

Aanbestedingsrecht

BR 2019/85

Hof van Justitie van de Europese Unie 19 juni 2019, nr. C-41/18

(M. Vilaras, R. Silva de Lapuerta, D. Šváby, S. Rodin en N. Piçarra)

m.nt. E.H. Leenders¹

(Art. 2:87 lid 1 onder c en g Aanbestedingswet 2012; art. 57 lid 4 sub c en sub g van Richtlijn 2014/24/EU)

Module Aanbesteding 2019/1211

Module Aanbesteding 2019/1154

ECLI:EU:C:2019:183

ECLI:EU:C:2019:507

Beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst bij toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden.

Prejudiciële verwijzing. Overheidsopdrachten. Plaatsing van overheidsopdrachten voor dienstverlening. Facultatieve gronden voor uitsluiting van deelname aan een aanbestedingsprocedure. Ernstige fout in de beroepsuitoefening waardoor de integriteit van de ondernemer in twijfel kan worden getrokken. Ontbinding van een eerdere overeenkomst wegens tekortkomingen bij de uitvoering. Betwisting in rechte die de aanbestedende dienst belet om de niet-nakoming van een overeenkomst te beoordelen totdat de gerechtelijke procedure is beëindigd.

In zaak C-41/18, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunale amministrativo regionale della Campania (bestuursrechter in eerste aanleg Campanië, Italië) bij beslissing van 22 november 2017, ingekomen bij het Hof op 22 januari 2018, in de procedure

Meca Srl

tegen

Comune di Napoli,

in tegenwoordigheid van:

Sirio Srl,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, R. Silva de Lapuerta, vicepresident van het Hof, D. Šváby (rapporteur), S. Rodin en N. Piçarra, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: R. Schiano, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 december 2018,

gelet op de opmerkingen van:

- Comune di Napoli, vertegenwoordigd door A. Andreottola en A. Cuomo, avvocati,

- Sirio Srl, vertegenwoordigd door L. Lentini en C. Sito, avvocati,
 - de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli en C. Pluchino, avvocati dello Stato,
 - de Hongaarse regering, vertegenwoordigd door G. Koós, M.Z. Fehér en A. Pokoraczki als gemachtigden,
 - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara, P. Ondrůšek en L. Haasbeek als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 maart 2019, het navolgende,

Arrest

(...)

Ten gronde

24 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

25 In de eerste plaats, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 32 van zijn conclusie, komen de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 voldoende overeen met de daarbij ingetrokken bepaling, te weten artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18, opdat het Hof zich bij de door de verwijzende rechter verzochte uitlegging kan laten leiden door de rechtspraak van het Hof inzake die laatstgenoemde bepaling.

26 Wanneer het Hof dus facultatieve uitsluitingsgronden moest uitleggen, zoals die van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d) of g), van richtlijn 2004/18, welke bepalingen als enige niet naar het nationale recht verwezen, baseerde het zich op artikel 45, lid 2, tweede alinea, van die richtlijn, op grond waarvan de lidstaten overeenkomstig hun nationale recht en onder eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dat lid 2 bepalen, om de beoordelingsmarge van die lidstaten nader af te bakenen en zelf de draagwijdte van de litigieuze facultatieve uitsluitingsgrond te definiëren (zie met name arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punten 25-31).

27 Dienaangaande staat buiten kijf dat richtlijn 2014/24 de beoordelingsmarge van de lidstaten beperkt. Terwijl de verwijzing naar nationale wet- of regelgeving voorkwam in vijf van de zeven in artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 genoemde situaties, bevat thans immers van de negen in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 genoemde si-

¹ Eva Leenders is advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Infense Advocaten.

tuaties alleen de in punt b) van dat lid 4 genoemde situatie een dergelijke verwijzing.

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

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

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

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

32 Tot slot zou het voor een aanbestedende dienst, indien hij automatisch gebonden zou zijn aan de door een derde gegeven beoordeling, waarschijnlijk moeilijk zijn om bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht te besteden aan het evenredigheidsbeginsel. Volgens overweging 101 van richtlijn 2014/24 brengt dit beginsel in het bijzonder met zich mee dat een aanbestedende dienst, alvorens te beslissen tot uitsluiting van een ondernemer, rekening houdt met het feit dat de begane onregelmatigheden klein zijn of met het feit dat kleine onregelmatigheden zich herhaaldelijk hebben voorgedaan.

33 Aldus blijkt duidelijk dat, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in de punten 35 en 36 van zijn conclusie, de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten niet absoluut is en dat, zodra een lidstaat heeft besloten om een van

de facultatieve uitsluitingsgronden van richtlijn 2014/24 op te nemen in zijn nationale recht, hij de wezenlijke kenmerken ervan, zoals vastgelegd in die richtlijn, in acht moet nemen. Door voor te schrijven dat de lidstaten „de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel” bepalen „met inachtneming van het Unierecht”, verhindert artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 dat de lidstaten de in dat artikel vastgestelde facultatieve uitsluitingsgronden verdraaien of voorbijgaan aan de doelstellingen en beginselen die aan elk van die uitsluitingsgronden ten grondslag liggen.

34 Zoals opgemerkt in punt 28 van het onderhavige arrest, volgt uit de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 dat de Uniewetgever het aan de aanbestedende dienst heeft willen laten – en alleen aan de aanbestedende dienst – om in de fase van de selectie van inschrijvers te beoordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.

35 Aan de verwijzende rechter moet op grond van de voorgaande overwegingen een antwoord worden gegeven.

36 Zoals volgt uit de verwijzingsbeslissing, wordt een aanbestedende dienst door artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten gemachtigd om een ondernemer uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure met name wanneer hij op passende wijze aannemelijk kan maken, ten eerste, dat de ondernemer ernstige fouten heeft begaan in zijn beroepsuitoefening waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel wordt getrokken, ten tweede, dat deze ernstige fouten in de beroepsuitoefening, die het gevolg kunnen zijn van aanzienlijke tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht, hebben geleid tot de ontbinding van de overeenkomst tussen deze ondernemer en de aanbestedende dienst, tot een veroordeling tot schadevergoeding of tot een andere vergelijkbare sanctie en, ten derde, dat deze ontbinding niet in rechte is betwist of aan het einde van een gerechtelijke procedure is bevestigd.

37 Het is duidelijk dat met een nationale bepaling als artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten, het nuttige effect van de in artikel 57, lid 4, onder c) of g), van richtlijn 2014/24 neergelegde facultatieve uitsluitingsgrond niet wordt verzekerd.

38 De beoordelingsbevoegdheid die artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 aan de aanbestedende dienst verleent, wordt immers lamgelegd door het enkele feit dat een kandidaat of inschrijver een beroep instelt tegen de ontbinding van een met hem afgesloten eerdere overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht, zelfs als zijn gedrag dermate tekort leek te schieten dat die ontbinding gerechtvaardigd was.

39 Een regel zoals die van artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten zet bovendien een inschrijver ten aanzien van wie een eerdere overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht is ontbonden, er klaarblijkelijk niet toe aan om herstelmaatregelen te nemen. In zoverre kan een dergelijke regel indruisen tegen de voorschriften van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24.

40 Deze richtlijn is immers met name innoverend doordat in artikel 57, lid 6, is voorzien in het mechanis-

me van herstelmaatregelen (*self-cleaning*). Dit instrument, waarvan gebruik kan worden gemaakt door ondernemers die niet bij onherroepelijk vonnis zijn uitgesloten, zet een ondernemer die in een van de in artikel 57, lid 4, van voornoemde richtlijn bedoelde situaties verkeert, ertoe aan om te bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke facultatieve uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, dient de betrokken ondernemer niet te worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Hiertoe moet de ondernemer bewijzen dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

41 Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 44 van zijn conclusie, wordt met de herstelmaatregelen het belang benadrukt dat wordt gehecht aan de betrouwbaarheid van de ondernemer, welk aspect van diepe invloed is op de uitsluitingsgronden betreffende de subjectieve kenmerken van de inschrijver.

42 Gelet op het voorgaande moet op de voorgelegde vraag worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

(...)

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

Noot

Aanleiding

1. De gemeente Napels schreef een aanbesteding uit voor de verstrekking van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2017/2018. Deze aanbesteding was nodig, omdat de gemeente Napels de in het voorgaande schooljaar gesloten overeenkomst met Sirio Srl (hierna: Sirio) had ontbonden. De reden daarvoor was de voedselvergiftiging van leerlingen en schoolpersoneel die was veroorzaakt door de aanwezigheid van colibacteriën in voedsel dat was verstrekt in een schoolkantine.

2. Sirio schrijft in op de opdracht van de gemeente Napels voor het schooljaar 2017/2018, waarbij zij aangeeft dat zij beroep heeft ingesteld bij de Italiaanse (burgerlijk) rechter tegen de ontbinding van de overeenkomst door de gemeente Napels. De gemeente Napels staat Sirio toe haar deelname aan de aanbesteding voort te zetten, omdat het door Sirio ingestelde beroep bij de Italiaanse (burgerlijk) rechter in de weg staat aan een beoordeling van de ernst van de niet-nakoming. Dit zou volgen uit art. 80 lid 5 onder c van het Italiaanse wetboek van overheidsopdrachten.² De Nederlandse wet kent geen vergelijkbaar wetsartikel. In Nederland staat een gerechtelijke procedure ten aanzien van de ontbinding niet in de weg aan toetsing aan de facultatieve uitsluitingsgronden, past performance of ernstige fout (art. 2:87 lid 1 onder c en g Aanbestedingswet 2012).

3. Een andere deelnemer van de aanbesteding voor de verstrekking van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2017/2018, Meca Srl (hierna: Meca), kan zich niet met het toelaten van Sirio verenigen en maakt bezwaar bij de Italiaanse (bestuurs-)rechter. Meca stelt dat de gemeente Napels de betrouwbaarheid van Meca had moeten onderzoeken, in plaats van te volstaan met de vaststelling dat de ontbinding van de overeenkomst door Sirio in rechte werd bestreden.

4. De verwijzende rechter vraagt zich af of het Unierecht zich verzet tegen de Italiaanse wetgeving en rechtspraak waaruit volgt dat – kort gezegd – een inschrijver, ondanks mogelijke toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond, verplicht moet worden toegelaten tot een aanbestedingsprocedure indien er beroep aanhangig is tegen de ontbinding van de overeenkomst. Strikte toepassing van de Italiaanse wet heeft namelijk tot gevolg dat de betrouwbaarheid van de inschrijver niet (objectief) wordt beoordeeld, maar (mede) afhankelijk wordt gesteld van het (subjectieve) besluit van de ondernemer om de ontbinding al dan niet in rechte aan te vechten.

Beslissing & relevantie voor de praktijk

5. Het Europese Hof van Justitie beslist dat de facultatieve uitsluitingsgronden van art. 57 lid 4 sub c en sub g van Richtlijn 2014/24 (die zien op past performance en ernstige fout) zich verzetten tegen een nationale regeling die onderzoek naar de betrouwbaarheid van de ondernemer

² Of deze bepaling daadwerkelijk in de weg staat aan toetsing is onduidelijk. Dit blijkt uit conclusie bij de uitspraak van het Europese Hof van Justitie, ECLI:EU:C:2019:183, overweging 24 e.v.

uitsluit (bij een nieuwe selectie), omdat de ondernemer beroep heeft ingesteld tegen een eerdere ontbinding. Het nuttige effect van de uitsluitingsgronden is daarmee immers niet verzekerd.

"Art. 57 lid 4 aanhef en onder c en g RL 2014/24

4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

c) wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

g) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende dienst of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;"

6. Artikel 57 lid 4 onder g Richtlijn 2014/24 vereist niet dat de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer in rechte is komen vast te staan. Daar komt bij dat blokkering van toetsing bij een volgende aanbesteding van het specifieke voorval/gedrag van ondernemers enkel omdat deze een gerechtelijke procedure is gestart, die inschrijver zou ontmoedigen herstelmaatregelen te nemen. Hiermee wordt het selfcleaning-effect³ van de bepaling ondermijnd.

7. Het Europese Hof van Justitie stelt in haar uitspraak de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst bij toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden centraal. Dit is in lijn met eerdere jurisprudentie van het Hof⁴ en is tevens in lijn met de Nederlandse situatie. De Aanbestedingswet geeft de aanbestedende dienst namelijk ook beoordelingsvrijheid bij de toetsing aan de facultatieve uitsluitingsgronden past performance en ernstige fout. Deze bevoegdheid is in 2016 in de Aanbestedingswet (AW 2012) opgenomen, in art. 2:87 lid 1 onder c en g Aanbestedingswet 2012.⁵

8. De beslissruimte van de aanbestedende dienst is evenwel niet onbegrensd. Er mag geen sprake zijn van willekeur. Daarnaast moet de aanbestedende dienst in Nederland beoordelen of de uitsluiting proportioneel is (art. 2.88 AW 2012, uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit). De (kort geding) rechter (en de Commissie van Aanbestedingsexperts) toetst hier ook op in een aanbestedingsgeschied.⁶

3 Art. 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU.

4 Zie bijv. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (Forposta), r.o. 27.

5 De selfcleaning-mogelijkheid door het nemen van maatregelen, staat in het daaropvolgende artikel, art. 2.87a AW 2012.

6 Zie bijvoorbeeld CVA 3 februari 2017, advies 386; Rb. Noord-Nederland 9 maart 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:836; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094.

9. De aanbestedende dienst kan dus bij haar beoordeling rekening houden met (eerdere) tekortkomingen die (nog) niet in rechte vast staan, wanneer zij beoordeeld of sprake is van een (facultatieve) uitsluitingsgrond. De uitsluiting die hierop kan volgen dient proportioneel te zijn. Maar het enkele feit dat er nog wordt geprocedeerd over de vraag of er al dan niet terecht is ontbonden, staat dus niet in de weg aan een inhoudelijke beoordeling van de betrouwbaarheid van een ondernemer door de aanbestedende dienst.

10. Ondernemers die (mede) afhankelijk zijn van overheidsopdrachten doen er, na een in hun ogen onterechte ontbinding van een (eerdere) overeenkomst met een aanbestedende dienst, goed aan de ontbinding aan te vechten. Hoewel dit niet beslissend is voor het al dan niet toepassen van de uitsluitingsgrond past performance of ernstige fout, is voorstelbaar dat dit beroep wel gewicht in de schaal legt bij de beoordeling door de aanbestedende dienst in het kader van een volgende aanbesteding.

11. Mocht overigens na uitsluiting van de inschrijver blijken dat de ontbinding onterecht was, kan de afgewezen inschrijver vergoeding van haar kansschade (of zelfs positief contractsbelang) vorderen bij de aanbestedende dienst die haar ten onrechte uitsloot.⁷ Dit is echter geen gemakkelijke klus. Het is dan ook van belang dat het gebruik van de uitsluitingsgronden kritisch wordt getoetst, ook wanneer een ontbinding in rechte wordt aangevochten.

E.H. Leenders

Omgevingsrecht

BR 2019/86

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 14 augustus 2019, nr. 201807860/1/A1

(Mrs. C.J. Borman, S.F.M Wortmann en N.Verheij)
m.nt. S.M. Schipper & E.P. Euverman¹

(Art. 2.12 Wabo; art. 4 bijlage II Bor)

ABkort 2019/417

Module Ruimtelijke ordening 2019/8223

Milieurecht Totaal 2019/7019

NJB 2019/1999

ECLI:NL:RVS:2019:2770

Een tijdelijk zonnepark van 4,3 hectare valt niet onder één van de activiteiten van onderdeel C of D van de bijlage bij het Besluit milieueffectrapportage en kan daarom met toepassing van de planologische kruimelgevallenlijst worden vergoed.

7 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 17 juli 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB1674 en Rb. Rotterdam 13 december 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10927.

1 Sanne Schipper en Emile Euverman zijn advocaat bij AKD N.V. te Breda.