

# TA 2015(4) 58 Art. - Annotatie bij prejudiciële vragen van de Hoge Raad bij arrest van 27 maart 2015

06-08-2015

Auteur(s): Fimerius, M.M.; Goedegebure, H.P.C.

*De Hoge Raad heeft bij arrest van 27 maart 2015 een aantal vragen gesteld over de rol van het evenredigheidsbeginsel<sup>1</sup> bij het uitsluiten van een inschrijver in verband met het van toepassing zijn van de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout, zoals deze is neergelegd in de huidige Aanbestedingsrichtlijn<sup>2</sup> (hierna: Richtlijn 2004/18/EG).*

## Inleiding

Prejudiciële vragen van de Nederlandse rechter aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) over de uitleg van de aanbestedingsrichtlijnen komen niet vaak voor.<sup>3</sup> Een van de schaarse voorbeelden in dit kader is het vonnis van de Rechtbank Assen<sup>4</sup>, waarin vragen zijn gesteld over de uitleg van de oude Rechtsbeschermingsrichtlijn<sup>5</sup>. In deze zaak vroeg de Rechtbank Assen, kort gezegd, aan het HvJ of het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingen voldoet aan de eisen die voortvloeien uit onder meer de oude Rechtsbeschermingsrichtlijn. Daarnaast valt nog te wijzen op de op 29 oktober 1996 door het Gerechtshof Arnhem gestelde vragen<sup>6</sup> ten aanzien van de uitleg van oude Dienstenrichtlijn<sup>7</sup> en de door de Rechtbank Den Haag gestelde prejudiciële vragen<sup>8</sup> over de oude Werkenrichtlijn.

In deze annotatie wordt ingegaan op de procedure die aanleiding heeft gegeven tot de recentelijk door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen over de rol van het evenredigheidsbeginsel en wordt vooruitgeblikt naar de mogelijke uitkomst van het verzoek om een prejudiciële beslissing van het HvJ.<sup>9</sup>

## De casus

Het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) heeft in 2012 een Europese openbare aanbesteding gehouden voor de "dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking" (hierna: de Opdracht).

Op de aanbestedingsprocedure is het Besluit aanbesteding overheidsopdrachten (hierna: Bao) van toepassing. In de aanbestedingsvoorwaarden is opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd. Voor de uitsluitingsgronden wordt in het aanbestedingsdocument verwezen naar de Uniforme eigen verklaring aanbestedingen (hierna: Eigen Verklaring), waarin zowel de verplichte uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 1 Bao, als de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 45 lid 3 Bao zijn opgenomen.

De Opdracht is door VWS voorlopig gegund aan een combinatie, bestaande uit Transvision, RMC en ZCN (hierna: de Combinatie). Connexion is als tweede inschrijver geëindigd.

Wanneer na voorlopige gunning blijkt dat aan leden van de Combinatie boetes zijn opgelegd wegens overtreding van artikel 6 van de Mededingingswet (hetgeen kwalificeert als een ernstige beroepsfout, een van de facultatieve uitsluitingsgronden)<sup>10</sup>, besluit VWS desondanks zijn eerdere gunningsbeslissing te handhaven. In een aan de betrokken inschrijvers gerichte toelichting op deze beslissing, stelt VWS onder meer dat het op grond van het Europese en nationale recht slechts tot uitsluiting kan overgaan indien uitsluiting in de gegeven omstandigheden proportioneel is.

Volgens VWS is uitsluiting van de Combinatie op grond van een ernstige beroepsfout in het onderhavige geval niet proportioneel. VWS heeft daarbij de volgende aspecten betrokken, te weten (i) de ernst van de overtredingen, (ii) de mate van betrokkenheid bij de overtredingen van leidinggevenden, (iii) de sinds de overtredingen verstreken tijd, (iv)

een verband met de onderhavige aanbesteding, (v) de wegens de overtredingen opgelegde sancties, (vi) de maatregelen die getroffen zijn om herhaling te voorkomen, (vii) de omvang van de aanbestede opdracht en (viii) de houding van de Combinatie.

Connexion start vervolgens een kort geding, waarin zij onder meer stelt dat de door VWS toegepaste proportionaliteitstoets in strijd is met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel.

## Procesverloop

In eerste aanleg acht de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag<sup>11</sup> de door VWS aangelegde proportionaliteitstoets uit het oogpunt van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie ontoelaatbaar. De voorzieningenrechter overweegt in dit kader het volgende (r.o. 4.8):

*“Nog daargelaten de vraag of het binnen de kaders van het aanbestedingsrecht mogelijk is om na het constateren van de toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond per inschrijver te beoordelen of hij al dan niet behoort te worden uitgesloten, geldt dat het Beschrijvend Document noch het Bao aanknopingspunten biedt voor de door VWS blijkens de Toelichtingsbrief toegepaste proportionaliteitstoets. De aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen van transparantie en gelijke behandeling vereisen dat de voorwaarden inzake de deelneming aan een opdracht tevoren duidelijk moeten zijn bepaald opdat betrokkenen exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle (potentiële) deelnemers gelden, zodat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Voor zover VWS de proportionaliteitstoets wenste aan te leggen, had hij deze dan ook moeten opnemen in het Beschrijvend Document.”*

De Combinatie stelt tegen dit vonnis spoedappel in bij het Hof Den Haag. Het Hof Den Haag oordeelt, kort gezegd, dat VWS door het uitvoeren van een proportionaliteitstoets niet in strijd heeft gehandeld met het gelijkheidsbeginsel en/of het transparantiebeginsel.<sup>12</sup> Het hof overweegt dat uit het Nederlandse aanbestedingsrecht volgt dat een aanbestedende dienst moet toetsen of uitsluiting proportioneel is. Het hof verwijst in dit kader naar de volgende passage uit de Nota van Toelichting (hierna: NvT) bij het Bao:

*“De in het derde lid van artikel 45 opgenomen uitsluitingsgronden betreffen in tegenstelling tot het eerste lid niet de verplichting om uit te sluiten, maar de mogelijkheid om een ondernemer op bepaalde gronden uit te sluiten. (...) De beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan en voor hoe lang die uitsluiting geldt, dient gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen steeds proportioneel en niet-discriminatoire te zijn. Proportioneel houdt in dat de uitsluiting en de duur van die uitsluiting in verhouding moeten staan tot de ernst van de onregelmatige gedraging. Ook moeten de uitsluiting en de duur daarvan in verhouding staan tot de omvang van de overheidsopdracht (...) Dit betekent dat er steeds sprake is van maatwerk, omdat elke aanbestedende dienst per opdracht moet nagaan of hij in het concrete geval (afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en wat voor maatregelen het bedrijf inmiddels genomen heeft) moet uitsluiten.”*

Het hof overweegt dat VWS door een evenredigheidstoets uit te voeren derhalve niet in strijd heeft gehandeld met het gelijkheids- en/of transparantiebeginsel. Het hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter en wijst de vorderingen van Connexion af.

Connexion stelt cassatie in tegen het arrest van het Hof Den Haag. Connexion stelt in cassatie onder meer dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie beletten dat een aanbestedende dienst toepassing geeft aan het proportionaliteitsbeginsel na de vaststelling dat sprake is van een ernstige beroepsfout, indien in de aanbestedingsvoorwaarden is vermeld dat die facultatieve uitsluitingsgrond zal worden toegepast.

De Hoge Raad overweegt dat uit de NvT bij artikel 45 lid 3 Bao volgt dat de beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan, gelet op de algemene uitgangspunten van de richtlijn, steeds proportioneel en niet-discriminatoire dient te zijn en dat elke aanbestedende dienst derhalve in het concrete geval behoort na te gaan, afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en de maatregelen die het bedrijf inmiddels heeft genomen, of een onderneming van inschrijving moet worden uitgesloten. Het nationale recht verplicht een aanbestedende dienst dan ook ertoe om bij toepasselijkheid van een facultatieve uitsluitingsgrond aan de hand van

het proportionaliteitsbeginsel te bepalen of daadwerkelijk uitsluiting van de betrokken inschrijver moet volgen, aldus de Hoge Raad.<sup>13</sup>

De Hoge Raad overweegt dat de verplichting om een proportionaliteitstoets te verrichten, moet worden beschouwd als een nationaalrechtelijke versoepeling van de criteria voor de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden. Blijkens artikel 45 lid 2, tweede alinea van Richtlijn 2004/18/EG dient een dergelijke nationaalrechtelijke versoepeling het Unierecht te eerbiedigen. De aanbestedende dienst zal bij het verrichten van de proportionaliteitstoets dan ook de beginselen van gelijke behandeling en transparantie dienen te respecteren, aldus de Hoge Raad.<sup>14</sup>

### **Prejudiciële vraag 1.a.: is de nationaalrechtelijke verplichting om te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel in strijd met Europees recht?**

Volgens de Hoge Raad is in de rechtspraak van het HvJ nog niet de vraag beantwoord of het Europese recht, in het bijzonder artikel 45 lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG, zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst naar nationaal recht verplicht is met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan. De Hoge Raad stelt hierover de volgende prejudiciële vragen aan het HvJ:

*“1. a. Verzet het Unierecht, in het bijzonder artikel 45 lid 2 van de Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, zich ertegen dat het nationale recht een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan?”*

*b. Is hierbij van belang dat een aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling?*

*2. Indien het antwoord op vraag 1.a ontkennend luidt: verzet het Unierecht zich ertegen dat de nationale rechter de beoordeling aan de hand van het evenredigheidsbeginsel zoals die door een aanbestedende dienst in het concrete geval is verricht, niet ‘vol’ toetst, maar volstaat met de (‘marginale’) toets of de aanbestedende dienst in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om een inschrijver die een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 45 lid 2, eerste alinea, van de Richtlijn heeft begaan, desalniettemin niet uit te sluiten?”*

In deze annotatie gaan wij met name in op prejudiciële vraag 1.a. Tevens zeggen wij kort iets over prejudiciële vraag 1.b. Prejudiciële vraag 2. laten wij in deze annotatie onbesproken.

### **De plaats van het evenredigheidsbeginsel in het Europees recht**

Het evenredigheidsbeginsel is een van de leidende beginselen in het Europese recht in het algemeen, en het aanbestedingsrecht in het bijzonder. Het beginsel houdt, kort gezegd, in dat een maatregel niet verder mag gaan dan noodzakelijk is om de nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken.

Het evenredigheidsbeginsel speelt allereerst een grote rol bij de bevoegdheidsvraag van de Europese Unie. Zo mag krachtens het evenredigheidsbeginsel de inhoud en de vorm van het optreden van de Unie niet verder gaan dan wat nodig is om de doelstellingen van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie te verwezenlijken.<sup>15</sup>

Ook aanbestedende diensten dienen het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Dit is onder meer neergelegd in de tweede overweging uit de considerans van Richtlijn 2004/18/EG, waarvan de eerste volzin als volgt luidt:

*“Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.”*

Ten aanzien van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden is daarnaast expliciet in Richtlijn 2004/18/EG bepaald dat de lidstaten de voorwaarden voor de toepassing van deze uitsluitingsgronden dienen te bepalen onder eerbiediging van het communautaire recht.<sup>16</sup> Het HvJ heeft bevestigd dat het evenredigheidsbeginsel een algemeen beginsel van communautair recht is.<sup>17</sup>

In overweging 1 uit de considerans van Richtlijn 2014/24/EU wordt eveneens expliciet verwezen naar het evenredigheidsbeginsel:

*“Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.”*

Geconcludeerd kan worden dat de lidstaten bij de implementatie van de richtlijnen, en in het bijzonder bij het implementeren van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden, het evenredigheidsbeginsel in acht dienen te nemen. Om deze reden lijkt het dan ook niet aannemelijk dat een in het kader van de implementatie van Richtlijn 2004/18/EG opgenomen nationaalrechtelijke verplichting om het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen bij de toepassing van de uitsluitingsgronden in strijd zal worden geacht met het Unierecht.

## Self-cleaning

Een bevestiging van deze conclusie kan ook worden gevonden in het onderzoek van Arrowsmith uit 2009 naar het concept van ‘self cleaning’.<sup>18</sup> ‘Self-cleaning’ wordt met name in Oostenrijkse en Duitse jurisprudentie geaccepteerd als grondslag om een inschrijver waar een uitsluitingsgrond op van toepassing is, niet uit te sluiten.<sup>19</sup>

‘Self-cleaning’ is een uitvloeisel van het evenredigheidsbeginsel en ziet, kort gezegd, op de mogelijkheid dat een onderneming waar een uitsluitingsgrond op van toepassing is, niet wordt uitgesloten op grond van het feit dat deze onderneming bepaalde maatregelen heeft genomen die borgen dat de gedragingen die aanleiding hebben gegeven tot het van toepassing zijn van de uitsluitingsgrond, zich in de toekomst niet meer voor zullen doen.<sup>20</sup>

Voorbeelden van maatregelen die kunnen worden gekwalificeerd als ‘self-cleaning’ zijn het ophelderen van de relevante feiten en omstandigheden, het vergoeden van eventuele schade en het nemen van personele en organisatorische maatregelen. Indien de onderneming waar een uitsluitingsgrond op van toepassing is in de gegeven omstandigheden afdoende maatregelen heeft genomen, zal uitsluiting volgens dit principe niet evenredig zijn.

Arrowsmith betoogt dat lidstaten verplicht zijn om in het kader van de uitsluitingsgronden rekening te houden met de aanwezigheid van maatregelen in verband met ‘self-cleaning’.<sup>21</sup>

Ter onderbouwing van deze stelling zet Arrowsmith in haar onderzoek uitgebreid uiteen wat de doelstellingen van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden zijn. In het licht van deze uiteenzetting komt zij tot de conclusie dat uitsluiting van een onderneming niet altijd noodzakelijk is om de doelstellingen van de uitsluitingsgronden te bereiken. Het toelaten van ondernemingen die voldoende ‘self-cleaning’ maatregelen hebben genomen, is volgens Arrowsmith immers een minder vergaande maatregel waarmee de doelstellingen van de uitsluitingsgronden even goed – en soms zelfs beter – worden bereikt. Door Arrowsmith wordt gesteld dat nu laatstgenoemde maatregel minder vergaand is, aanbestedende diensten op grond van het evenredigheidsbeginsel *verplicht* zijn de in het kader van ‘self-cleaning’ genomen maatregelen in acht te nemen, en niet zonder voorafgaande evenredigheidstoets over mogen gaan tot uitsluiting.

In de stellingen van Arrowsmith kan een bevestiging worden gevonden van de conclusie dat een verplichting om in het kader van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, niet snel in strijd zal komen met Europees recht. Integendeel, volgens Arrowsmith vereist het Europees recht juist lijkt een dergelijke toetsing.

Overigens spreekt Richtlijn 2004/18/EG zelf niet over het concept van ‘self-cleaning’. De 2011 *Green Paper on public procurement* spreekt in dit kader van een *“important issue on which the current EU public procurement Directives remain silent”*.<sup>22</sup> De Aanbestedingswet 2012 bevat wel een regeling van ‘self-cleaning’. Zo is in artikel 2.88 aanhef en

onder b opgenomen dat de aanbestedende dienst kan afzien van toepassing van de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden indien de gegadigde of inschrijver naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende maatregelen heeft genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen. In dergelijke gevallen zal uitsluiting niet evenredig zijn, zo lijkt de gedachte. Het is hierbij van belang om op te merken dat de aanbestedende dienst enige mate van vrijheid heeft bij de afweging of uiteindelijk tot uitsluiting wordt overgegaan. De aanbestedende dienst hoeft immers alleen af te zien van uitsluiting indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende maatregelen zijn genomen. Een dergelijke vrijheid kan op gespannen voet komen te staan met het gelijkheidsbeginsel.

Ook in Richtlijn 2014/24/EU is 'self-cleaning' wel terug te vinden. Zo bepaalt artikel 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU dat de ondernemer waar een uitsluitingsgrond op van toepassing is, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dit bewijs door de aanbestedende dienst toereikend wordt geacht, wordt de onderneming niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Blijkens voornoemde bepaling dient de onderneming in dit kader te bewijzen dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of beroepsfouten heeft betaald of heeft toegezegd te vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere inbreuken of fouten te voorkomen. Deze door de onderneming genomen maatregelen dienen te worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de gedraging die aanleiding heeft gegeven tot het van toepassing zijn van de uitsluitingsgrond, aldus Richtlijn 2014/24/EU.

Vornoemde regeling is geïmplementeerd in een nieuw artikel 2.87a van het concept wetsvoorstel in verband met de implementatie van onder meer Richtlijn 2014/24/EU<sup>23</sup>. Over de grondslag van deze regeling is de concept Memorie van Toelichting helder:

*“De beslissing om een gegadigde of inschrijver al dan niet uit te sluiten moet proportioneel en niet-discriminair zijn.”<sup>24</sup>*

## **Gelijkheid versus evenredigheid**

Indien een aanbestedende dienst ervoor kiest een bepaalde facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing te verklaren, is hij op grond van het gelijkheids- en vertrouwensbeginsel ook gehouden deze uitsluitingsgrond toe te passen op alle inschrijvers. Ook als de aanbestedende dienst vervolgens toetst of het evenredigheidsbeginsel met zich brengt dat in een bepaald geval niet moet worden overgegaan tot uitsluiting, zal de aanbestedende dienst het gelijkheidsbeginsel in acht dienen te nemen. De evenredigheidstoets in het kader van de uitsluiting zal dus niet mogen leiden tot een ongelijke behandeling van inschrijvers. A-G Keus merkt ten aanzien van dit punt in zijn conclusie op dat het risico van ongelijke behandeling van inschrijvers als gevolg van de evenredigheidstoets kleiner zal zijn naarmate deze toets wordt uitgevoerd aan de hand van redelijke, relevante en zoveel mogelijk reeds vooraf kenbare criteria.<sup>25</sup>

## **Conclusie t.a.v. prejudiciële vraag 1.a.**

Het ligt in de lijn der verwachting dat het HvJ in zijn prejudiciële beslissing zal oordelen dat de nationaalrechtelijke verplichting om in het kader van de toepassing van de uitsluitingsgronden te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel in lijn is met het Europees recht.

## **Evenredigheidstoets uitgesloten door aanbestedingsdocument?**

In onderhavige aanbesteding is door VWS in de aanbestedingsdocumenten de volgende zin opgenomen:

*“Een inschrijving waarop een Uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling”.*

Vornoemde zin lijkt een evenredigheidstoets uit te sluiten. A-G Keus stelt dat de verplichting om te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel ook dan geldt:

*“Deze verplichting geldt naar mijn mening ook dan, wanneer – zoals in onderhavige zaak – in de aanbestedingsdocumenten niet expliciet melding wordt gemaakt van het feit dat, alvorens tot uitsluiting wordt overgegaan, een proportionaliteitstoets wordt uitgevoerd. Waar het aanbestedingsrecht de proportionaliteitstoets dwingend voorschrijft, is het niet noodzakelijk dat de aanbestedingsstukken daarvoor een uitdrukkelijke grondslag bieden.”<sup>26</sup>*

In dit verband trekt A-G Keus een parallel met het arrest *HR Staat/KPN*<sup>27</sup>, waaruit, kort gezegd, volgt dat facultatieve uitsluitingsgronden in de aanbestedingsdocumenten dienen te zijn opgenomen, maar dat de aanbestedende dienst zich wel kan beroepen op uitsluitingsgronden die dwingend zijn voorgeschreven in artikel 45 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG, ook als deze niet in de aanbestedingsdocumenten zijn opgenomen.

Interessant in dit kader is een recent arrest van het Hof Den Haag<sup>28</sup>, waarin het geschil zich concentreerde op de vraag of het Rijkswaterstaat als aanbestedende dienst vrij stond om de inschrijving van Haskoning als ongeldig terzijde te leggen, nu door Haskoning, kort gezegd, naast een inschrijving in hard copy en digitaal op USB, niet tevens tijdig de door de aanbestedingsdocumenten vereiste complete inschrijving op juiste wijze op TenderNed was geüpload. In het daar onderhavige geval was het ARW 2012 van toepassing, waarvan artikel 7.16.1 als volgt luidt:

*“Een inschrijving die niet voldoet aan de eisen gesteld in dit reglement, de uitnodiging tot inschrijving en de voor de inschrijving relevante stukken, is ongeldig.”*

Het Hof Den Haag overweegt dat het evenredigheidsbeginsel een algemeen beginsel van aanbestedingsrecht is en dat dit beginsel voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure geldt. Het beginsel brengt, aldus het hof, met zich dat de reactie van de aanbestedende dienst op een verzuim van een inschrijver in verhouding tot dat verzuim dient te staan. Ten aanzien van voornoemde bepaling uit het ARW 2012 overweegt het hof vervolgens als volgt:

*“Anders dan Rijkswaterstaat betoogt, staat artikel 7.16.1 ARW 2012 aan deze toepassing van het proportionaliteitsbeginsel niet in de weg, omdat het betreffende artikel de werking van het proportionaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van het aanbestedingsrecht niet uitsluit.”<sup>29</sup>*

Concluderend kan derhalve worden gesteld dat ook indien de aanbestedingsdocumenten geen melding maken van een door de aanbestedende dienst in het kader van de uitsluitingsgronden toe te passen evenredigheidstoets, de aanbestedende dienst in sommige gevallen toch op grond van het evenredigheidsbeginsel kan besluiten een gestelde norm niet strikt toe te passen.

Dat is het geval, indien een specifieke wettelijke regeling de aanbestedende dienst verplicht het evenredigheidsbeginsel toe te passen (zoals het geval is bij de uitsluitingsgronden, vgl. de NvT bij artikel 45 lid 3 Bao, artikel 2.88, aanhef en onder b Aw 2012 en artikel 57 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU).

Daarnaast kan dit onzes inziens het geval zijn, indien de strikte toepassing van een in de aanbestedingsdocumenten gestelde norm leidt tot een ‘kennelijk onevenredig’<sup>30</sup> resultaat. Als een bepaald resultaat ‘kennelijk onevenredig’ is, kan immers worden gezegd, dat ieder normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver behoort te begrijpen dat de aanbestedende dienst op grond van het evenredigheidsbeginsel in dat specifieke geval van strikte toepassing van de gestelde norm zal afzien. In dat geval, komt toepassing van een evenredigheidstoets ook niet in strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Ieder normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver zal begrijpen dat een aanbestedende dienst bij het formuleren van haar normen, niet kan uitsluiten dat zich in de praktijk een situatie kan voordoen waaronder de strikte toepassing van de gestelde normen tot een kennelijk onevenredig resultaat zou leiden.<sup>31</sup>

### **Prejudiciële vraag 1.b.: aanbestedingsvoorwaarden van belang?**

Door de Hoge Raad is tevens de vraag voorgelegd aan het HvJ of het bij de beantwoording van prejudiciële vraag 1.a. van belang is dat een aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft opgenomen dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd en niet meer in aanmerking komt voor verdere inhoudelijke beoordeling. Ten aanzien van deze prejudiciële vraag moet worden opgemerkt dat moeilijk valt in te zien op welke wijze hetgeen in de aanbestedingsvoorwaarden is opgenomen van belang is voor de vraag of

een nationaalrechtelijke verplichting in strijd is met Europees recht. Wat een aanbestedende dienst opneemt in de aanbestedingsdocumenten regardeert de Europeesrechtelijke verplichtingen van een lidstaat immers niet.

## Conclusie

Het ligt niet voor de hand dat het HvJ zal oordelen dat een nationaalrechtelijke verplichting om het evenredigheidsbeginsel in het kader van de uitsluitingsgronden in acht te nemen in strijd is met het Europees recht. Het Europees recht lijkt aanbestedende diensten juist te verplichten om dit beginsel in acht te nemen. Ook in Nederland, zo volgt ook uit het onderzoek van Arrowsmith, zullen aanbestedende diensten derhalve rekening dienen te houden met 'self-cleaning'. Alleen dan zal het besluit van een aanbestedende dienst om een inschrijver uit te sluiten wegens een ernstige beroepsfout evenredig kunnen worden geacht. Anders dan in Richtlijn 2004/18/EG, is in de Aanbestedingswet 2012 en de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU een regeling van 'self-cleaning' opgenomen.

Een grote vrijheid van de aanbestedende dienst om een evenredigheidstoets toe te passen, kan echter op gespannen voet komen te staan met het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Het is derhalve heel bruikbaar dat in de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU een regeling van 'self-cleaning' is opgenomen, waarbij criteria zijn benoemd aan de hand waarvan een aanbestedende dienst kan toetsen of al dan niet daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan.

Indien een dergelijke specifieke, wettelijke evenredigheidsregeling niet bestaat, en ook het aanbestedingsdocument niet voorziet in een evenredigheidstoets, dient een aanbestedende dienst op grond van het transparantie- en gelijkheidsbeginsel onzes inziens zeer terughoudend te zijn met het afzien van het toepassen van een gestelde norm op grond van het algemene evenredigheidsbeginsel. In onze optiek zou het evenredigheidsbeginsel in een dergelijk geval enkel kunnen leiden tot het afzien van toepassing van een gestelde norm, indien de strikte toepassing van deze norm tot een kennelijk onevenredig resultaat zou leiden.

### Over de auteur

*Greetje Fimerius en Hugu Goedegebure zijn beide advocaat bij AKD*

## VOETNOTEN

- 1) Of: proportionaliteitsbeginsel.
- 2) Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.
- 3) De beperkte hoeveelheid prejudiciële vragen kan wellicht worden verklaard door de tijd die gemoeid is met een verzoek om een prejudiciële beslissing. Deze doorlooptijd verdraagt zich immers slecht met de vaak spoedeisende belangen van de bij een aanbestedingsprocedure betrokken partijen.
- 4) 4 HvJ 9 december 2010, C-568/08 (*Spijker Infrabouw*).
- 5) Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.
- 6) HvJ 10 november 1998, C-360/96 (*Arnhem/BFI*).
- 7) Richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.
- 8) HvJ 20 september 1988, 31/87 (*Beentjes*).
- 9) Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.
- 10) Artikel 45 lid 3 onder d Bao; artikel 45 lid 2 onder d Richtlijn 2004/18/EG.
- 11) Rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736.

- 12) Hof Den Haag 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723, r.o. 3.7.
- 13) HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, r.o. 3.5.6-3.5.7.
- 14) HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, r.o. 3.7.3.
- 15) Artikel 5 lid 4 Verdrag betreffende de Europese Unie; zie in dit kader ook het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid, C 115/206.
- 16) Artikel 45 lid 1, tweede alinea en artikel 45 lid 2, tweede alinea Richtlijn 2004/18/EG.
- 17) HvJ 14 december 2004, C-210/03, Swedish Match, r.o. 47; HvJ 16 december 2008, C-213/07, Michaniki AE, r.o. 48.
- 18) S. Arrowsmith, H. Prieß en P. Friton, 'Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct – An emerging concept in EC Public Procurement Law?', *Public Procurement Law Review* 2009, 6, p. 259.
- 19) Zie in dit kader 'Analysis of Responses to Questionnaire issues to PPN contacts in EU member States to Assess the Implementation of Article 45', te raadplegen via:  
<http://www.publicprocurementnetwork.org/docs/ItalianPresidency/Article%2045%20Questionnaire%20Summary%20of%20Responses%20%20FINAL.pdf>.
- 20) S. Arrowsmith, H. Prieß en P. Friton, 'Self-cleaning as a defence to exclusions for misconduct – An emerging concept in EC Public Procurement Law?', *Public Procurement Law Review* 2009, 6, p. 259.
- 21) Ibidem, p. 273.
- 22) Green paper on the modernisation of EU public procurement policy, Towards a more efficient European Procurement Market (COM(2011)15), p. 52.
- 23) Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van Aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, Concept voorstel van wet, te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl).
- 24) Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van Aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, Concept Memorie van Toelichting, te raadplegen via [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl).
- 25) Conclusie A-G Keus 7 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2001, punt 2.15.
- 26) Conclusie A-G Keus 7 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2001, punt 2.11.
- 27) HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233.
- 28) Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588.
- 29) Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588, r.o. 14.
- 30) Vergelijk artikel 57 lid 3, tweede alinea Richtlijn 2014/24/EU waarin dit begrip ook wordt gebruikt.
- 31) Vergelijk GvEA 10 december 2009, zaak T-195/08 (Antwerpse Bouwwerken): *"Al dient een aanbestedende dienst de aanbestedingsvoorwaarden nauwkeurig en duidelijk op te stellen, hij is niet verplicht om in te gaan op alle mogelijke gevallen, hoe zeldzaam ook, die zich in de praktijk kunnen voordoen."*