

## LEGAL UPDATE

### Het Europese Hof zoomt in op de "Past Performance" uitsluitingsgrond bij aanbestedingen

Datum: 8 november 2019

De (eigen) negatieve ervaringen van een aanbestedende dienst met een inschrijver kunnen worden gebruikt als uitsluitingsgrond bij een aanbestedingsprocedure. Daarvoor moet sprake zijn van een inschrijver die blijkt heeft gegeven van "aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht" (de "Past Performance" bepaling uit artikel 57 lid 4 onder g van de Europese Richtlijn 2014/24, vertaald in artikel 2.87 lid 1 sub g van de Aanbestedingswet).

In het [Vossloh-arrest](#) uit 2018 (r.o. 24, zie hierover ook onze [eerdere Legal Update](#)) en het [Meca-arrest](#) van afgelopen juni (r.o. 29, 34) benoemde het Europese Hof vluchtig het belang dat de aanbestedende dienst *zelf* beoordeelt/verifieert of een ondernemer mag worden uitgesloten op basis van zijn verleden. In het [Delta-arrest](#) van 3 oktober jl. gaat het Hof uitgebreider op deze beoordeling door de aanbestedende dienst in:

Een gemeente in Roemenië gunde in 2014 aan Delta c.s. een opdracht voor werkzaamheden aan een recreatiecomplex. In 2017 beëindigde de gemeente deze opdracht omdat Delta c.s. zonder toestemming van de gemeente een beroep zou hebben gedaan op een onderaannemer. Dit heeft de gemeente op een online platform bekendgemaakt. Kort daarop kondigde een andere aanbestedende dienst, CNAIR, een opdracht aan voor het verbreden van een nationale autoweg. Delta c.s. diende een offerte in. CNAIR wist via het online platform echter van de vroegtijdige beëindiging van de eerdere opdracht van Delta c.s.. Ondanks dat Delta c.s. bij CNAIR aanvoerde dat de eerdere beëindiging niet aantoonde dat zij haar contractuele verplichtingen ernstig en herhaaldelijk niet is nagekomen, liet CNAIR Delta c.s. niet toe tot de aanbestedingsprocedure.

Aan het Europese Hof werd gevraagd of de vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst met Delta c.s. vanwege onderaanneming zonder toestemming een zodanig *aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift* vormde, dat het uitsluiting van deelname van die ondernemer aan een latere aanbestedingsprocedure rechtvaardigt. Het Hof oordeelt, in lijn met het Meca-arrest, dat de aanbestedende dienst zelf een eigen beoordeling moet maken over het eerder vertoonde gedrag van de betrokken ondernemer. Zo zal CNAIR zich een mening moeten vormen over de vraag of de onderaanneming zonder toestemming door Delta c.s. een aanzienlijke tekortkoming was die de uitvoering van de opdracht negatief beïnvloedde en of de opdracht wel echt zo'n sterk vereiste tot persoonlijke uitvoering bevatte. Ook moet CNAIR beoordelen of Delta c.s. niet een soort valse verklaringen heeft afgelegd, door niet actief aan haar mee te delen (bijvoorbeeld in de UEA) dat de opdracht met de gemeente vroegtijdig was beëindigd. Deze beoordelingen hangen logischerwijs samen met wat (en hoe) daadwerkelijk is uitgevraagd in de aanbestedingsdocumenten. In dit Delta-arrest wordt benadrukt dat indien de aanbestedende dienst na al dit soort overwegingen zelf concludeert dat de ondernemer inderdaad uitgesloten had mogen worden wegens "Past Performance", de ondernemer nog de kans moet krijgen om te bewijzen dat hij "self-cleaning" maatregelen heeft genomen en hij (weer) betrouwbaar is.

Alleen als de aanbestedende dienst van de nieuwe opdracht al deze stappen heeft doorlopen, mag hij oordelen dat sprake was van een aanzienlijke tekortkoming of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift, op basis waarvan hij de ondernemer nu mag uitsluiten. Een slechte "Past Performance" hoeft dus niet per definitie tot uitsluiting te leiden.

Dit is een Legal Update van het team Aanbestedingsrecht.

Voor meer informatie:

Walter Engelhart  
+31 30 25 95 572  
[walterengelhart@vbk.nl](mailto:walterengelhart@vbk.nl)