overeenkomst IJmuiden met ingang van 24 januari 2022 vroegtijdig is ontbonden vanwege aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen in de uitvoering van die overeenkomst. Van de uitsluiting kan worden afgezien indien eiseres naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft getroffen om het geschonden vertrouwen te herstellen. De Staat stelt eiseres in de gelegenheid te hebben gesteld om dit te onderbouwen en verduidelijken.

Eiseres vordert primair de Staat te gebieden het besluit van 2 maart 2023 tot uitsluiting van eiseres in te trekken en de Staat te gebieden de inschrijving van eiseres te betrekken in de verdere beoordeling.

Beoordeling

In de aanbestedingsleidraad is opgenomen dat een ondernemer die zich bevindt in één of meer van de omstandigheden als genoemd in de artikelen 2.13.1 tot en met 2.13.5 of 2.13.7 ARW 2016 wordt uitgesloten van deelneming aan de aanbestedingsprocedure. Art. 2.13.7 sub g ARW 2016 bepaalt dat de aanbesteder de voor de verlening van de opdracht in aanmerking komende ondernemer kan uitsluiten van deelneming aan de procedure op de grond dat de ondernemer blijk heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere opdracht en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties. De Staat heeft gesteld dat deze situatie hier van toepassing is vanwege de ontbinding van de overeenkomst IJmuiden. Eiseres is weliswaar van mening dat die overeenkomst ten onrechte is ontbonden, maar zij heeft nagelaten om aan de hand van concrete feiten en omstandigheden aannemelijk te maken dat zij in die overeenkomst niet aanzienlijk of voortdurend is tekortgeschoten in de hiervoor bedoelde zin. Aldus heeft eiseres onvoldoende weersproken dat de Staat een beroep kan doen op dit artikel.

Uit het bepaalde in art. 2.87a Aw en art. 2.13.11 ARW 2016 volgt dat de Staat, indien hij meent dat sprake is van een ondernemer waarop de ge-

noemde uitsluitingsgrond van toepassing is, deze in de gelegenheid moet stellen te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. De Staat heeft eiseres deze gelegenheid geboden, eiseres heeft daar gebruik van gemaakt, de Staat heeft beoordeeld wat eiseres naar voren heeft gebracht en hij heeft vervolgens gemotiveerd aan eiseres medegedeeld waarom bij de genomen maatregelen onvoldoende acht. De Staat heeft dus in zoverre aan zijn verplichtingen voldaan. Uit de correspondentie blijkt dat de Staat, mede gelet op hetgeen zich heeft voorgedaan bij de overeenkomst IJmuiden, met name/in het bijzonder van belang heeft geacht de capaciteit waarover eiseres kan beschikken, de berekende inzet van het nieuwe schip en het realiteitsgehalte van de gemaakte planning.

De Staat heeft in de brief 2 maart 2023 gemotiveerd gesteld dat en waarom zij op deze gebieden tot andere conclusies komt dan waartoe eiseres komt. De Staat heeft daarbij verklaard dat hij tot deze conclusies is gekomen op basis van een beoordeling door haar eigen deskundigen van de door eiseres opgestuurde informatie, waarbij de bevindingen van die deskundigen ook nog door een externe expert zijn geverifieerd. De rechter acht, mede gelet op de door de Staat ter zitting in dit geding gegeven gemotiveerde toelichting omtrent wat deze onderzoeken hebben ingehouden, voldoende aannemelijk geworden dat deze onderzoeken hebben plaatsgevonden, dat deze dezelfde uitkomst hadden en dat de Staat daarop zijn conclusies heeft gebaseerd.

Conclusie

Gelet op al het vorenstaande volgt de rechter eiseres niet in haar conclusie dat de beslissing van de Staat van 2 maart 2023 geen stand kan houden. De primaire noch de subsidiaire vordering van eiseres is vatbaar voor toewijzing daarvan in dit kort geding.

[de VOF] te [plaats 1],

eiseres,

advocaten mrs. J. Haest en R.Q. Janus te Den Haag,

tegen

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat) te Den Haag, gedaagde,

advocaten mrs. A.C.M. Remmé en F.J. Lewis te Den Haag,
 waarin is tussengekomen:
[de B.V.] te [plaats 2],
 advocaat mr. R.G.T. Bleeker te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als ‘[eiseres]’, ‘de Staat’ en ‘[de B.V.]’.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met de daarbij en nadien overgelegde producties;
- de akte houdende een wijziging van eis;
- de door de Staat overgelegde conclusie van antwoord met producties;
- de incidentele conclusie tot tussenkomsst dan wel voeging;
- het e-mailbericht met bijlagen van 11 mei 2023 van de zijde van [de B.V.] , houdende een verzoek om de producties die niet aan haar zijn verstrekt en de zwart gemaakte passages in de aan haar verstrekte stukken buiten beschouwing te laten;
- het e-mailbericht van 11 mei 2023 van de zijde van [eiseres] , waarin wordt bericht dat enkele eerder zwartgemaakte passages alsnog zichtbaar zijn gemaakt en waarin wordt gereageerd op voormeld verzoek;
- de brief van 15 mei 2023 van [eiseres] houdende een eiswijziging;
- de op 16 mei 2023 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door alle partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Tijdens de zitting is vonnis bepaald op vandaag.

2. Het incident tot tussenkomsst dan wel voeging en het verzoek om stukken buiten beschouwing te laten

2.1. [de B.V.] heeft gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen [eiseres] en de Staat dan wel zich te mogen voegen aan de zijde van de Staat. Ter zitting hebben [eiseres] en de Staat verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomsst. [de B.V.] is vervolgens toegelaten als tussenkomsstende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat de tussenkomsst aan een voortvarende afdoening van dit kort geding in de weg staat. Hierdoor ontstaat er ook

geen strijd met de goede procesorde in het algemeen.

2.2. [de B.V.] heeft verzocht om de producties die [eiseres] niet aan haar heeft verstrekt en de zwartgemaakte teksten in de dagvaarding en in de wel aan haar verstrekte producties buiten beschouwing te laten bij de beoordeling van de vorderingen van [eiseres]. [de B.V.] stelt daartoe dat zij recht heeft op het hele procesdossier en bij gebreke daarvan onvoldoende in staat is om verweer te voeren. [eiseres] heeft bezwaar gemaakt tegen toewijzing van dat verzoek. De voorzieningenrechter gaat aan dit verzoek voorbij, omdat [de B.V.] daar geen belang bij heeft. De voorzieningenrechter zal haar oordeel niet ten nadele van [de B.V.] baseren op die bescheiden en/of gegevens waarover [de B.V.] niet beschikt (zie artikel 19 Rv) en die ter zitting niet zijn besproken.

3. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

3.1. De Staat heeft een Europese aanbesteding gehouden voor het verlenen van een opdracht voor het onderhoudsbaggerwerk verdiepte Eemsgul volgens de openbare procedure overeenkomstig het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016), hierna te noemen: de aanbesteding of de aanbestedingsprocedure. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. In de aanbestedingsleidraad worden diverse uitsluitingsgronden genoemd, waaronder in 3.1 lid 1: “Een ondernemer die zich bevindt in één of meer van de omstandigheden genoemd in de artikelen 2.13.1 tot en met 2.13.5 of 2.13.7 van het ARW 2016 wordt uitgesloten van deelneming aan de aanbestedingsprocedure, overigens onverminderd het bepaalde in artikel 2.13.12 van het ARW 2016. (...)”

3.2. [eiseres] heeft een inschrijving ingediend voor de aanbesteding. In het daarbij over te leggen Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) heeft [eiseres] bij het onderdeel Prestaties uit het verleden “ja” aangekruist bij de vraag “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?” Daarbij heeft

[eiseres] in de daartoe bestemde ruimte de volgende nadere omschrijving toegevoegd: *”Een contract inzake het baggeren van de vaargeul in Noordzee ter hoogte van IJmuiden is door Rijkswaterstaat op 24-12-2021 voortijdig beëindigd. [eiseres] kan zich niet in vinden in deze beëindiging en legt deze thans voor aan de bevoegde rechter. Gelet op het feit dat de zaak nog niet is beslist, zijn er (nog) geen “zelfreinigende” maatregelen genomen”. Bij de vraag “Heeft de ondernemer zelfreinigende maatregelen genomen?” heeft [eiseres] geantwoord “Nee”.*

3.3. De inschrijvingen zijn op 21 november 2022 geopend. Daarvan is een proces-verbaal opge maakt.

3.4. [eiseres] heeft op 24 november 2022 een brief gestuurd aan de Staat inzake de aanbesteding. Daarin heeft zij, verkort weergegeven, vermeld dat zij zich niet kan vinden in de voortijdige beëindiging van de overeenkomst onderhoud Vaargeul IJmuiden (hierna: de overeenkomst IJmuiden) en dat zij uit dien hoofde geen “zelfreinigende maatregelen” heeft genomen zoals die in een UEA worden benoemd. Zij stelt echter wel vooruitlopend op de uitkomst van dat geschil een aantal beheersmaatregelen te hebben genomen om de escalatie van dergelijke situaties in de toekomst te voorkomen. Zij stelt dat die maatregelen ook relevant zijn voor de aanbesteding. De maatregelen zijn volgens [eiseres] genomen op het gebied van samenstelling van haar projectteam waterbouw, op het gebied van inschrijven op aanbestedingen en in het kunnen beschikken over voldoende eigen materieel voor opdrachten. [eiseres] heeft in de brief deze maatregelen nader toegelicht. Bij de maatregel “voldoende eigen capaciteit en materieel” maakt [eiseres] melding van de vergroting van haar capaciteit voor het uitvoeren van projecten door het in de vaart nemen van het baggerschip [Baggerschip X].

3.5. De Staat heeft daarna op 19 december 2022 een bericht gestuurd aan [eiseres]. De Staat stelt [eiseres] daarin onder meer in de gelegenheid om aan te tonen dat zij voldoende, concrete, technische, organisatorische en personele maatregelen heeft getroffen om haar betrouwbaarheid in de uitvoering van het contract te bewijzen. De Staat vraagt om daarbij meer in het bijzonder in te gaan op de vragen:

“- Welke uitgangspunten worden door u gehanteerd om te bepalen of u voldoende eigen capaciteit beschikbaar heeft?

- *Wat is de door u berekende inzet van het beoogde baggervaartuig op het project Eemsgeul in kalenderdagen per jaar, uitgaande van de bij uw bedrijf gebruikelijk inzet van zes dagen per week?”*

3.6. [eiseres] heeft hier op 21 december 2022 op geantwoord. Daarbij heeft [eiseres] aangeboden om desgewenst ook de integrale planning te verstrekken. De Staat heeft op 22 december 2022 aan [eiseres] bericht dat zij graag de integrale planning ontvangt. De Staat verzoekt daarnaast de benodigde inzet te onderbouwen door een bijlage in te vullen en toe te zenden. [eiseres] heeft dat gedaan.

3.7. De Staat heeft vervolgens op 2 maart 2023 aan [eiseres] bericht dat zij wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding, omdat op haar van toepassing is de in artikel 3.1 lid 1 van de aanbestedingsleidraad vermelde uitsluitingsgrond. Volgens de Staat staat vast dat deze uitsluitingsgrond op [eiseres] van toepassing is, omdat de overeenkomst IJmuiden met ingang van 24 januari 2022 vroegtijdig is ontbonden vanwege aanzienlijke en voortdurende tekortkomingen in de uitvoering van die overeenkomst. Dat betekent volgens de Staat dat [eiseres] in uitgangspunt dient te worden uitgesloten van deelname aan de aanbesteding. Daarvan kan volgens de Staat worden afgezien indien [eiseres] naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft getroffen om het geschonden vertrouwen te herstellen. De Staat stelt [eiseres] in de gelegenheid te hebben gesteld om dit te onderbouwen en verduidelijken. Na verwijzing naar de door [eiseres] in dat kader verstrekte informatie, stelt de Staat:

“Samengevat heeft u de volgende beheersmaatregelen genoemd:

(1) *Samenstelling projectteam waterbouw: herorganisatie van de projectorganisatie*

(2) *Proces van inschrijven op aanbestedingen: toepassen van een integrale afweging/ capaciteitstoets op in te zetten materieel en vaartuigen op basis van de eigen beschikbare capaciteit*

(3) *Voldoende eigen capaciteit en materieel: uitbreiding vloot (verdubbeling) met de recente aanschaf van de [Baggerschip X] (...)*

Ten aanzien van beheersmaatregel 1 is Rijkswaterstaat van mening dat de genomen maatregel mogelijk kan bijdragen aan een betere projectbeheersing. Echter, de maatregel wordt niet concreet gemaakt door bijvoorbeeld de kennis en competenties van de

aangeboden projectteamleden te presenteren. Ook ontbreekt een uitleg over de rolverdeling en een toelichting waarom de gewijzigde rolverdeling een herhaling zou kunnen voorkomen. Overigens was de samenstelling van het projectteam niet bepalend voor de ontbinding van het contract IJmuiden, waardoor deze maatregel niet relevant is voor de vraag of daarmee herhaling van de situatie van contract IJmuiden kan worden voorkomen. Beheersmaatregelen 2 en 3 zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. De door u opgestuurde informatie, waaronder een integrale planning en productiegegevens, zijn door ter zake doende deskundigen van Rijkswaterstaat beoordeeld. De bevindingen van de deskundigen zijn voorts door een onafhankelijke externe expert geverifieerd.

Rijkswaterstaat concludeert dat er circa 28 tot 33 % meer tijd op de Eemsgeul benodigd is om de contractuele verplichtingen na te komen dan waar u vanuit bent gegaan in de productieonderbouw die wij van u ontvangen hebben.

Aangezien u heeft aangegeven dat sleepopperzuiger [Baggerschip X] voor 60% van de tijd op het onderhavige contract Eemsgeul ingezet zal worden, is de totaal beschikbare capaciteit van het schip onvoldoende om alle genoemde werken in uw integrale planning met dit schip uit te voeren. Verder is van de genoemde schepen in uw planning enkel de [Baggerschip X] geschikt om dit werk uit te voeren, vanwege de technische eis die hieraan in het contract Eemsgeul is gesteld (minimaal 6000 DWT). Ondanks dat u nu over meer eigen materieel beschikt, blijkt uit hetgeen u heeft aangeleverd dat de [Baggerschip X] meer tijd nodig heeft op het project Eemsgeul dan waar u nu vanuit bent gegaan in uw planning. Aangezien u aangeeft in uw planning dat dit schip ook op andere projecten wordt ingezet, toont u met de door u geleverde stukken onvoldoende aan dat het schip voldoende beschikbaar is voor het onderhavige contract Eemsgeul. De maatregel biedt mij derhalve onvoldoende vertrouwen dat een herhaling van de situaties die zich bij de uitvoering van het contract IJmuiden hebben voorgedaan worden voorkomen.

Dit betekent dat Rijkswaterstaat de getroffen beheersmaatregelen, zoals benoemd in uw brief d.d. 24 november 2022, onvoldoende acht en dat u op grond van artikel 2.13.7 sub g van het ARW 2016 en artikel 2.87 lid 1 sub g van de Aanbestedingswet 2012 wordt uitgesloten van verdere deelname aan deze aanbesteding.”

4. Het geschil

4.1. [eiseres] vordert, na wijziging van eis, zakelijk weergegeven:

primair

de Staat te gebieden het besluit van 2 maart 2023 tot uitsluiting van [eiseres] van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure in te trekken en de Staat te gebieden – voor zover hij de opdracht nog wenst te gunnen – de inschrijving van [eiseres] te betrekken in de verdere beoordeling, met inachtneming van hetgeen volgt uit dit vonnis;

subsidiair

de Staat te verbieden uitvoering te geven aan de ongeldigverklaring van [eiseres] en de Staat te gebieden de ongeldigverklaring daadwerkelijk en deugdelijk te motiveren, waarbij een nieuwe Alcateltermijn van twintig dagen dient te worden verstrekt;

zowel primair als subsidiair

de Staat te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, een en ander op de wijze zoals in de dagvaarding nader omschreven.

4.2. Daartoe voert [eiseres] – samengevat – het volgende aan. Bij de beantwoording van de vraag of de Staat [eiseres] terecht heeft uitgesloten van de aanbesteding gaat het – gezien hetgeen de Staat aan [eiseres] heeft bericht – alleen om de vraag of [eiseres] voldoende heeft aangetoond dat zij met het door haar nieuw aangeschafte schip voldoende capaciteit kan leveren voor het werk Eemsgeul. Dat heeft [eiseres] met de door haar overgelegde berekeningen en planningen voldoende aangetoond. Er is geen enkele reden om daaraan te twijfelen. De Staat heeft zijn standpunt dat die capaciteit onvoldoende is daartegenover niet met concrete en verifieerbare feiten onderbouwd, zodat dat niet redengevend kan zijn voor de uitsluiting. De inschrijving van [eiseres] is dus ten onrechte in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen uitgesloten van deelname aan de aanbesteding. Subsidiair is de motivering van de Staat om [eiseres] van verdere deelname uit te sluiten ontoereikend, waardoor [eiseres] zich daar onvoldoende tegen kan verweren.

4.3. De Staat en [de B.V.] voeren verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.4. [de B.V.] vordert – zakelijk weergegeven – de Staat te gelasten [eiseres] uit te sluiten van de aanbesteding, met veroordeling van [eiseres] in de proceskosten en de nakosten. Verkort weergegeven stelt [de B.V.] daartoe dat toelating van [eiseres] tot de aanbesteding in strijd zou zijn met het

gelijkheidsbeginsel en dat zij er belang bij heeft dat [eiseres] wordt uitgesloten van deelname aan de aanbesteding.

4.5. Voor zover nodig zullen de standpunten van [eiseres] en de Staat met betrekking tot de verderingen van [de B.V.] hierna worden besproken.

5. De beoordeling van het geschil

5.1. In de aanbestedingsleidraad is opgenomen dat een ondernemer die zich bevindt in één of meer van de omstandigheden als genoemd in de artikelen 2.13.1 tot en met 2.13.5 of 2.13.7 van het ARW 2016 wordt uitgesloten van deelneming aan de aanbestedingsprocedure, overigens onverminderd het bepaalde in artikel 2.13.12 van het ARW 2016. Artikel 2.13.7 sub g van het ARW 2016 bepaalt dat de aanbesteder de voor de verlening van de opdracht in aanmerking komende ondernemer kan uitsluiten van deelneming aan de procedure op de grond dat de ondernemer blijk heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere opdracht en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties. De Staat heeft gesteld dat deze situatie hier van toepassing is vanwege de ontbinding van de overeenkomst IJmuiden. [eiseres] is weliswaar van mening dat die overeenkomst ten onrechte is ontbonden, maar zij heeft nagelaten om aan de hand van concrete feiten en omstandigheden aannemelijk te maken dat zij in die overeenkomst niet aanzienlijk of voortdurend is tekortgeschoten in de hiervoor bedoelde zin. Aldus heeft [eiseres] onvoldoende weersproken dat de Staat een beroep kan doen op dit artikel.

5.2. Uit het bepaalde in de artikelen 2.87a Aw en artikel 2.13.11 van het ARW 2016 volgt dat de Staat, indien hij meent dat sprake is van een ondernemer waarop de genoemde uitsluitingsgrond van toepassing is, deze in de gelegenheid moet stellen te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. De desbetreffende ondernemer dient, om te voorkomen dat hij wordt uitgesloten, aan te tonen dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere fouten te voorkomen. De Staat beoordeelt vervolgens de door de ondernemer genomen maatregelen met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de fouten. Als de Staat de genomen maatregelen on-

voldoende acht, dan diende hij dit gemotiveerd mee te delen aan de ondernemer, dit alles op grond van de hiervoor genoemde artikelen.

5.3. De Staat heeft [eiseres] deze gelegenheid geboden, [eiseres] heeft daar gebruik van gemaakt, de Staat heeft beoordeeld wat [eiseres] naar voren heeft gebracht en hij heeft vervolgens gemotiveerd aan [eiseres] meegedeeld waarom hij de genomen maatregelen onvoldoende acht. De Staat heeft dus in zoverre aan zijn verplichtingen voldaan. De voorzieningenrechter gaat voorbij aan het betoog van [eiseres] dat van de Staat kan worden verlangd dat hij laatstgenoemde mededeling met bewijsstukken, meer in het bijzonder de uitgevoerde onderzoeken, onderbouwt. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de Staat met hetgeen hij in de brief van 2 maart 2023 naar voren heeft gebracht voldoende heeft gemotiveerd waarom hij de door [eiseres] getroffen maatregelen onvoldoende acht. Uit de correspondentie blijkt dat de Staat, mede gelet op hetgeen zich heeft voorgedaan bij de overeenkomst IJmuiden, met name/in het bijzonder van belang heeft geacht de capaciteit waarover [eiseres] kan beschikken, de berekende inzet van het nieuwe schip en het realiteitsgehalte van de gemaakte planning. De Staat heeft in de brief van 2 maart 2023 gemotiveerd gesteld dat en waarom zij op deze gebieden tot andere conclusies komt dan waartoe [eiseres] komt. De Staat heeft daarbij verklaard dat hij tot deze conclusies is gekomen op basis van een beoordeling door haar eigen deskundigen van de door [eiseres] opgestuurde informatie, waarbij de bevindingen van die deskundigen ook nog door een externe expert zijn geverifieerd. De voorzieningenrechter acht, mede gelet op de door de Staat ter zitting in dit geding gegeven gemotiveerde toelichting omtrent wat deze onderzoeken hebben ingehouden, voldoende aannemelijk geworden dat deze onderzoeken hebben plaatsgevonden, dat deze dezelfde uitkomst hadden en dat de Staat zijn conclusies daarop heeft gebaseerd. De voorzieningenrechter volgt [eiseres] daarom niet in haar conclusie dat de beslissing van de Staat van 2 maart 2023 geen stand kan houden.

5.4. Overigens heeft de Staat in deze procedure naar voren gebracht dat de reden voor uitsluiting breder is dan alleen het oordeel dat [eiseres] onvoldoende capaciteit heeft voor de uitvoering van de opdracht. De Staat heeft diverse omstandigheden genoemd die er volgens hem toe leiden dat hij de door [eiseres] getroffen beheersmaatregelen

onvoldoende acht om het vertrouwen te hebben dat een herhaling van de problemen bij de overeenkomst IJmuiden is uitgesloten. De Staat stelt dat dit ook aan de orde is gekomen tijdens de gesprekken die partijen met elkaar hebben gevoerd. Nu echter niet duidelijk genoeg uit de brief van 2 maart 2023 blijkt dat de Staat zijn beslissing mede hierop heeft gebaseerd, heeft de voorzieningenrechter daar bij de onder 5.3 vermelde beoordeling geen acht op geslagen.

5.5. Indien daar echter wel acht op zou worden geslagen – wat gezien het wettelijk kader wel voor de hand zou liggen – maakt dat de beslissing tot uitsluiting temeer begrijpelijk. Daarbij acht de voorzieningenrechter met name van belang de houding van [eiseres] ten aanzien van de beëindiging van de overeenkomst IJmuiden, waar de Staat ook aan heeft gerefereerd. Uit niets blijkt dat [eiseres] zichzelf in dat kader iets aanreken. Dat staat [eiseres] overigens vrij, maar zij is tot op heden geen procedure gestart tegen de beëindiging door de Staat, zodat deze vooralsnog als een gegeven moet worden beschouwd. [eiseres] stelt voorts in het UEA dat zij (nog) geen zelfreinigende maatregelen heeft getroffen omdat zij het niet eens is met de beëindiging. Zij is daarna ook niet direct op eigen initiatief met een uitgebreide onderbouwing gekomen van de maatregelen die zij vervolgens tóch stelt te hebben getroffen. Dat was echter wel aan haar en het moet daarbij dan ook gaan om concrete maatregelen, die specifiek geschikt zijn om verdere fouten te voorkomen. De Staat heeft dit een en ander kunnen meewegen bij de door hem uit te voeren beoordeling. De Staat heeft naar voorshands oordeel mede op grond daarvan kunnen concluderen dat [eiseres] onvoldoende heeft aangetoond dergelijke maatregelen te hebben getroffen.

5.6. Gelet op al het vorenstaande is de primaire noch de subsidiaire vordering van [eiseres] vatbaar voor toewijzing daarvan in dit kort geding.

5.7. Nu de Staat [eiseres] heeft uitgesloten van deelname aan de aanbesteding én voornemens is die uitsluiting te handhaven, brengt voormelde beslissing mee dat [de B.V.] geen belang (meer) heeft bij toewijzing van haar vordering, zodat ook deze zal worden afgewezen.

5.8. [de B.V.] zal worden veroordeeld in de kosten van de Staat, welke kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat de Staat als gevolg van deze vorderingen extra kosten heeft moeten maken. Ondanks de afwijzing moet [eiseres] in haar

verhouding tot [de B.V.] worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij. Het doel van [de B.V.] was immers te voorkomen dat het besluit tot uitsluiting van [eiseres] zou worden ingetrokken, welk doel is bereikt. [eiseres] zal dan ook worden veroordeeld in de proceskosten van [de B.V.] . Onder de proceskosten vallen ook de nakosten. De nakosten worden begroot op het bedrag genoemd in het liquidatietarief civiel (per 1 februari 2023: € 173). In geval van betekening worden een extra bedrag aan salaris (per 1 februari 2023: € 90) en de exploitkosten van betekening toegekend. Voorts zal [eiseres] , als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten en de nakosten aan de zijde van de Staat. Aan de Staat dienen de proceskosten en de nakosten die zijn begroot op € 173 te worden betaald binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken. De nakosten die zijn begroot op € 90 en de exploitkosten dienen te worden betaald binnen veertien dagen na de betekening van dit vonnis. Bij gebreke van tijdige betaling is [eiseres] aan de Staat de wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten verschuldigd, een en ander zoals door de Staat is gevorderd.

6. De beslissing

De voorzieningenrechter:

6.1. wijst het door [eiseres] en door [de B.V.] gevorderde af;

6.2. veroordeelt [de B.V.] voor wat betreft de door haar ingestelde vorderingen jegens de Staat in de kosten van de Staat, tot dusver begroot op nihil;

6.3. veroordeelt [eiseres] in de overige proceskosten, tot dusver begroot aan de zijde van zowel de Staat als [de B.V.] telkens op € 1.755, waarvan € 676 aan griffierecht en € 1.079 aan salaris advocaat, te vermeerderen met nakosten zoals vermeld in 5.8;

6.4. bepaalt dat de verschuldigde proceskosten en de nakosten die zijn begroot op € 173 aan de Staat dienen te worden voldaan binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken. De nakosten die zijn begroot op € 90 en de exploitkosten dienen aan de Staat te worden betaald binnen veertien dagen na de betekening van dit vonnis. Bij gebreke van tijdige betaling is [eiseres] de wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten aan de Staat verschuldigd;

6.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Past performance: verplichte keuze tussen procederen of boetekleed?

De *past performance* uitsluitingsgrond is de nieuwste loot aan de stam van uitsluitingsgronden die ook volop in de belangstelling staat.¹ Hoewel de lat volgens de tekst van de wet en de memorie van toelichting hoog ligt – het zou om een *uitzonderlijke situatie* moeten gaan² –, lijkt de kort gedingrechter in deze zaak vrij snel aan te nemen dat sprake is van negatieve *past performance*.³ Wordt de lat hiermee lager gelegd? Daarnaast is interessant de vraag of de beslissing van de inschrijver om geen rechtsmaatregelen te treffen tegen een vroegtijdige beëindiging, opgelegde schadevergoeding of andere sanctie betekent dat de negatieve *past performance* (nagenoeg) vaststaat? En wat als er opgekomen wordt tegen een opgelegde sanctie, kan er dan nog wel met overtuiging worden gesteld dat in het kader van *self-cleaning* voldoende maatregelen zijn getroffen, ook als daarbij geen boetekleed wordt aangetrokken? Kortom, moet je kiezen tussen deze twee strategieën (wij menen van niet).

Hoe hoog ligt de lat?

Voor de toepassing van de *past performance* uitsluitingsgrond moet sprake zijn van (1) een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming (2) bij de

uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht⁴ (3) wat heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties. De considerans van de richtlijn beschrijft dat sprake moet zijn van een “*grove wanprestatie*”, zoals “*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*”.⁵ Er moet sprake zijn van een ‘uitzonderlijke situaties’.⁶ Een aanbestedende dienst heeft een ruime beoordelingsvrijheid als het gaat om het toepassen van de *past performance* uitsluitingsgrond.⁷ Daarnaast is de zwaarte van de rechterlijke toets in kort geding beperkt. Een kort geding leent zich immers niet voor een volledige toets van de tekortkoming en de gevolgen daarvan in de eerdere overeenkomst. Ook uit het *Delta*-arrest blijkt dat de rechter niet volledig toetst of sprake is van een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming. Een vaststelling dat sprake is van een tekortkoming die een negatieve invloed heeft gehad op de uitvoering van de opdracht zou volgens het Europese Hof van Justitie voldoende zijn.⁸ Hiermee komt de lat, naar wij menen, lager te liggen. Een negatieve invloed op de uitvoering kan immers ook minimaal zijn (denk bijvoorbeeld aan een eenmalige niet-tijdige levering); is er dan wel sprake van een ‘aanzienlijke’ of ‘voortdurende’ tekortkoming?

Uit het vonnis blijkt niet dat een (uitgebreid) debat is gevoerd over de toepasselijkheid van de uitsluitingsgrond. Volgens de Haagse rechter is de inschrijver er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat géén sprake was van een aanzienlijke

1 Zie bijvoorbeeld J.W.A. Meesters, Past performance – een evaluatie van de eerste uitspraken over deze uitsluitingsgrond, «JAAN» 2019/904, J.M. Hebly, Uitsluiting door Past Performance, TBR 2018/183. C.A.M. Lombert, Past Performance als uitsluitingsgrond: waar staan we?, Tender Nieuwsbrief 2020/5. Deze uitsluitingsgrond is met de wijziging in 2016 ingevoerd. De hier geannoteerde uitspraak ziet ook op art. 2.13.11 van het ARW 2016, maar gelet op de woordelijke gelijkheid van dit artikel wordt in deze annotatie steeds alleen gerefereerd aan art. 2.87 lid 1 sub g Aw 2012.

2 *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 70.

3 R.o. 5.1 van de geannoteerde uitspraak. Zie ook Rb. Den Haag 5 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2019:14608, «JAAN» 2020/48 m.nt. Gelderman en Vermeulen en in hoger beroep Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851, «JAAN» 2020/93 m.nt. Gelderman en Vermeulen.

4 Of opdracht van een speciale-sectorbedrijf of concessie.

5 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 101.

6 *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 70.

7 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, pt. 30 (Meca) en Hof van Justitie EU 3 oktober 2019, nr. C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 (Delta), punt 29. Zie ook HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (Forposta), r.o. 27 in het kader van de ernstige beroepsfout.

8 Hof van Justitie EU 3 oktober 2019, nr. C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 (Delta), punt 31-33. Het Hof noemt ook nog de toets of met de tekortkoming sprake is van een wezenlijke wijziging.

of voortdurende tekortkoming.⁹ We vragen ons af of dat de juiste maatstaf is en (na betwisting door de uitgesloten inschrijver) het niet juist de aanbestedende dienst is die aannemelijk zou moeten maken dat de uitsluitingsgrond van toepassing is. De voorzieningenrechter in kort geding is immers niet gebonden aan de 'wie eist, bewijst' hoofdregel van 151 Rv.¹⁰ Bepalend in kort geding is steeds of feiten die relevant zijn voor de toewijsbaarheid van het gevorderde voldoende aannemelijk zijn geworden op grond van hetgeen beide partijen naar voren hebben gebracht en met bewijsmateriaal onderbouwd. Uit het feitenrelaas leiden we af dat bij de uitvoering van de eerdere opdracht het baggerschip onvoldoende beschikbaar is geweest en dat dat als 'aanzienlijke of voortdurende tekortkoming' wordt aangemerkt. Tenzij sprake is geweest van niet-uitvoering of een zodanig beperkte uitvoering dat de baggerwerkzaamheden onvoldoende waren om het beoogde doel te bereiken, is het de vraag of de tekortkoming is aan te merken als een 'grove wanprestatie' en of daarmee aannemelijk is geworden dat is voldaan aan de hoge lat van art. 2.87 Aw 2012.

Uit deze en andere zaken blijkt dat de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst en de beperkte toetsing in een kort geding invloed heeft op de slagingskans van een beroep op de toepassing van de *past performance* uitsluitingsgrond. Gevolg is dat in de kort gedingpraktijk meestal de aanbestedende dienst in het gelijk wordt gesteld met betrekking tot zijn beslissing om al dan niet uit te sluiten op grond van *past performance*. Voor een daadwerkelijk inhoudelijke toets van de *past performance* uitsluitingsgrond is het wachten op een bodemprocedure waarin dit aan de orde wordt gesteld.

Procederen om *past performance* te voorkomen?

In deze zaak was het dus aan de inschrijver om in kort geding op zijn minst aannemelijk te maken dat niet aan de vereisten van de uitsluitingsgrond is voldaan. Zowel in het *Meta*-arrest als in het *Delta*-arrest is overwogen dat het daarbij niet van belang is of een inschrijver de vermeende

(aanzienlijke) tekortkoming en de gevolgen daarvan in rechte ter discussie heeft gesteld.¹¹ Een aanbestedende dienst moet immers zélf beoordelen of de uitsluitingsgrond van toepassing is. Omgekeerd geldt naar wij menen hetzelfde: het feit dat een inschrijver géén rechtsmaatregelen heeft getroffen tegen de vermeende tekortkoming en de gevolgen daarvan, kan niet tot gevolg hebben dat daarmee de tekortkoming en de rechtmatigheid van de gevolgen vast staat.

Opvallend is dat het vonnis in deze zaak niet eenduidig is op dit punt. In rechtsoverweging 5.5 overweegt de voorzieningenrechter dat de beëindiging (en omdat vervolgens wordt overgegaan naar de zelfreinigende maatregelen wordt naar wij aannemen ook de aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bedoeld) een 'gegeven' zou zijn, omdat inschrijver geen procedure is gestart tegen de beëindiging.¹² Dit terwijl de voorzieningenrechter in rechtsoverweging 5.1 nog uitging van een mogelijkheid om in dit kort geding aannemelijk te maken dat de uitsluitingsgrond niet van toepassing is – ongeacht of een procedure aanhangig is gemaakt tegen de vroegtijdige beëindiging.

De hiervoor genoemde overweging in rechtsoverweging 5.5 sluit aan op eerdere rechtspraak (*SQL/Staat*) waarin het feit dat in een eerdere aanbesteding door inschrijver niet in rechte was opgekomen tegen uitsluiting in die aanbesteding, de toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond in een latere aanbesteding gegeven was.¹³ In de annotatie bij die zaak in hoger beroep worden al enkele praktische bezwaren tegen dit uitgangspunt beschreven en wij menen dat dit ook juridisch gezien een onjuist oordeel is. Een aanbestedende dienst moet immers – zo blijkt ook uit de hiervoor genoemde Europese jurisprudentie – de tekortkoming en de gevolgen daarvan (zoals ontbinding, schadevergoeding of andere sancties) zélf langs de hiervoor beschreven lat

9 R.o. 5.1.

10 A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (Recht en Praktijk nr. VG7), Deventer: Kluwer 2013, p. 180.

11 HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, EU:C:2019:507, pt. 28-32 en 42 (*Meca*) en Hof van Justitie EU 3 oktober 2019, nr. C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 (*Delta*), «JAAN» 2019/179 m.nt. Meesters.

12 R.o. 5.5.

13 Zie ook Rb. Den Haag 5 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2019:14608, «JAAN» 2020/48 m.nt. Gelderman en Vermeulen en in hoger beroep Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851, «JAAN» 2020/93 m.nt. Gelderman en Vermeulen.

leggen. Daar komt nog het praktische bezwaar bij dat een dergelijk uitgangspunt tot onnodige procedures zou leiden. Een inschrijver zou dan immers zekerheidshalve tegen een beëindiging of andere sanctie op vermeend tekortschieten moeten gaan procederen om te voorkomen dat het niet-procederen ervoor zorgt dat vast komt te staan dat de uitsluitingsgrond van toepassing is. Dit zonder dat de inschrijver op dat moment weet of hij binnen de terugkijktermijn van drie jaar mee kan en zal doen aan een nieuwe aanbestedingsprocedure, of in die procedure dan de uitsluitingsgrond van toepassing is verklaard, of de betreffende aanbestedende dienst vervolgens met de haar toekomstige beoordelingsvrijheid tot de conclusie komt dat de uitsluitingsgrond van toepassing is én onvoldoende zelfreinigende maatregelen zijn getroffen.

Zelfreinigende maatregelen en het boetekleed

In *SQL/Staat* lieten zowel de voorzieningenrechter als het hof het feit dat geen boetekleed was aangetrokken zwaar wegen in de beoordeling van de zelfreinigende maatregelen. Ook in deze zaak maakt de voorzieningenrechter een overweging over ‘de houding’ van de inschrijver: *“Daarbij acht de voorzieningenrechter met name van belang de houding van [eiseres] ten aanzien van de beëindiging van de overeenkomst IJmuiden, waar de Staat ook aan heeft gerefereerd. Uit niets blijkt dat [eiseres] zichzelf in dat kader iets aanrekent.”*

Met de annotatoren bij de *SQL/Staat*-uitspraken zijn wij het eens dat het de vraag is of en in hoeverre het meenemen van het feit of al dan niet een schuldbekenenis is afgelegd bij de beoordeling van de zelfreinigende maatregelen past binnen het in art. 2.87a Aw 2012 gegeven beoordelingskader. Met name indien een inschrijver erkent dat de uitvoering beter had gekund, maar dat hij meent dat hij niet aanzienlijk of voortdurend tekortgeschoten is in de uitvoering van een wezenlijk voorschrift of dat dit heeft geleid tot een sanctie. Naar wij menen kan een inschrijver in een dergelijk geval zonder boetekleed aan te trekken zelfreinigende maatregelen treffen waar de aanbestedende dienst vertrouwen uit kan putten. In de situatie dat een inschrijver volledig ontkent dat er iets beter had gekund in de uitvoering van de eerdere opdracht, ligt het echter weer wel voor de hand te concluderen dat de zelfreinigende maatregelen – wat daar ook van zij – weinig

vertrouwen wekken dat het in de toekomst ‘beter’ zou gaan.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Hoewel niet juridisch zuiver, is het in de praktijk voor inschrijvers lastiger om zich tegen een uitsluiting vanwege *past performance* te verzetten, als er geen rechtsmaatregelen zijn getroffen tegen de sanctie waarop deze *past performance is gebaseerd* (in de regel ontbinding van een overeenkomst). In alle gevallen – ook als een inschrijver er wel voor heeft gekozen zich te verzetten tegen de opgelegde sanctie – is het raadzaam *self cleaning* maatregelen te nemen. Het is ons inziens dan niet nodig om expliciet het boetekleed aan te trekken. Wel moeten er duidelijke maatregelen worden genomen om herhaling van de (discussie over de) vermeende fouten te voorkomen zodat aan de betrouwbaarheid niet hoeft te worden getwijfeld. Inschrijvers zouden dus niet hoeven te kiezen en kunnen zowel opkomen tegen de opgelegde sanctie als overtuigend betogen dat *self cleaning* voldoende is.

mr. I. Neddaoui-Docter
advocaat bij Dirkzwager legal & tax

mr. T. van Wijk
advocaat bij Dirkzwager legal & tax

173

Vordering tot intrekking herziene gunningsbeslissing

Rechtbank Rotterdam
17 juli 2023, C/10/658358 / KG ZA 23-435,
ECLI:NL:RBROT:2023:7213
(mr. P. de Bruin)

Beoordeling gunningscriteria. Beoordelingsmethodiek. Herbeoordeling. Intrekking gunningsbeslissing. Nieuw gunningsvoornemen. Transparantiebeginsel. Uitsluiting.

Op 16 november 2022 is de gemeente Rotterdam een Europese aanbestedingsprocedure gestart voor taxatiediensten, onderverdeeld in vier percelen. Van Kleef heeft ingeschreven op perceel 1 (woningen). In die categorie heeft de gemeente 14