

COLOFON

TENDER NIEUWSBRIEF IS EEN UITGAVE VAN
SDU UITGEVERS BV EN VERSCHIJNT
ACHTMAAL PER JAAR.

Redactie

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

Drs. H. 't Hart
Tender Services Group

Drs. S. de Jong
Significant

Mr. C.A.M. Lombert
Loyens & Loeff N.V.

Mr. J.S. Muntz-Beekhuis
PIANO

Mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten

Mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV

Eindredacteur

Marit Hazeleger, marit@redactioneleproducties.nl

Redactieadres

Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
aanbestedingsrecht@sdu.nl

Uitgever

Dineke Sonderen

ISSN 1384-2838

©Sdu Uitgevers 2020.

www.vindinkoopenaanbesteding.nl

De artikelen uit de Tender Nieuwsbrief worden
gearchiveerd in de kennisbank VIND Inkoop en
Aanbesteding van Sdu Uitgevers.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de
Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit
deze uitgave worden veeleenvoudig (waaronder
begrepen het opslaan in een geautomatiseerd
gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke
wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke
toestemming van de uitgever. De bij toepassing van
art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde
vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te
worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus
3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van
deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere
compilatiwerken op grond van art. 16 Auteurswet
dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden.
Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de
uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s),
redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid
voor eventuele fouten of onvolkomenheden.
Het al dan niet op verzoek van de redactie
aanbieden van artikelen aan Tender Nieuwsbrief
impliceert toestemming voor openbaarmaking en
veeleenvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting
van (delen van) Tender Nieuwsbrief in enige vorm.

Abonnementen en -administratie

Tender Nieuwsbrief verschijnt achtmaal per jaar.
Eenjaaraanabonnement kost € 240,00 (excl. btw/incl.
verzend- en administratiekosten). Prijswijzigingen
voorbehouden. Abonnementen: Sdu Klantenservice
o.v.v. Tender Nieuwsbrief. Postbus 20025, 2500 EA
Den Haag. Tel.: (070) 378 98 80. E-mail:
sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de aard van de
uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst;
deze overeenkomst valt onder het algemene
verbintenissenrecht.
Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van
de (abonnements)overeenkomst en om u, ook per
e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien
over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers
bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid
opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op
deze informatie, ook niet over producten en diensten
van zorgvuldig door Sdu geselecteerde derden, dan
kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice,
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag.
Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en
hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze
uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel.
Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden
kunt u terecht op
www.sdu.nl.

DE ZAAK

Dodelijke cocktail van onbezielde zelfreiniging en reactiviteit

Recent heeft het Gerechtshof Den Haag (Hof) zich uitgelaten over de ernstige fout in relatie tot inhoud en omvang van zelfreinigende maatregelen die uitsluiting zouden moeten voorkomen.¹ In dat kader geeft het Hof in navolging van de voorzieningenrechter in eerste aanleg een verdere verdieping aan het zogenoemde Grossman-verweer, die nog eens illustreert dat niet acteren in een fase waarin dat wel kan, in feite leidt tot rechtsverwerking. In dit artikel geven wij een korte beschouwing van dit arrest.

Feiten

Begin 2019 heeft de Staat een Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd voor het tijdelijk ter beschikking stellen van ICT-medewerkers (hierna: de Eerste aanbesteding). Op deze Eerste aanbesteding zijn alle in de artikelen 2.86 en 2.87 Aw genoemde uitsluitingsgronden van toepassing verklaard. In de aanbestedingsdocumentatie is bepaald dat inschrijvers die deel uitmaken van eenzelfde concern mogen inschrijven, op voorwaarde dat zij kunnen aantonen dat hun onderlinge verhouding hun inschrijfgedrag niet heeft beïnvloed en de eerlijke mededinging niet heeft belemmerd. SQL maakt met Jexo en Onestopsourcing onderdeel uit van de CC Group. SQL, Jexo en Onestopsourcing hebben alle drie op de Eerste aanbesteding ingeschreven. In het kader van de beoordeling heeft de Staat geconstateerd dat de inschrijvingen van SQL, Jexo en Onestopsourcing dusdanig veel gelijkenissen vertonen, dat daarbij – in weerwil van de door deze partijen verstrekte anti-collusieverklaringen, waarin partijen onder meer hebben verklaard dat de inschrijvingen zelfstandig tot stand zijn gekomen – onderlinge coördinatie en afstemming moet hebben plaatsgevonden. Om die reden heeft de Staat besloten SQL, Jexo en Onestopsourcing op de gronden van art. 2.87 lid 1 sub c, e en h Aw van verdere deelneming aan de Eerste aanbesteding uit te sluiten. SQL heeft tegen de uitsluiting geen rechtsmiddel aangewend. In juni 2019 heeft de Staat opnieuw een Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd (de Tweede aanbesteding). Van de CC Group heeft alleen SQL op deze aanbesteding ingeschreven. In haar UEA heeft SQL aangegeven zich schuldig te hebben gemaakt aan een ernstige beroepsfout in de zin van art. 2.87 Aw.

Daarbij heeft SQL aangegeven maatregelen te zullen treffen waardoor in de toekomst haar inschrijvingen zelfstandig en onafhankelijk tot stand zullen komen. Deze maatregelen houden onder meer in dat van de CC Group uitsluitend SQL op aanbestedingen zal inschrijven, tussen de entiteiten strikte Chinese Walls tot stand zullen worden gebracht, SQL een externe compliance manager zal aannemen en dat in de toekomst tijdig juridisch advies zal worden ingewonnen. De Staat vindt dat SQL met deze 'zelfreinigende maatregelen' haar betrouwbaarheid onvoldoende heeft aangetoond en heeft de inschrijving van SQL terzijde gelegd. De Staat meent dat SQL de oorzaken van de eerdere uitsluiting onvoldoende erkent, adresseert en deze bagatelliseert. Daarnaast vindt de Staat de beschreven maatregelen in veel gevallen te prematuur om de effectieve werking daarvan te kunnen beoordelen, onder meer omdat veel van de maatregelen nog moeten worden getroffen. In reactie op de uitsluiting heeft SQL een kort geding aanhangig gemaakt. SQL is van mening dat zij in de Eerste aanbesteding geen ernstige fout heeft begaan en dat – voor zover aangenomen moet worden dat in de Eerste aanbesteding een ernstige fout is begaan – uitsluiting disproportioneel is, aangezien zij adequate maatregelen heeft getroffen om toekomstige fouten te voorkomen en het vertrouwen te herstellen. In dat verband vordert SQL kort gezegd de Staat te gebieden de uitsluitingsbeslissing in te trekken en de inschrijving van SQL alsnog te beoordelen.

Oordeel voorzieningenrechter en Hof

In deze procedure ligt de vraag ter beantwoording voor of de Staat SQL op goede gronden van verdere deelname van de Tweede aanbesteding

heeft uitgesloten. Zowel de voorzieningenrechter als het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend.

Aan haar oordeel legt de voorzieningenrechter ten grondslag dat SQL tegen het oordeel van de Staat dat SQL een ernstige fout zou hebben begaan, in de Eerste aanbesteding geen rechtsmaatregelen heeft getroffen.² Door dat na te laten staat de door de Staat geconstateerde ernstige fout in de Tweede aanbesteding vast.

Met de door SQL genoemde maatregelen worden naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende waarborgen in het leven geroepen waaraan de Staat het vertrouwen kan ontnemen dat SQL in het kader van toekomstige aanbestedingen geen ernstige fout meer zal begaan of de mededinging zal doorkruisen. Daarnaast is een groot deel van de maatregelen nog niet geïmplementeerd, zodat deze niet kunnen worden gecontroleerd en op effectiviteit kunnen worden beoordeeld.

In hoger beroep nuanceert het Hof de uitspraak van de voorzieningenrechter enigszins. Het Hof maakt voor het antwoord op de vraag of van een inschrijvende partij kan worden verwacht dat hij rechtsmaatregelen tegen een uitsluiting treft, onderscheid tussen de situatie dat een inschrijver nog voor gunning in aanmerking zou kunnen komen dan wel die gunning sowieso kansloos is. Als een inschrijver ook los van de uitsluiting niet meer voor gunning in aanmerking kan komen, is een procedure zinloos, zodat een inschrijver in dat geval niet kan worden tegengeworpen dat hij geen rechtsmiddelen heeft aangewend. Als weliswaar de uitsluiting kan worden aangevochten, maar het nooit tot gunning zal komen, dan is een kort geding niet effectief en kan een inschrijver ook niet worden tegengeworpen dat niet is geprocedeerd. Dat laatste geval doet zich volgens het Hof hier voor.

Toch worden de vorderingen van SQL afgewezen. Het Hof is van mening dat het handelen van SQL door de Staat terecht als een ernstige fout is aangemerkt. Onder verwijzing naar het Forposta-arrest³ oordeelt het Hof dat het handelen van SQL in de Eerste aanbesteding – dat zich kenmerkt door het samen met Jexo en Onestopsourcing gebruiken van één centrale bidbibliotheek en één centrale bidmanager – vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt als een nalatigheid van een zekere ernst moet worden aangemerkt, ook wanneer er geen (kwade) opzet in het spel is geweest. Datzelfde geldt voor de door partijen afgeven onjuiste anti-collusie-verklaring over de samenwerking. Daarnaast oordeelt het Hof dat de Staat in redelijkheid tot het oordeel heeft kunnen komen dat de door

SQL voorgestelde maatregelen op dat moment onvoldoende waren om de betrouwbaarheid van SQL aan te tonen, omdat (1) het handelen van SQL in de Eerste aanbesteding in ernstige mate fout was en daarover vervolgens onjuist is verklaard, (2) de gedragingen tamelijk recent hadden plaatsgevonden en (3) de voorgestelde maatregelen op het moment van inschrijven van de Tweede aanbesteding nog niet allemaal waren doorgevoerd.

Wat valt op?

(On)voldoende zelfreinigende maatregelen getroffen?

Art. 2.87a Aw bepaalt dat een aanbesteder een inschrijver waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, in de gelegenheid moet stellen te bewijzen dat hij voldoende ‘zelfreinigende maatregelen’ heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Indien de aanbesteder dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken inschrijver niet uitgesloten. In het derde lid van voornoemd artikel is bepaald dat de aanbesteder de zelfreinigende maatregelen moet beoordelen met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafbare feiten of fouten. Indien de aanbesteder de genomen maatregelen onvoldoende acht, dan moet dit aan de betrokken inschrijver worden meegedeeld. Dit artikel biedt aanbesteders veel ruimte voor eigen interpretatie bij het beoordelen van zelfreinigende maatregelen. Wanneer is bijvoorbeeld sprake van een ‘ernstige en/of bijzondere omstandigheid’? En wat wordt onder ‘betrouwbaarheid’ verstaan en in welke gevallen is dat aangetoond? Deze ruime beoordelingsvrijheid is begrijpelijk gezien het feit dat een aanbesteder per specifiek geval moet kunnen beoordelen of de genomen maatregelen het geschonden vertrouwen kan herstellen. Het Hof stelt in het arrest evenwel dat de beoordelingsvrijheid een aanbesteder ook de mogelijkheid geeft te onderzoeken of een inschrijver de oorzaken van het onrechtmatige gedrag onderkent en aanpakt. En op dat punt lijkt SQL te weinig aan zelfreflectie te doen. Enerzijds erkent SQL dat haar slordig gedrag kan worden verweten, maar anderzijds heeft zij dat kennelijk te veel gebagatelliseerd, daarmee de indruk wekkend dat de gang van zaken niet al te serieus is genomen. Kennelijk heeft SQL zelfs nog ter zitting een onvoldoende schuldbewuste en enigszins laconieke houding getoond en de oorzaak van het handelen op derden afgeschoven. Tegen die achtergrond kunnen wij ons wel voorstellen dat de voorgestelde maatregelen onvoldoende

vertrouwen hebben ingeboezemd. Dat geldt te meer waar de kern van het probleem – te weten het onderling coördineren en afstemmen van de biedingen – haaks op de afgelegde collusieverklaringen staat, en kennelijk onvoldoende is komen vast te staan hoe het kon gebeuren dat feitelijk handelen zo zeer haaks staat op afgelegde verklaringen die dat handelen juist beogen te voorkomen.

Formele rechtskracht in het aanbestedingsrecht

SQL heeft geen rechtsmaatregelen getroffen tegen haar uitsluiting van de Eerste aanbesteding. Dat roept de vraag op of SQL in de Tweede aanbesteding nog op kan komen tegen die uitsluiting in de Eerste aanbesteding.

De voorzieningenrechter in eerste aanleg meent van niet. De argumentatie onder die mening is nogal kort door de bocht: de voorzieningenrechter neemt feitelijk eenvoudigweg het – niet gemotiveerde – standpunt in dat het op de weg van SQL had gelegen om in rechte tegen het standpunt van de Staat op te komen als SQL het op inhoudelijke gronden niet eens was met dat standpunt. De enkele omstandigheid dat SQL met dergelijke rechtsmaatregelen niet zou hebben kunnen bewerkstelligen dat de opdrachten alsnog aan haar zouden worden gegund, wordt door de voorzieningenrechter wel onderkend, maar laat naar zijn oordeel onverlet dat juridische escalatie wel mogelijk was geweest. En nu SQL niet voor die escalatie heeft gekozen, is voor de voorzieningenrechter het bestaan van de door de Staat geconstateerde ernstige fout in de aanbestedingsprocedure ‘een gegeven’. Duidelijke taal, maar helaas ontbreekt het aan een argumentatie die, juist gegeven de verstrekkende consequentie van het oordeel, wel zeer wenselijk zou zijn geweest. Dat het niet opkomen tegen een besluit tot uitsluiting dat besluit ook formele rechtskracht geeft, volgt niet met zoveel woorden uit de Aanbestedingswet. Daarin is namelijk alleen bepaald dat een aanbesteder een zogenoemde Alcatel-termijn in aanmerking moet nemen na het kenbaar maken van een gunningsbeslissing (art. 2.127 Aw). Een inschrijver die het met de gunningsbeslissing niet eens is, moet – als hij wil voorkomen dat er in lijn met de gunningsbeslissing wordt gegund – binnen die Alcatel-termijn een kortgedingprocedure starten. Hoewel de Aanbestedingswet dus een standstill-termijn hanteert, maken veel aanbesteders van die standstill-termijn een vervaltermijn, door in

lees verder op pagina 8>

vervolg van pagina 7 >

het aanbestedingsdocument te bepalen dat inschrijvers die het met de gunningsbeslissing niet eens zijn op straffe van verval van recht om tegen de gunningsbeslissing op te komen, een procedure moeten entameren. Voor inschrijvers is het kiezen of delen: ofwel zij stemmen door in te schrijven in met deze vervaltermijn of zij zien van inschrijving af. Het stellen van vragen over de vervalclausule is naar onze ervaring zinledig.

Zelfs als van de standstill-termijn een vervaltermijn wordt gemaakt, is een inschrijver ons inziens niet op straffe van verval van recht gehouden tegen zijn uitsluiting op te komen. Entameert hij geen kort geding, dan kan hij de gunning niet meer verkrijgen, maar uit niets volgt dat die inschrijver dan in de toekomst ook gehouden is aan het oordeel van een aanbestedder dat aanleiding tot uitsluiting bestaat. In tegendeel, uit het Delta-arrest volgt juist dat een aanbestedder in het kader van de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden steeds zelf het gedrag van een inschrijver moet beoordelen en daarbij niet automatisch gebonden is aan de beoordeling van een andere aanbestedder in verband met een eerdere overheidsopdracht.⁴ In dit geval blijkt ons uit de casus niet of SQL met de uitkomst van de aanbesteding kon leven en of het alleen haar eigen uitsluiting was die voor haar problematisch was. Als de uitkomst van de aanbesteding zelfs na een succesvol kort geding tegen de uitsluiting ongewijzigd zou blijven, dan zou een kort geding in feite zinledig zijn. De opdracht zou SQL er in elk geval niet

mee krijgen. Dat maakt dat SQL het mogelijk met het gunningsbesluit niet oneens was. Dat SQL niet heeft gekozen voor een kort geding is daarmee niet onlogisch. Voor een kort geding is immers niet alleen een belang nodig, maar ook spoedeisendheid. Beiden lijken te ontbreken. Het belang ontbreekt, omdat – zou SQL zijn gaan procederen – de Staat ongetwijfeld zou hebben aangevoerd (en de voorzieningenrechter ongetwijfeld zou hebben gehonoreerd) dat SQL bij die procedure geen belang had omdat zij toch nooit kon winnen. En de spoedeisendheid ontbreekt, omdat de positie van SQL in toekomstige aanbestedingen niet een kwestie is die nu moet worden geadresseerd. En ook dat zou de Staat hebben aangevoerd en, naar onze ervaring, de voorzieningenrechter hebben aanvaard. Tot slot zou een oordeel van de voorzieningenrechter in kort geding ook slechts een voorlopig oordeel zijn geweest in een procedure die is gericht op het treffen van ordemaatregelen. Tel daarbij op dat een kort geding kostbaar en tijdrovend is en de succesratio bescheiden valt te noemen. In dit licht is het besluit van SQL om geen rechtsmaatregelen te nemen, begrijpelijk. Dat de voorzieningenrechter toch meent dat de rechtmatigheid van de eerdere uitsluiting bij ontstentenis van maatregelen ‘een gegeven is’, lijkt eerder ingegeven door de feitelijke achtergronden van de zaak dan door een juridisch doorwrochte overdenking. Hoewel het Hof in rechtsoverweging 7.4 blijkt geeft van een iets zorgvuldiger benadering van de positie van een uitgesloten inschrijver, kunnen wij ook hier niet goed volgen waarom het

Hof aanneemt dat SQL ten onrechte niet een voorlopige voorziening heeft gevraagd in de Eerste aanbesteding. Het Hof neemt kennelijk tot uitgangspunt dat een partij die wordt uitgesloten vanwege toepasselijkheid van een uitsluitingsrond terwijl zonder die uitsluitingsgrond een gunning nog mogelijk is, op straffe van verval van recht moet kortgedingen, terwijl – als die partij dat nalaat – het besluit tot uitsluiting als het ware *formele rechtskracht* heeft gekregen. Ook het Hof noemt voor die benadering geen wettelijke grondslag. Wij menen dat ook het Hof miskent dat het heel goed zo kan zijn dat een partij weliswaar de rechtmatigheid van de uitsluiting betwist, maar toch afziet van procederen en het gunningsbesluit aanvaard. Uit de in de aanbestedingsdocumentatie opgenomen spelregels volgt dan dat het gunningsbesluit ten gunste van de winnaar niet langer aantastbaar is, maar wij zien niet in op basis van welke grondslag het ontbreken van een voorlopig oordeel in een kort geding in de weg zou staan aan een materieel debat over die uitsluiting in toekomstige aanbestedingen.

mr. P.F.C. Heemskerk en mr. M. van den Brink
CMS

Noten

1. Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851.
2. Rb. Den Haag 5 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14608.
3. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-465/11.
4. HvJ EU 3 oktober 2019, zaak C-267/18.