

**Zoekterm: Laatste editie van TBR - Tijdschrift voor
Bouwrecht****Over dit document:**

Informatiesoort: Tijdschriftartikel

Bron: TBR

Titel: TBR 2016/143 Raad van Arbitrage voor de Bouw, 3-3-2016, No. 72.046, (Past performance bij onderhandse aanbestedingen)

Publicatietitel: Tijdschrift voor Bouwrecht

Jaarnummer: 2016

TBR 2016/143 Raad van Arbitrage voor de Bouw, 3-3-2016, No. 72.046, (Past perf...

Auteur:

TBR 2016/143

Raad van Arbitrage voor de Bouw, 3-3-2016, No. 72.046 (Past performance bij onderhandse aanbestedingen)

Mr. J.C. van Dijk, A. Voogt en ir. M.A.M. Beljaars

Aanbestedingswet 2012: art. 1.4; Rv: art. 1020 lid 2; AWB: art. 3:4 lid 1

Meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. Past performance. Deelneming aan aanbestedingsprocedure onthouden. Intensiteit rechterlijke toetsing van selectiebeslissingen bij onderhandse procedures

Met noot A.J. Heeswijck

*De gronden van de beslissing**De bevoegdheid en de ontvankelijkheid*

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

6. De memorie van grieven is binnen een maand na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat A in zoverre ontvankelijk is in haar appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van een basisovereenkomst voor de renovatie en het meerjarig onderhoud van C, die partijen op 29 juli 2014 na een niet-openbare aanbestedingsprocedure (Design, Build & Maintain), hebben gesloten. De gemeente heeft de overeenkomst bij brief van 27 maart 2015 ontbonden, omdat zij meende dat (tijdige) nakoming door A blijvend onmogelijk was.

8. Bij scheidsrechterlijk vonnis van 29 juli 2015 heeft de Raad op vordering van de gemeente voor recht verklaard dat de overeenkomst op 27 maart 2015 buitengerechtelijk is ontbonden en dat A aansprakelijk is voor de schade die de gemeente heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van de toerekenbare tekortkoming(en) van A in de nakoming van de overeenkomst. Tegen dit vonnis heeft A hoger beroep ingesteld.

9. Bij brief van 2 november 2015 heeft de gemeente A bericht dat zij op korte termijn een nieuwe meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure start ten aanzien van de renovatie en het meerjarig onderhoud van C en dat A, in verband met de ontbinding van de eerdere overeenkomst, hiervoor niet zal worden uitgenodigd.

10. A is van mening dat zij ten onrechte is uitgesloten van de nieuwe aanbestedingsprocedure. A vorderde in eerste aanleg, na wijziging van eis, kort gezegd, de gemeente te gebieden haar alsnog uit te nodigen deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure althans de gemeente te gebieden de aanbestedingsprocedure en een eventueel gunningsvoornemen en/of -besluit in te trekken of aan te houden totdat een onherroepelijke uitspraak in het hoger beroep van de bodemprocedure is gedaan, met veroordeling van de gemeente in de proceskosten.

11. De gemeente voerde verweer en concludeerde kort gezegd tot afwijzing van de vordering met veroordeling van A in de proceskosten.

12. Het dictum van het bestreden vonnis luidt:

'DE BESLISSING

Arbiters, rechtdoende naar de regelen des rechts:

WEIGEREN de gevraagde voorzieningen;

VEROORDELEN A ter verrekening van de proceskosten aan de gemeente te betalen € 3.000,00 (drieduizend euro);

VERKLAREN dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
WIJZEN het meer of anders gevorderde AF.'

Het geschil in appel

13. A concludeert onder aanvoering van acht grieven:

'REDENEN WAAROM:

I. A zich wendt tot de Raad van Arbitrage voor de Bouw in hoger beroep met het verzoek bij scheidsrechterlijk vonnis in hoger beroep te vernietigen het scheidsrechterlijk vonnis van 17 december 2015 en opnieuw rechtdoende, uitvoerbaar bij voorraad, ook voor wat betreft de kosten:

- a) De gemeente te gebieden binnen twee dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis A te berichten dat zij zal worden uitgenodigd deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure voor de renovatie en het vijftienjarig onderhoud van C;
- b) Indien reeds een aanbestedingsprocedure is gestart: De Gemeente te gebieden binnen twee dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis A alsnog uit te nodigen deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure voor de renovatie en het vijftienjarig onderhoud van C;
- c) Indien reeds een aanbestedingsprocedure is gestart: De Gemeente te gebieden de in de aanbestedingsprocedure gehanteerde termijnen aan te passen aan de uitnodiging van A deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure voor de renovatie en het vijftienjarig onderhoud van C;

II. Indien de vorderingen sub I niet toewijsbaar zijn:

- a) De Gemeente te gebieden de nieuwe aanbestedingsprocedure voor de renovatie en het vijftienjarig onderhoud van C aan te houden, totdat een onherroepelijke uitspraak in de bodemprocedure met geschilnummer 72.026 is gedaan;
- b) Indien reeds een aanbestedingsprocedure is gestart: De Gemeente te gebieden binnen twee dagen na betekening van dit vonnis de aanbestedingsprocedure voor de renovatie en het vijftienjarig onderhoud van C te staken en een eventueel gunningsvoornemen en/of -besluit in te trekken.

III. De Gemeente te veroordelen in de kosten van het geding in beide instanties, waaronder een vergoeding voor de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van A.'

14. De gemeente voert verweer op hierna te bespreken gronden en concludeert:

'MET CONCLUSIE:

dat de grieven en de vorderingen van [A] bij Memorie en Eis ongegrond zijn en het vonnis in eerste aanleg moet worden bekrachtigd, zo nodig met aanvulling van gronden, en met veroordeling van A in de kosten van het geding in beide instanties, waaronder de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van de gemeente.'

De feiten

15. Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten hebben partijen niet gegriefd of anderszins bezwaren geuit, zodat die feiten ook in hoger beroep het uitgangspunt zijn.

De beoordeling van het geschil

Spoedeisend belang

16. Het spoedeisend belang is niet betwist en vloeit voort uit de aard van de zaak omdat de gemeente op korte termijn een aanbestedingsprocedure wil starten, waaraan A wil deelnemen.

Juridisch kader

17. De grieven leggen het geschil tussen partijen in volle omvang voor, zodat appellarbiters de grieven niet afzonderlijk zullen bespreken, maar zullen herbeoordelen of de gemeente onrechtmatig jegens A heeft gehandeld door A niet uit te nodigen voor de nieuwe aanbestedingsprocedure.

18. Uitgangspunt is dat de beslissing om een ondernemer al dan niet in de gelegenheid te stellen aan een dergelijke procedure mee te doen een discretionaire bevoegdheid is van de gemeente die slechts marginaal getoetst kan worden, zoals ook door arbiters in eerste aanleg is overwogen en wat partijen op zichzelf onderschrijven. Arbiters in eerste aanleg hebben dan ook terecht beoordeeld of de gemeente in redelijkheid tot haar besluit heeft kunnen komen.

19. Wel zal de gemeente bij de uitoefening van die bevoegdheid rekening moeten houden met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele eisen van redelijkheid en billijkheid. Daarbij heeft te gelden dat het beginsel van contractsvrijheid mede wordt ingekleurd door de beginselen c.q. uitgangspunten van het aanbestedingsrecht (non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit). Verder moet de gemeente op grond van artikel 1.4 van de Aanbestedingswet op basis van objectieve criteria de keuze bepalen voor de ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure. Ook moet de gemeente handelen overeenkomstig de ARW 2012, haar Inkoop- en aanbestedingsbeleid X 2013 en de Gids Proportionaliteit, die - zoals tussen partijen vaststaat - op de aanbesteding van toepassing zijn. Anders dan A meent, staat artikel 7.3.4 van het ARW 2012, waarin facultatieve gronden staan om een ondernemer van deelneming aan de aanbestedingsprocedure uit te sluiten,

niet in de weg aan de keuzevrijheid van de gemeente om ondernemers op (andere) objectieve gronden al dan niet uit te nodigen.

Toetsing aan juridisch kader

20. Arbiters in eerste aanleg hebben bij de beoordeling of de gemeente in redelijkheid tot haar besluit heeft kunnen komen, anders dan A stelt, wel degelijk getoetst aan voormelde wet- en regelgeving en beginselen/uitgangspunten. In rechtsoverweging 20 van het bestreden vonnis hebben arbiters getoetst aan het gelijkheidsbeginsel en de andere beginselen van behoorlijk bestuur waarnaar A verwijst (het zorgvuldigheids- en het vertrouwensbeginsel) en in rechtsoverweging 21 van het bestreden vonnis hebben arbiters getoetst aan het Inkoop- en aanbestedingsbeleid X 2013 en de wettelijke aanbestedingsregels.

21. Appellarbiters lezen in de grieven en in de daarop gegeven toelichting in essentie verder geen andere relevante stellingen of verweren dan die in eerste aanleg waren aangevoerd en door arbiters in eerste aanleg gemotiveerd zijn verworpen. Appellarbiters onderschrijven wat arbiters in eerste aanleg ter motivering van hun beslissing hebben overwogen en nemen die motivering over. Ter toelichting voegen appellarbiters daar nog het volgende aan toe.

Objectieve gronden

22. Aan haar weigering A uit te nodigen heeft de gemeente toerekenbare tekortkomingen van A ten grondslag gelegd die hebben geleid tot de ontbinding van de overeenkomst. A betoogt dat deze tekortkomingen niet onherroepelijk vast staan, nu zij hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis van de Raad van 29 juli 2015 en in hoger beroep nog geen vonnis is geweest. De Aanbestedingswet 2012 noch de overige toepasselijke regelgeving eist echter dat

onherroepelijk in rechte vast staat dat A toerekenbaar tekort is geschoten jegens de gemeente. Voldoende is dat voor de keuze om A niet uit te nodigen objectieve gronden aanwezig waren.

23. Volgens de gemeente zijn deze gronden gelegen in haar slechte ervaring met A bij de uitvoering van het project (de zogenaamde "past performance"), die objectief blijkt uit de uitvoerig onderbouwde tekortkomingen. Zij wijst daarbij onder meer op het feit dat A de aanvankelijk overeengekomen opleverdatum van 1 april 2015 niet heeft gehaald door een voor haar rekening en risico komende omstandigheid (het afhaken van een onderaannemer). Daarnaast heeft de gemeente gewezen op haar brieven van 4 en 9 maart 2015 aan A, waarin de gemeente klaagt over het niet nakomen van de gewijzigde planning en over de kwaliteit en diepgang van het door A aangeleverde ontwerp. Ter onderbouwing van de aan A verweten vertraging in de (al dan niet voorwaardelijk overeengekomen nadere) oplevering heeft de gemeente onder meer aantekeningen van haarzelf en van de door haar ingeschakelde externe adviseur in het geding gebracht over een bespreking met A van 16 maart 2015. Volgens die aantekeningen heeft A toen laten weten dat ook de (al dan niet voorwaardelijk) nader overeengekomen opleverdatum van 16 augustus 2015 niet zou worden gehaald en dat de brug november/december 2015 zou worden opgeleverd. A heeft in haar brief van 16 maart 2015 onder meer voorgesteld dat de nieuwe opleverdatum in onderling overleg zou worden vastgesteld en dat oplevering in ieder geval zou plaatsvinden na 31 december 2015, omdat er in de maanden november en december geen werkzaamheden aan de brug konden plaatsvinden vanwege diverse evenementen in X. Dat lijkt aan te sluiten bij de gemeente gestelde mededelingen van A over een vertraagde oplevering. In ieder geval blijkt uit de brief van A geenszins dat A - zoals zij nu stelt - wel degelijk op 16 augustus 2015 kon opleveren.

24. Gezien voormelde stukken zijn appellarbiters van oordeel dat de 'past performance', die voor de gemeente reden was A niet uit te nodigen, voldoende geobjectiveerd en geconcretiseerd is. A heeft weliswaar in algemene zin betwist dat zij toerekenbaar is tekortgeschoten, maar A heeft tegenover voormelde door de gemeente gestelde en onderbouwde feiten en omstandigheden onvoldoende aannemelijk gemaakt dat voor de gemeente geen objectieve gronden bestonden om A niet uit te nodigen. Dat A in het verleden wel naar tevredenheid van de gemeente opdrachten heeft uitgevoerd en ook op uitdrukkelijk verzoek van de gemeente heeft deelgenomen aan de (eerste) aanbestedingsprocedure, is daartoe onvoldoende.

Appellarbiters zien geen aanleiding om de uitspraak in dit kort geding aan te houden totdat in de bodemprocedure in hoger beroep is beslist. Al zou in die procedure het vonnis in eerste aanleg worden vernietigd en de vordering van de gemeente voor recht te verklaren dat de overeenkomst bij brief van 27 maart 2015 is ontbonden en A aansprakelijk is voor de schade, alsnog worden afgewezen, staat daarmee nog niet vast dat er geen objectieve gronden waren voor de gemeente om A niet uit te nodigen. Immers in die procedure is met name de juridische vraag aan de orde of de gemeente gerechtigd was de overeenkomst op 27 maart 2015 te ontbinden. Mocht geoordeeld worden dat deze buitengerechtelijke ontbinding voortijdig was, dan is daarmee niet gezegd dat de gemeente gezien de feitelijke uitvoering van het werk door A niet in redelijkheid, op objectieve gronden tot haar keuze heeft kunnen komen. In zijn algemeenheid is in dit soort situaties niet vereist dat een eerdere ervaring alleen mag worden meegenomen als sprake is van toerekenbare tekortkomingen van de ondernemer in de nakoming van de overeenkomst.

Overige beginselen/uitgangspunten/regelgeving

26. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft de gemeente verklaard dat zij alle belangen

zorgvuldig heeft afgewogen, waaronder ook haar belang dat de aan te besteden opdracht ditmaal deugdelijk en zonder vertraging wordt uitgevoerd. A heeft dat niet gemotiveerd weersproken, zodat appellarbiters ervan uitgaan dat die belangenafweging heeft plaatsgevonden. Dat daarbij geen doorslaggevend gewicht is toegekend aan de belangen van A, zoals de investeringen in (de uitvoering van) deze opdracht, achten appellarbiters niet onredelijk. Dat A ook als deelnemer van een combinatie is uitgesloten van de aanbesteding, maakt dat niet anders. Daarbij nemen appellarbiters nog in aanmerking dat de gemeente tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft verklaard dat zij er geen bezwaar tegen heeft als A bij de uitvoering van het werk als onderaannemster wordt ingeschakeld. Van strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel is appellarbiters al met al niet gebleken.

27. A heeft onvoldoende toegelicht en aannemelijk gemaakt dat de gemeente het vertrouwensbeginsel heeft geschonden. Volgens A mocht zij erop vertrouwen dat de gemeente het door haar zelf opgestelde Inkoop- en aanbestedingsbeleid X 2013 en de ARW 2012 zou

naleven bij het voeren van een aanbestedingsprocedure. In het Inkoop- en aanbestedingsbeleid staat dat de gemeente de relevante wet- en regelgeving naleeft, wat volgens A niet het geval is. Zoals overwogen, blijkt echter niet dat de gemeente in strijd gehandeld heeft met de aanbestedingsregelgeving, zodat het beroep op het vertrouwensbeginsel al daarom faalt.

28. Ook voor het overige is onvoldoende gesteld en/of gebleken dat de gemeente in strijd heeft gehandeld met eerder genoemde regelgeving en beginselen/uitgangspunten.

Slotsom in appel

29. Appellarbiters komen tot de slotsom dat de grieven van A falen en het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd. (*Enz., enz., Red.*)

Noot Inleiding

1. Sinds de aanbestedingsreglementen die aanbestedende diensten toepassen niet langer een arbitragebeding bevatten, behandelt de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: RvA) zelden aanbestedingszaken. Bovenstaande uitspraak is dus reeds in dat opzicht bijzonder. In dit geval berustte de bevoegdheid van arbiters op een compromis als bedoeld in artikel 1020 lid 2 Rv waarbij de betrokken partijen, een gemeente en een aannemer, waren overeengekomen een bestaand geschil aan de RvA voor te leggen. [2] Bovenstaande uitspraak is een vonnis in hoger beroep, dat in kort geding is behandeld. [3]

2. Het geschil betreft de vraag of de gemeente gehouden was de aannemer uit te nodigen voor een meervoudig onderhandse procedure. De gemeente had haar beslissing om de aannemer deelneming aan die procedure te onthouden gebaseerd op de prestaties van de aannemer bij een eerder in haar opdracht uitgevoerd werk, oftewel *past performance*. In deze noot ga ik in op de mogelijkheid om *past performance* in aanmerking te nemen bij het selecteren van ondernemers voor onderhandse procedures en de intensiteit van rechterlijke toetsing van selectiebeslissingen bij onderhandse procedures.

Juridisch kader voor selectie van ondernemers voor onderhandse aanbestedingen

3. Op grond van artikel 1.4 lid 1 aanhef en sub b van de Aanbestedingswet 2012 dient de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf (hierna: de aanbesteder) zijn keuze voor de ondernemer of de ondernemers die tot een aanbestedingsprocedure worden toegelaten, te baseren op objectieve criteria. Deze bepaling is via een nota van wijziging in de Aanbestedingswet 2012 terecht gekomen en beoogt te voorkomen, dat bij onderhandse aanbestedingen telkens dezelfde ondernemers aan bod komen. [4] Bij objectieve criteria valt volgens de toelichting bij de nota van wijziging te denken aan ervaring in de desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden of 'andere elementen'. [5] Blijkens deze laatste toevoeging gaat het om een niet-uitputtende opsomming.

4. Een aanbesteding is een precontractuele rechtsverhouding. Op het selecteren van ondernemers voor deelneming aan een onderhandse aanbesteding zijn daarom tevens de eisen van redelijkheid en billijkheid van toepassing. Voor zover de organen van een aanbesteder bestuursorganen zijn, gelden voorts de geschreven en ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur. [6] Volgens de toelichting bij de nota van wijziging geeft artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012 verdere invulling aan deze eisen en beginselen. [7] Tevens is aangegeven, dat het wetsvoorstel niet afdoet aan algemene rechtsregels uit andere bronnen (bedoeld zijn de eisen van redelijkheid en billijkheid en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur). [8] Hieruit valt af te leiden dat de eisen van redelijkheid en billijkheid en de beginselen van algemeen behoorlijk bestuur zelfstandige betekenis hebben behouden en dat toetsing van een beslissing van een aanbesteder aan deze eisen en beginselen mogelijk blijft naast toetsing aan artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012.

5. Tot slot zijn aanbesteders bij het selecteren van ondernemers voor onderhandse aanbestedingen gebonden aan hun inkoopbeleid, voor zover aanwezig. Voor aanbesteders waarvan de organen bestuursorganen zijn, vloeit die gebondenheid voort uit artikel 4:84 Awb. Voor andere aanbesteders is die gebondenheid te baseren op de eisen van redelijkheid en billijkheid.

Intensiteit van rechterlijke toetsing

6. Appellarbiters nemen in bovenstaande uitspraak - net als arbiters in eerste aanleg - tot uitgangspunt, dat het selecteren van ondernemers voor deelneming aan een meervoudig onderhandse procedure een discretionaire bevoegdheid van de aanbesteder is. De beslissing om een ondernemer al dan niet uit te nodigen voor deelneming aan een meervoudig onderhandse procedure kan daardoor slechts marginaal worden getoetst. De rechter (of in dit geval arbiters) kan (kunnen) pas ingrijpen als de aanbesteder in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen (r.o. 18).

7. Deze overwegingen zijn naar mijn oordeel juist. Artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 laat de aanbesteder aanzienlijke vrijheid om de criteria te bepalen voor het selecteren van ondernemers voor deelneming aan een onderhandse aanbesteding. De rechter heeft die vrijheid te respecteren. Daarom is een marginale toetsing van de keuze van de aanbesteder voor die criteria aangewezen. Dit geldt vervolgens ook voor de toepassing van die criteria, althans voor zover die criteria de aanbesteder beoordelingsruimte laten. Deze benadering is ook te herkennen in de rechtspraak over de keuze van de aanbesteder voor gunningscriteria en de toepassing daarvan. [9]

8. Bij het toetsen van de door de aanbesteder gekozen criteria en het handelen van de aanbesteder aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inkoopbeleid en artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012, welke bepaling een nadere invulling geeft aan de eerder genoemde beginselen, mag de rechter zich niet beperken tot een marginale toetsing. De Hoge Raad heeft immers geoordeeld dat privaatrechtelijk handelen van overheden vol aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moet worden getoetst. [10] De rechter zal dus bijvoorbeeld, indien gevraagd, vol moeten toetsen of de door de aanbesteder gehanteerde criteria objectief en niet-discriminator zijn. Appellarbiters gaan niet expliciet in op de intensiteit van toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het inkoopbeleid en artikel 1.4 van de Aanbestedingswet 2012, maar lijken het onderscheid met de intensiteit van toetsing van de keuze voor de criteria niettemin te onderkennen.

De Kadasterzaak

9. Is bovenstaand vonnis van appellarbiters in overeenstemming met de uitspraak van de Hoge Raad in de roemruchte Kadasterzaak? [11] In dit arrest, dat krap een maand na het vonnis van appellarbiters is geweest, oordeelde de Hoge Raad dat de aanbesteder bij een meervoudig onderhandse procedure vrij is in de keuze van degenen die hij wenst uit te nodigen tot het doen van een aanbieding, mits die keuze is gebaseerd op objectieve criteria. [12] Het hof had in hoger beroep nog overwogen dat de aanbesteder "in beginsel" vrij is in die keuze, maar de Hoge Raad nam afstand van deze clausulering. [13] Sluit de Hoge Raad daarmee zelfs een marginale toetsing van de beslissing van de aanbesteder voor de keuze van de criteria voor het selecteren van ondernemers voor een onderhandse aanbesteding en de toepassing van die criteria uit?

10. Dit kan naar mijn oordeel niet als juist worden aanvaard. Geen vrijheid is onbegrensd. Bestuursorganen zijn op grond van artikel 3:4 lid 1 Awb gehouden de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af te wegen, voor zover uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid niet een beperking voortvloeit. Deze bepaling is krachtens de schakelbepaling van artikel 3:1 lid 2 Awb ook van toepassing op privaatrechtelijk handelen. Van de rechter kan niet worden verlangd op de stoel van de aanbesteder plaats te nemen en ondernemers aan te wijzen die aan een onderhandse aanbesteding mogen deelnemen, maar een enige mate van rechterlijke controle op de beslissingen van de aanbesteder is wenselijk en noodzakelijk, zeker als de organen van de aanbesteder bestuursorganen zijn. Van een rechtsvrije ruimte kan in een rechtsstaat geen sprake zijn. [14]

Past performance als objectief criterium

11. Terug naar het vonnis van appellarbiters. De meervoudig onderhandse procedure die in deze zaak centraal staat heeft een opvallende voorgeschiedenis. Zij betreft namelijk een werk dat opnieuw in de markt is gezet, omdat de overeenkomst met de aannemer waaraan het werk in eerste instantie was gegund, door de gemeente wegens toerekenbaar tekortschieten van de aannemer buitengerechtelijk was ontbonden. De vermeende tekortkoming bestond uit de onmogelijkheid om het werk tijdig te kunnen opleveren. Uitgerekend de aannemer die het in de ogen van de gemeente had verknald, probeerde door middel van een arbitrageprocedure deelneming aan de meervoudig onderhandse procedure af te dwingen. De gemeente had hem vooraf uit eigen beweging medegedeeld, dat hij in verband met de ontbinding van de overeenkomst geen uitnodiging tot deelneming aan de meervoudig onderhandse procedure zou ontvangen. [15]

12. Over de bevoegdheid van de gemeente om de overeenkomst te ontbinden en de aansprakelijkheid van de aannemer voor de schade die de gemeente als gevolg daarvan had geleden, was al geprocedeerd bij de RvA. De gemeente is in die arbitrageprocedure in het gelijk gesteld. [16] Aannemer heeft appel ingesteld tegen het vonnis, maar ten tijde van het vonnis van appellarbiters in de onderhavige zaak, was nog niet vonnis geweest. Arbiters in eerste aanleg zagen in de onderhavige zaak af van een volledige beoordeling van de bevoegdheid van de gemeente om de overeenkomst ontbinden. Zij overwogen dat het dossier geen aanleiding gaf om er op

voorhand van uit te moeten gaan dat het vonnis in de bodemprocedure naar alle met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid in hoger beroep geen stand zou houden. Deze overwegingen doen denken aan de maatstaf die geldt voor de beoordeling van een vordering die strekt tot schorsing van de executie van een rechterlijke uitspraak. [17] Appellarbiters beoordelen wel inhoudelijk of de gemeente bevoegd was de overeenkomst met aannemer te ontbinden. Zij oordelen op basis van door partijen overgelegde stukken, dat de gemeente *past performance* in voldoende mate heeft geobjectiveerd en geconcretiseerd (r.o. 24). Van een schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het inkoopbeleid van de gemeente is voorts niet gebleken. Appellarbiters onderschrijven daarom het oordeel van arbiters in eerste aanleg, dat de gemeente in redelijkheid tot de beslissing kon komen om de aannemer niet uit te nodigen voor deelneming aan de meervoudig onderhandse procedure (r.o. 21).

13. Deze overwegingen zijn goed te volgen. *Past performance* ziet op ervaring met eerder uitgevoerde werken. Ervaring is in de parlementaire geschiedenis expliciet genoemd als element dat in aanmerking kan worden genomen bij het selecteren van ondernemers voor deelneming aan een onderhandse aanbesteding. De gemeente heeft ervaring als criterium voor het selecteren van ondernemers voor deelneming aan een meervoudig onderhandse procedure geconcretiseerd in 'ontbinding van de overeenkomst wegens toerekenbaar tekortschieten'. Hierdoor is *past performance* naar mijn mening in voldoende mate geobjectiveerd om de toets aan artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 te kunnen doorstaan. Het vonnis in de bodemprocedure had geen kracht van gewijsde en kon daardoor niet doorslaggevend zijn. Niettemin had de gemeente met dit vonnis een sterke troef in handen om de gestelde tekortkoming van de aannemer te onderbouwen en daarmee haar beslissing om de aannemer niet uit te nodigen te rechtvaardigen.

14. Overigens ben ik met appellarbiters eens dat een onherroepelijke uitspraak geen vereiste is om een toerekenbare tekortkoming bij een eerder uitgevoerd werk in aanmerking te nemen bij een beslissing om een aannemer deelneming aan een onderhandse aanbesteding te onthouden (r.o. 22), maar zonder zal een aanbesteder meer moeite moeten doen om zijn beslissing te staven met feiten en omstandigheden. Als een ondernemer de beslissing van de aanbesteder in voorkomend geval aanvecht, is een *trial-in-a-trial* onvermijdelijk.

15. Moeite heb ik met de vervolgoverwegingen van appellarbiters. De aannemer had (subsidiar) gevorderd de gemeente te gebieden de aanbesteding uit te stellen, totdat in appel over de ontbinding van de overeenkomst en de aansprakelijkheid van aannemer was beslist. Appellarbiters wijzen deze vordering op basis van de volgende overweging af: '*Mocht geoordeeld worden dat deze buitengerechtelijke ontbinding voortijdig was, dan is daarmee niet gezegd dat de gemeente gezien de feitelijke uitvoering van het werk door A niet in redelijkheid, op objectieve gronden tot haar keuze heeft kunnen komen. In zijn algemeenheid is in dit soort situaties niet vereist dat een eerdere ervaring alleen mag worden meegenomen als sprake is van toerekenbare tekortkomingen van de ondernemer in de nakoming van de overeenkomst.*'

16. Artikel 1.4 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 laat aanbesteders zoals gezegd aanzienlijke ruimte om invulling te geven aan de objectieve criteria voor het selecteren van ondernemers voor deelneming aan onderhandse aanbestedingen. Als aanbesteders *past performance* willen meewegen, mogen zij inderdaad andere aspecten dan toerekenbare tekortkomingen in aanmerking nemen. In dit specifieke geval had de gemeente haar beslissing om de aannemer deelneming aan de meervoudig onderhandse procedure te onthouden echter gebaseerd op de ontbinding van een overeenkomst wegens toerekenbare tekortschieten van de aannemer. Dit is een criterium met een binair karakter. Er is immers sprake van een toerekenbare tekortkoming of niet, meer smaken zijn er niet. Indien vast zou komen te staan dat de aannemer niet tekort was geschoten, zou de feitelijke grondslag aan de beslissing van de gemeente om de aannemer niet uit te nodigen, komen te ontvallen. De beslissing van de gemeente zou dan naar mijn oordeel onrechtmatig zijn geweest.

17. Dat appellarbiters de zaak niet wilden aanhouden, totdat in appel over de ontbinding van de overeenkomst en de aansprakelijkheid van aannemer zou zijn beslist, is gelet op het karakter van de procedure (het geschil is in kort geding behandeld) overigens wel te begrijpen.

18. Ik sluit af met een algemene opmerking over meewegen van *past performance* bij het selecteren van ondernemers voor onderhandse aanbestedingen. Een aanbesteder die ondernemers selecteert op basis van *past performance* kan daarbij andere aspecten dan toerekenbare tekortkomingen in aanmerking nemen, zoals de kwaliteit van de uitvoering. In dat geval is hij naar mijn mening wel gehouden om de prestaties van ondernemers met behulp objectieve criteria te meten en deze criteria van tevoren aan ondernemers kenbaar te maken. Aannemers die vanwege wanprestatie te maken krijgen beëindiging van contracten moeten er rekening mee houden, dat zij bij een volgende onderhandse aanbesteding worden gepasseerd. Dit is anders wanneer de aannemer wordt tegengeworpen, dat 'zijn prestaties niet aansloten op het wensbeeld van de aanbesteder'. [18] Dit is immers erg subjectief. Indien de aanbesteder de kwaliteit van de uitvoering van eerder uitgevoerde werken in aanmerking wil nemen bij het selecteren van ondernemers voor onderhandse procedures, is een concretisering van *past performance* noodzakelijk om niet in strijd te handelen met de in

artikel 1.4 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 opgenomen verplichting om ondernemers op basis van objectieve criteria te selecteren.

A.J. van Heeswijck

[1] Arthur van Heeswijck is zelfstandig advocaat en als docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.

[2] Art. 4.26 Aanbestedingswet 2012 staat arbitrage in aanbestedingsgeschillen onder voorwaarden toe.

[3] Het in eerste aanleg gewezen vonnis betreft RvA 17 december 2015, No. 35.637, n.n.g.

[4] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 11.

[5] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 16.

[6] Dit geldt overigens alleen voor aanbesteders met a-organen als bedoeld in art. 1:1 lid 1 sub a Awb. Zie meer uitgebreid over de reikwijdte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij aanbesteden A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 105-106.

[7] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 15.

[8] *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 14.

[9] Zie recent bijv. Hof Den Bosch 10 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1847, r.o. 3.6.2; Vzng. Rb. Gelderland 2 mei 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2863, r.o. 4.4. Zonder kritiek is de terughoudende rechterlijke toetsing niet; zie recent C.M.C. Wagemakers & J.J. van Loenen-De Wild, 'Rechtsbescherming in aanbestedingen: een utopie?' *BR* 2016, p. 87-96.

[10] HR 27 maart 1987, *NJ* 1987/727 (*Ikon/gemeente Amsterdam*). Zie specifiek in relatie tot aanbestedingen HR 24 april 1992, *NJ* 1993/232 (*Provincie Zeeland/Hoondert*).

[11] HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, *JAAN* 2016/69, m.nt. 't Hart.

[12] HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 4.2.3. en r.o. 4.3.2. De Aanbestedingswet 2012 was overigens niet van toepassing op de aanbesteding die in deze zaak centraal stond, maar de in deze wet opgenomen uitgangspunten zouden volgens de HR ook voor de periode voordien als geldend recht moeten worden aangemerkt (r.o. 4.2.2.). Het arrest is daarom ook relevant voor de interpretatie van de Aanbestedingswet 2012.

[13] Dit is opmerkelijk, want in de toelichting bij de nota van wijziging valt letterlijk te lezen: 'In beginsel staat het aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven vrij om de wijze te bepalen waarop zij komen tot de keuze voor een ondernemer aan wie zij de opdracht verstrekken.' Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 440, nr. 11, p. 14.

[14] R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *De Haan-Drupsteen-Fernhout. Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 155.

[15] De gemeente deed dit onverplicht, want op grond van art. 1.4 lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 hoeft de motivering pas op schriftelijk verzoek te worden verstrekt.

[16] RvA 29 juli 2015, No. 35.450.

[17] HR 22 april 1983, *NJ* 1984/145 (*Ritzen/Hoekstra*), r.o. 17.

[18] Vgl. de overwegingen van arbiters in eerste aanleg, RvA 17 december 2015, No. 35.637, r.o. 18.