

Aanbestedingsrecht



Leendert van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

'Past performance', resultaten uit het verleden bieden (geen?) garantie voor de toekomst?

Het doel van het aanbestedingsrecht is feitelijk erg simpel. Het aanbestedingsrecht moet er voor zorgen dat er sprake is van gelijke kansen voor aanbidders maar ook dat aanbesteders de beste waar krijgen voor hun geld en daarbij hun belastinginkomsten zo doelmatig mogelijk uitgeven. Waar de keuze voor een bepaald product, een bepaalde aanbieder of een bepaalde dienst door de consument doorgegaans wordt gemaakt op grond van reclame, aanbevelingen van anderen of op grond van goede ervaringen met de betreffende leverancier of dienstverlener, zijn aanbesteders gebonden hun besluitvorming te baseren op transparante en daarmee navolgbare criteria. Dat blijkt keer op keer weer lastiger te zijn dan het op het eerste gezicht zou lijken.

Een belangrijk verkoopargument voor leveranciers en dienstverleners is de kwaliteit van eerder door hen geleverd werk of eerder geleverde diensten. Niets beter dan een tevreden klant die terugkeert voor een herhaling van een eerdere opdracht. De leverancier of dienstverlener heeft daardoor een duidelijk belang bij het leveren van een goede prestatie. Niet alleen leidt een goede prestatie tot tevreden klanten, de kansen op toekomstig werk worden hierdoor ook vergroot. Het verlangen om die ratio over te nemen voor openbare of gereguleerde aanbestedingen ligt ten grondslag aan systemen waarbij in het kader van een aanbesteding reke-

ning wordt gehouden met de 'past performance' van inschrijvers. Hoewel de gedachte achter dit soort systemen zonder meer invoelbaar is, is de implementatie ervan in het kader van het aanbestedingsrecht niet bepaald probleemloos. In het navolgende wordt uitgegaan van aanbestedingen die vallen onder een aanbestedingsplicht volgens de Aanbestedingswet. Voor dat soort aanbestedingen is een eerste aandachtspunt de inspraak van systemen die met eerdere prestaties van inschrijvers rekening houden binnen het instrumentarium dat de Aanbestedingswet biedt. Feitelijk zijn er maar drie smaken, die van de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen of van de gunningcriteria. De uitsluitingsgronden die een aanbesteder mag stellen zijn geregeld in paragraaf 2.3.5.1 Aanbestedingswet. Dat de aldaar gegeven opsomming van gronden limitatief is, is in meerdere arresten van het Hof van Justitie EG uitgewerkt.¹ Daarbij heeft de wetgever onderscheid gemaakt tussen dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden. Als facultatieve uitsluitingsgrond geeft artikel 2.87 lid 1 sub g Aanbestedingswet een zuivere 'past performance' grond voor uitsluiting:

'(...) de inschrijver of gegadigde heeft blijk gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht van een speciale-sectorbedrijf of een eerdere concessieopdracht en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties.'

Met deze uitsluitingsgrond (die bij de herziening van de Aanbestedingswet is toegevoegd naar aanleiding van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014) in de hand kan die inschrijver die er – kort gezegd – echt een potje van gemaakt heeft bij een eerdere overheidsopdracht, worden uitgesloten.² In de wetsgeschiedenis is echter aan de orde gekomen dat deze mogelijkheid in het kader van de door aanbesteders te betrachten proportionaliteit alleen openstaat indien er sprake is

van een uitzonderlijke situatie.³

Daarnaast is deze toepassing van 'past performance' alleen op negatieve wijze te hanteren; goed gedrag wordt niet beloond, alleen – erg – slecht gedrag kan worden bestraft. Dat is echter doorgaans niet (alleen) wat met het gebruik van 'past performance' beoogd wordt door aanbesteders. De wettelijke uitsluitingsgronden bieden daarmee weinig ruimte om op een positieve manier 'past performance' mee te wegen.

De tweede optie is het gebruik als geschiktheidseis/selectiecriteria. In zekere zin is de 'past performance' van inschrijvers een standaardelement van de toetsing aan geschiktheidseisen. Inschrijvers kunnen hun geschiktheid voor een bepaalde opdracht immers aantonen aan de hand van resultaten uit het verleden. Artikel 2.93 Aanbestedingswet verwijst – kort weergegeven – naar lijsten met werken, leveringen of diensten die in een periode van vijf (werken) of drie (diensten en leveringen) jaar voorafgaand aan een aanbesteding zijn verricht als middel waarmee inschrijvers hun geschiktheid kunnen aantonen. De eerdere opdrachten moeten naar behoren zijn uitgevoerd om te kunnen dienen als referentie. Zonder aantoonbare relevante ervaring is het moeilijk voor inschrijvers om mee te dingen naar opdrachten. Ook hier is echter weer sprake van een limitatieve opsomming, dit keer van de bewijsmiddelen die aanbesteders mogen verlangen van inschrijvers om aan te tonen dat zij de relevante ervaring daadwerkelijk hebben.⁴ Zolang inschrijvers kunnen laten zien dat een referentie 'naar behoren' is uitgevoerd, zullen zij in beginsel kunnen voldoen aan een gestelde eis, ongeacht of zij het referentiewerk matig, goed of zelfs zeer goed hebben uitgevoerd. Wel kan de aanbesteder in het kader van een nadere selectie waarde toekennen aan hoe goed referentiewerken zijn uitgevoerd. Een aantoonbaar betere prestatie op eerdere referentiewerken kan zo worden beloond met een hogere plaats in een ranking van gegadigden. Daar passen echter wel wat kanttekeningen bij. De eerste is dat een ranking pas van belang wordt in het kader van een niet-openbare pro-

cedure (of een procedure met voorselectie) en dan nog slechts als er meer gegadigden zijn dan de aanbesteder wil meenemen naar de inschrijvingsfase. Pas dan komt immers een ranking aan de orde. Een andere belangrijke kanttekening is hoe de aanbesteder op objectieve en transparante wijze de prestaties uit het verleden kan beoordelen zonder daarbij uit te gaan van enkel subjectieve beleving. Op dat laatste element zal ik hierna nog ingaan.

De mogelijkheid 'past performance' te gebruiken in het kader van de gunningcriteria is uit de aard der zaak beperkt. Gunningcriteria zien op hetgeen wordt aangeboden en niet op de inschrijver zelf. Om 'past performance' een plaats te geven, zou de uitvoering van opdrachten in het verleden een plaats gegeven moeten worden als subgunningcriterium in het kader van een beoordeling op basis van de Economisch Meest Voordeelige Inschrijving. De Aanbestedingswet biedt daartoe in artikel 2.115 lid 1 sub g een zekere mogelijkheid in die zin dat criteria gesteld mogen worden ten aanzien van de organisatie, de kwaliteit en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht. Die criteria mogen echter alleen dan gesteld worden indien die kwaliteit van het personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht. Dat zal lang niet voor alle aanbestedingen het geval zijn, waardoor ook deze mogelijkheid weinig soelaas biedt om werkelijk rekening te houden met prestaties uit het verleden.

Voor aanbesteders die 'past performance' een plaats willen geven – zoals hiervoor besproken – als nader selectiecriterium, dient nog een belangrijke hobbel te worden genomen. Die

hobbel is die van de transparantie en objectiviteit van de wijze van wegen van de in het verleden geleverde prestatie. Rijkswaterstaat en ProRail en een aantal andere overheden hebben inmiddels ervaring opgedaan met het zogenaamde prestatiemeten.⁵

Daarbij wordt volgens een vast systeem tijdens een referentieopdracht de kwaliteit van uitvoering gemeten en beoordeeld. Daarbij geldt echter dat door verschillende overheden verschillende systemen worden gehanteerd die niet tot vergelijkbare bevindingen behoeven te leiden. Binnen die systemen is het dan ook nog vaak zo dat alleen bij een doorgaande reeks opdrachten relevante ervaring kan worden opgebouwd. Hoewel dat enerzijds een begrijpelijke aanpak is – aanbesteders zullen immers alleen goed gedrag willen belonen als dat ook consequent en doorlopend is – geeft dat anderzijds het probleem dat inschrijvers hun relevante ervaring dan alleen in het kader van opdrachten kunnen behalen waarbij hun prestaties op de gewenste wijze zijn gemeten.

Dat dat problematisch kan zijn, ondervond Rijkswaterstaat vorig jaar. Twee mkb-aannemers spannen een kort geding aan tegen een aanbesteding waarin mede op basis van eerdere prestatiemetingen werd beoordeeld. De zogenaamde 'uitvoeringsperformance' was daarbij bepalend. Deze betrof het gewogen gemiddelde van de vijf meest recente beschikbare bedrijfskwartaalscores over een periode van maximaal 10 kwartalen. De bedrijfskwartaalscore betrof daarbij weer het gemiddelde van twee contractkwartaalscores van een onderneming in een kalenderkwartaal. Om die score te kunnen samenstellen moest daarbij sprake zijn van ten

minste twee contracten binnen hetzelfde kalenderkwartaal. Kort en goed leidde deze systematiek tot een situatie waarin bedrijven die niet gelijktijdig twee werken voor Rijkswaterstaat in uitvoering hadden of die niet op vaste basis werken uitvoerden voor Rijkswaterstaat, onmogelijk competitief konden zijn in de betreffende aanbesteding. Tot een zitting is het nooit gekomen omdat Rijkswaterstaat de aanbesteding terugtrok. Naar aanleiding van deze kwestie heeft Rijkswaterstaat recent de regels voor het omgaan met de prestatiemeting aangepast.

Concluderend kan gesteld worden dat het rekening houden met prestaties uit het verleden op zich een logische handelwijze is voor aanbesteders. Het is een handelwijze die iedere consument feitelijk toepast voor zijn eigen inkopen. Dit gezegd zijnde, is het binnen de grenzen van het aanbestedingsrecht bepaald moeilijk om niet alleen op een niet-discriminatoire wijze invulling aan dit criterium te geven maar er ook nog eens echt een goed en werkbaar onderscheid mee te maken. Het is dan naar mijn mening ook de vraag of 'past performance' daadwerkelijk als werkbaar criterium van de grond zal komen.

1. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*).
2. Zie bijvoorbeeld: H.N. s'Jacob, C.E. van Staveren & J.M. Hebly, 'Canon van het Bouwrecht', *TBR* 2017/198.
3. *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 70 (MvT).
4. *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 83 (MvT).
5. Zie bijvoorbeeld de Handreiking prestatiemeten van Rijkswaterstaat van 2015: https://staticresources.rijkswaterstaat.nl/binaries/Handreiking%20Prestatiemeten_tcm21-29195.pdf.