

Aanbesteding



Leendert van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

De ernstige beroepsfout, rechtsbescherming en de rechtsontwikkeling in aanbestedingszaken

De rechtsbescherming in aanbestedingszaken is vooral een zaak van rechters in eerste aanleg. Veel zaken starten en eindigen met een vonnis in kort geding. Het aantal zaken waarin hoger beroep wordt ingesteld is beperkt omdat de opdracht waarover gestreden wordt vaak al vergeven is na het doorlopen van het appel. Het aantal zaken dat de Hoge Raad bereikt is daarmee uiterst gering maar nog kleiner is het aantal zaken dat niet op artikel 81 Wet RO door de Hoge Raad wordt afgedaan. Van de 32 aanbestedingszaken die de Hoge Raad bereikten in de afgelopen 18 jaar strandden er 9 op artikel 81 Wet RO. Gemiddeld werd er over die periode dus iets meer dan één inhoudelijk arrest per jaar gewezen door de Hoge Raad op het gebied van aanbestedingen. Daarom is het bijzonder – en toe te juichen – dat de Hoge Raad onlangs niet alleen een inhoudelijk arrest wees over een aanbestedingszaak maar daarin ook nog – contrair aan de conclusie van A-G Keus – prejudiciële vragen formuleerde over de toepassing van het nationale recht in het licht van het Unierecht.¹

De zaak waarover de Hoge Raad moest oordelen (en waarop overigens nog het inmiddels vervallen Bao van toepassing was) ging materieel over het volgende. Connexxion had ingeschreven op een aanbesteding voor 'sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking'. Connexxion werd tweede, terwijl de aanbesteding op 8 oktober

2012 gewonnen werd door een combinatie van drie bedrijven waaronder RMC en ZCN. Ruim een maand later, op 20 november 2012 legde de (toen nog) NMa aanzienlijke boetes op aan RMC en ZCN vanwege schendingen van de Mededingingswet die in de periode 2007-2010 begaan waren. Uit de uitspraak valt op te maken dat de opdracht toen nog niet definitief gegund was, nu de Staat vervolgens aan Connexxion berichtte dat hij de opdracht nog altijd aan de winnende combinatie wenste te gunnen. Connexxion verzette zich daartegen nu zij meende dat de winnende combinatie uitgesloten had moeten worden vanwege het begaan van een ernstige beroepsfout. Zij stelde dat de aanbestedingsstukken geen ruimte lieten om de winnende combinatie niet uit te sluiten nu daarin expliciet was bepaald dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing was uitgesloten zou worden. De Staat handhaafde echter de gunningsbeslissing, onder meer omdat aan de zijde van de winnende inschrijver maatregelen waren getroffen om herhaling van de onrechtmatige handelingen te voorkomen. Connexxion kreeg de voorzieningenrechter in eerste aanleg mee maar het hof oordeelde anders. In het oordeel van het hof stond centraal dat Nederland op juiste wijze de regelingen omtrent de facultatieve uitsluitingsgronden uit Richtlijn 2014/18/EG had overgenomen in het toenmalige Bao, door aan aanbesteders de vrijheid te laten om die uitsluitingsgronden nader in te vullen in hun aanbestedingsstukken. Daar waar de voorzieningenrechter in eerste aanleg nog oordeelde dat er geen ruimte was voor de aanbestedder om de combinatie niet uit te sluiten, oordeelde het hof anders. Het hof was namelijk van oordeel dat er weliswaar sprake was van een ernstige beroepsfout maar ook dat het Europese recht het toch nog toepassen van een evenredigheidstoets niet verbiedt en verder dat uit het Nederlandse aanbestedingsrecht volgt dat uitsluiting van inschrijvers geen automatische mag zijn nu er altijd een proportionaliteitstoets moet plaatsvinden. Het hof beperkte zich daarbij tot een marginale toetsing van de door de Staat verrichte beoordeling. Tegen

deze oordelen kwam Connexxion op in cassatie.

Dit leidde tot een uitgebreid arrest. Daarin herhaalt de Hoge Raad formuleringen uit een aantal overbekende Europese arresten als *Succhi di Frutta*² en *Manova*³ die inhouden dat de aanbestedder nauwgezet de door hem vastgestelde criteria in acht dient te nemen, waarbij dat ook inhoudt dat hij een inschrijver moet uitsluiten indien de aanbestedingsdocumenten daartoe nopen. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de ernstige beroepsfout. Dat begrip moet worden uitgelegd naar nationaal recht maar onder eerbiediging van het Unierecht. Voor de vaststelling of er sprake is van een ernstige fout is geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist. Vereist is een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de marktdeelnemer. Een ernstige beroepsfout veronderstelt kwaad opzet of een zekere nalatigheid van de betreffende marktdeelnemer.⁴ Volgens de Hoge Raad moet het Europees Hof nog de vraag beantwoorden of het Unierecht zich verzet tegen een bepaling van nationaal recht die aanbesteders verplicht om per geval met een evenredigheidstoets te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen. Ook stelt de Hoge Raad daarbij de vraag of daarbij van belang is dat de aanbestedder in zijn aanbestedingsstukken heeft opgenomen dat inschrijvingen waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde zal worden gelegd.

Op het eerste gezicht lijken de antwoorden op de vragen die de Hoge Raad stelt al voort te vloeien uit de Europese rechtspraak die in het arrest wordt aangehaald alsmede uit de Aanbestedingsrichtlijn.⁵ In *Manova* werd immers al geoordeeld dat als er op straffe van uitsluiting een stuk ingediend moest worden door inschrijvers, dit ook daadwerkelijk tot uitsluiting van de inschrijver moet leiden die dat stuk niet indient. De tweede vraag, of het opnemen van een harde uitsluitingsbepaling in de aanbestedingsstukken relevant is, lijkt daarmee al beantwoord te zijn. Voor de eerste vraag zou naar het *SAG*-arrest⁶ gekeken kunnen worden waarin het Hof oordeelde dat eenvoudige preci-

seringen van biedingen mogelijk moeten zijn mits de inschrijvers gelijk en op loyale wijze behandeld worden en zonder dat dit tot een wijziging van de inschrijving mag leiden. Feitelijk is dit arrest naar mijn mening niet meer dan een uiting van een evenredigheidstoets. Een echt antwoord op de eerste vraag is daarmee echter nog niet gegeven nu die vraag ziet op een bepaling van nationaal recht die tot een evenredigheidstoets dwingt. Nader bezien kan de beantwoording van die vraag van groot belang zijn voor de aanbestedingspraktijk. Indien het antwoord van het Hof zal luiden dat voor een dergelijke vaste evenredigheidstoets in het licht van het Unierecht geen ruimte is, zullen de uitsluitingsgronden meer dan voorheen als 'hard and fast rules' moeten worden toegepast. Dat zou de voorspelbaarheid van beslissingen van aanbesteders (en rechters) ten goede komen maar waarschijnlijk ook met regelmaat tot gevoelsmatig onredelijke

uitkomsten kunnen leiden. Gebeurt het omgekeerde dan is van een harde en voorspelbare regel geen sprake omdat er dan altijd per geval bezien zal moeten worden of er redenen zijn om wel of niet tot uitsluiting te komen.

Ook de verdere vraag die de Hoge Raad stelt kan voor de praktijk van belang zijn. Die vraag luidt of de nationale rechter mag volstaan met een marginale toetsing van de beoordeling van de aanbesteder aan het evenredigheidsbeginsel. In veel vonnissen is terug te vinden dat de rechter slechts marginaal kan toetsen. Komt de rechter tot de slotsom dat de aanbesteder zijn werk in beginsel goed gedaan heeft, houdt het doorgaans op voor de klagende inschrijver die het tegendeel beweert. Bij een meer dan marginale toetsing door de rechter is zeker voorstelbaar dat meer klagende inschrijvers succes zouden kunnen behalen met hun aanbestedingsgedingen.

Al met al valt het naar mijn mening toe te juichen dat de Hoge Raad hier voor een specifiek Nederlandse situatie prejudiciële vragen stelt. Daar waar de rechtsbescherming in aanbestedingszaken meestal op het niveau van de eerste aanleg blijft steken, is het goed voor de rechtsontwikkeling dat de Hoge Raad deze zaak niet voorbij heeft laten gaan. Of de gestelde vragen ook tot een wijziging van de bestaande praktijk zullen leiden, kan slechts afgewacht worden nu het nog wel enige tijd zal duren voordat het Hof zich over de gestelde vragen zal uitlaten.

-
1. HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (*Connexxion/Staat*).
 2. HvJ EG 29 april 2004, C-496/99.
 3. HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12.
 4. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*).
 5. In dit geval nog Richtlijn 2004/18/EG.
 6. HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10.