

# TA 2017(3) 40 Art. - Annotatie bij HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948

20-06-2017

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

## Annotatie bij HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948

*De Hoge Raad heeft bij arrest van 27 maart 2015<sup>1</sup> een aantal prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) over de rol die het proportionaliteitsbeginsel speelt bij de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden.<sup>2</sup> De gestelde vragen hielden verband met een beslissing van een aanbestedende dienst om één van de inschrijvers waar een facultatieve uitsluitingsgrond op van toepassing was met een beroep op het proportionaliteitsbeginsel niet uit te sluiten van de procedure. De aanbestedingsstukken bepaalden onverkort dat in die situatie zou worden uitgesloten. Omdat de Nota van Toelichting bij het Bao<sup>3</sup> daarentegen wel degelijk spreekt van een proportionaliteitstoets bij uitsluitingsgronden, was volgens de Hoge Raad niet duidelijk of het Unierecht – mede gelet op hetgeen in de onderhavige aanbesteding in het aanbestedingsdocument was opgenomen – een dergelijke proportionaliteitstoetsing wel toelaat. Daarnaast heeft de Hoge Raad aan het HvJ de vraag voorgelegd of de rechter bij de toetsing van een besluit van een aanbestedende dienst om al dan niet af te zien van uitsluiting kan volstaan met een marginale toets. Beide vragen komen in het navolgende aan de orde.*

### 1. De casus en procesverloop

Het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) heeft in 2012 een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden voor de 'dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking'. Op de aanbestedingsprocedure is het Bao van toepassing. Blijkens de Eigen Verklaring heeft VWS in deze aanbestedingsprocedure onder meer de facultatieve uitsluitingsgrond van de 'ernstige beroepsfout' van toepassing verklaard.

Ten aanzien van de uitsluitingsgronden vermeldt het aanbestedingsdocument uitsluitend het volgende:

'Een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling.'<sup>4</sup>

Onder meer Connexion en een combinatie van een drietal vennootschappen (hierna: de Combinatie) hebben ingeschreven op de opdracht.

Bij brief van 8 oktober 2012 heeft VWS aan Connexion medegedeeld dat haar inschrijving op de tweede plaats was geëindigd en dat het voornemen bestond om de opdracht te gunnen aan de Combinatie.

Wanneer op een later moment aan leden van de Combinatie boetes worden opgelegd wegens overtreding van de Mededingingswet (hetgeen volgens VWS kwalificeert als een ernstige beroepsfout), stuurt VWS wederom een brief aan Connexion. In deze brief geeft VWS aan dat is gebleken dat leden van de Combinatie zich schuldig hebben gemaakt aan een ernstige fout én er aldus een uitsluitingsgrond op de Combinatie van toepassing is, maar dat het de gunning aan de Combinatie desalniettemin handhaaft, omdat uitsluiting van de Combinatie niet *proportioneel* zou zijn.

Connexion komt vervolgens in rechte op tegen deze beslissing van VWS.

In eerste aanleg wijst de voorzieningenrechter de vorderingen van Connexion toe. Hiertoe overweegt de voorzieningenrechter (kort gezegd) dat er – na vaststelling door VWS dat op de Combinatie een uitsluitingsgrond van

toepassing is – geen ruimte is voor een proportionaliteitstoets.<sup>5</sup>

VWS en de Combinatie gaan in appel. Het Hof vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter. Volgens het Hof volgt uit het Nederlandse aanbestedingsrecht dat uitsluiting geen automatisme mag zijn. Een proportionaliteitstoets wordt volgens het Hof door het Unierecht ook niet verboden.<sup>6</sup> De gunning aan de Combinatie komt aldus alsnog tot stand en het contract is de afgelopen jaren ook uitgevoerd door de Combinatie.

Connexxion gaat in appel en stelt zich op het standpunt dat het Hof de toelichting op het Bao verkeerd uitlegt en toepast. Uitsluiting in de specifieke omstandigheden waarin het Bao uitsluiting toestaat, is naar de aard proportioneel. Dat neemt echter niet weg dat de aanbestedende dienst minder streng wil zijn en een minder vergaande norm verkiest. Dat is evenzeer proportioneel en het staat de aanbestedende dienst vrij om die minder strenge norm te hanteren, mits dit vooraf bekend wordt gemaakt. Het kan volgens Connexxion echter niet zo zijn dat van een op zichzelf proportionele uitsluiting na beoordeling van de inschrijvingen wordt afgezien als dat niet vooraf is aangekondigd. Dat leidt tot ondoorzichtigheid en willekeur en is naar de aard in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen.

Het verweer van VWS is daarentegen dat de toelichting op het Bao een proportionaliteitstoets noemt en dat VWS die moet toepassen, ook als dat niet in de aanbestedingsstukken staat vermeld.

De Hoge Raad vraagt zich af hoe een dergelijke proportionaliteitstoets zich verhoudt tot het Unierecht en legt aan het HvJ de volgende prejudiciële vragen voor:

‘1.a. Verzet het Unierecht, in het bijzonder art. 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 en 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 de 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 art. 45 lid 2, eerste alinea, van de Richtlijn heeft begaan, desalniettemin niet uit te sluiten?

## 2. Beantwoording prejudiciële vraag

*Vraag 1a: laat het Unierecht een proportionaliteitstoets toe?*

Het HvJ stelt voorop dat artikel 45 lid 2 van Richtlijn 2004/18 de toepassing van de zeven daarin genoemde gevallen van uitsluiting overlaat aan de beoordeling van de lidstaten. Dit volgt rechtstreeks uit de tweede alinea van voornoemd artikel, welke alinea als volgt luidt:

‘De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.’<sup>7</sup>

Lidstaten hebben derhalve de bevoegdheid om de uitsluitingsgronden in het geheel niet toe te passen of om deze op te nemen in de nationale regeling met een, naargelang het geval, minder strenge toepassing dan het Unierecht toestaat. In dit kader kunnen de lidstaten de in deze bepaling opgestelde criteria verlichten of versoepelen, aldus het HvJ.<sup>8</sup> Uit het Forposta-arrest is eerder reeds duidelijk geworden dat de in de Richtlijnen geformuleerde uitsluitingsgronden niet kunnen worden verzwaard.<sup>9</sup>

Het HvJ beschouwt de door (de Nota van Toelichting bij) het Bao voorgeschreven proportionaliteitstoets als een dergelijke versoepeling. Het Unierecht verzet zich volgens het HvJ dan ook niet tegen deze voorgeschreven

proportionaliteitstoets.

*Vraag 1b: laat het aanbestedingsdocument een proportionaliteitstoets toe?*

De onder 1b gestelde vraag wordt door het HvJ geherformuleerd.<sup>10</sup> In wezen stelt de Hoge Raad volgens het HvJ de vraag of een aanbestedende dienst met een beroep op het proportionaliteitsbeginsel mag besluiten om een inschrijver waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is niet uit te sluiten, terwijl volgens de aanbestedingsvoorwaarden *zonder meer* moest worden uitgesloten (d.w.z. zonder dat wordt nagegaan of uitsluiting proportioneel is).

Het HvJ stelt – onder verwijzing naar het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel – voorop dat aanbestedende diensten gehouden zijn om door hen gestelde criteria nauwgezet in acht te nemen.<sup>11</sup> Voorts overweegt het HvJ dat niet kan worden uitgesloten dat de aanbestedende dienst in het licht van de opdracht van mening is dat in geval van een ernstige fout zonder meer uitsluiting moet plaatsvinden. Dat acht het HvJ kennelijk geen bezwaar, gelet op de argumentatie dat een dergelijke clausule, mits ondubbelzinnig geformuleerd, voor alle inschrijvers kenbaar is en zij op basis daarvan kunnen handelen.<sup>12</sup>

Ten aanzien van de verenigbaarheid met het Unierecht van de proportionaliteitstoets zoals die door de toelichting op het Bao zou zijn voorgeschreven, maakt het HvJ een onderscheid tussen (i) de ondernemers die een ernstige beroepsfout hebben begaan, maar die wel een inschrijving indienen in de hoop dat – overeenkomstig de nationale regeling – wordt afgezien van uitsluiting en (ii) de ondernemers die een ernstige beroepsfout hebben begaan en – gelet op hetgeen is opgemerkt in het aanbestedingsdocument – afzien van het indienen van een inschrijving. Met name ondernemers uit andere lidstaten (die minder bekend zijn met de relevante nationale aanbestedingsregelgeving) zullen volgens het HvJ in laatstgenoemde groep vallen. Dit geldt temeer nu de proportionaliteitstoets niet rechtstreeks uit de nationale regelgeving voortvloeit, maar (enkel) is opgenomen in de Nota van Toelichting die in aanmerking moet worden genomen bij de uitlegging van de desbetreffende bepalingen.

Indien in het aanbestedingsdocument (zonder voorbehoud) is opgenomen dat over zal worden gegaan tot uitsluiting indien een uitsluitingsgrond van toepassing is, is een proportionaliteitstoets dan ook in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel, aldus het HvJ. Of minder cryptisch: het achteraf niet toepassen van een in de aanbestedingsstukken ondubbelzinnig geformuleerde uitsluiting is in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen en kan niet worden gebaseerd op een niet bindende en onvoldoende kenbare proportionaliteitstoets die in de toelichting op de wetgeving wordt genoemd.

*Vraag 2: kan de rechter volstaan met een marginale toets?*

De beantwoording van vraag 1b geeft de Hoge Raad volgens het HvJ de gegevens die nodig zijn voor de beslechting van het geschil. Het HvJ komt dan ook niet toe aan een beantwoording van deze vraag.

### **3. De rol van het proportionaliteitsbeginsel bij de uitsluitingsgronden**

Het antwoord op vraag 1a van de Hoge Raad is weinig verrassend en is in lijn met de thans geldende Richtlijn 2014/24/EU. Op grond van deze richtlijn geldt immers eveneens een proportionaliteitstoets.<sup>13</sup> Vanzelfsprekend geldt in alle gevallen dat bij de proportionaliteitstoets het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in acht dienen te worden genomen.<sup>14</sup>

Over de beantwoording van vraag 1b valt meer te zeggen. Interessant is bijvoorbeeld dat Advocaat-Generaal Campos Sanchez-Bordona in zijn conclusie<sup>15</sup> tot een ander antwoord kwam dan het HvJ.

Het verschil in beantwoording is gelegen in de 'conforme uitlegging' van het aanbestedingsdocument door de A-G. Met behulp van deze 'conforme uitlegging' brengt de A-G het aanbestedingsdocument in overeenstemming met de Nota van Toelichting bij het Bao. De facultatieve uitsluitingsgronden zijn volgens de A-G immers geen 'vrij zwevende grootheden', maar functioneren binnen een vooraf vastgesteld wettelijk kader waaraan zij gebonden zijn. Dit zou volgens hem betekenen dat, zelfs indien het aanbestedingsdocument niet uitdrukkelijk voorziet in de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om de door de inschrijver begane fout te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel, deze bevoegdheid als *impliciet* moet worden beschouwd, aldus de A-G.<sup>16</sup>

In Nederland kwam de Advocaat-Generaal Keus tot een vergelijkbare conclusie. Ten aanzien van de verplichting om een proportionaliteitstoets uit te voeren merkt hij op:

'Deze verplichting geldt naar mijn mening ook dan, wanneer – zoals in de 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>17</sup>

De formulering van voornoemde passage in het aanbestedingsdocument ('*een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd* ') maakt dit volgens de Nederlandse A-G niet anders:

'Zoals gezegd, kan worden aangenomen dat het aanbestedingsrecht een proportionaliteitstoets dwingend voorschrijft. Gelet daarop kan de betreffende passage in het Beschrijvend Document, die kennelijk ertoe strekte buiten twijfel te stellen dat uitsluiting van de inschrijver tot terzijdelegging van diens inschrijving zou leiden, niet tot gevolg hebben dat VWS automatisch tot uitsluiting diende over te gaan.'<sup>18</sup>

Het HvJ oordeelt anders. Zoals hiervoor is uiteengezet erkent het HvJ dat er ondernemers zullen zijn die op de hoogte zijn van de door het nationale aanbestedingsrecht voorgeschreven proportionaliteitstoets.<sup>19</sup> Deze ondernemers zullen – evenals de A-G's – uitgaan van de veronderstelling dat hetgeen is vermeld in het aanbestedingsdocument niet met zich brengt dat er geen proportionaliteitstoets zal worden uitgevoerd. Andere ondernemers (met name: ondernemers uit andere lidstaten) zijn evenwel mogelijk niet op de hoogte van deze door de Nota van Toelichting voorgeschreven proportionaliteitstoets.<sup>20</sup> Gelet op deze omstandigheid is een proportionaliteitstoets in het onderhavige geval volgens het HvJ dan ook in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel. Het HvJ wijst in dit verband nog op het recente Pippo Pizzo-arrest<sup>21</sup>, waarin het HvJ oordeelde dat het beginsel van gelijke behandeling vereist dat alle inschrijvers bij het indienen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen, *exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden*.<sup>22</sup>

Bezien we de rol van het proportionaliteitsbeginsel in het licht van de huidige aanbestedingsrichtlijn dan leidt dit tot de volgende conclusies.

Het proportionaliteitsbeginsel speelt onzes inziens een rol in de volgende drie (opeenvolgende) fasen:

- de fase waarin de keuze wordt gemaakt om een bepaalde facultatieve uitsluitingsgrond al dan niet van toepassing te verklaren in een aanbesteding (de 'voorbereidingsfase'). In deze fase kan de aanbesteder immers tot de conclusie komen dat een of meerdere uitsluitingsgronden niet hoeven te worden toegepast tegen de achtergrond van de aard en omvang van de opdracht;
- de fase waarin een bepaalde gedraging van een ondernemer wordt gekwalificeerd als een gedraging die valt onder een uitsluitingsgrond (de 'kwalificatiefase');
- de fase waarin (vervolgens) aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel wordt bekeken of daadwerkelijke uitsluiting dient te volgen.

In de eerste fase dient de aanbestedende dienst te bezien welke facultatieve uitsluitingsgronden relevant zijn voor de betreffende opdracht (Voorschrift 3.5 *Gids Proportionaliteit*). Niet bij iedere opdracht is het immers nodig om alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing te verklaren. Bovendien is denkbaar dat de aanbesteder de reikwijdte van de uitsluitingsgrond beperkt of een minder lange terugkijktermijn hanteert dan wettelijk is toegestaan.

Aan de hand van de 'gekozen' facultatieve uitsluitingsgronden dient de aanbestedende dienst in de kwalificatiefase te beoordelen of bepaalde gedragingen al dan niet leiden tot toepasselijkheid van deze uitsluitingsgronden. Ook in deze fase doet het proportionaliteitsbeginsel zich gelden. Zo schrijft de huidige aanbestedingsrichtlijn expliciet voor dat aanbestedende diensten bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht moeten schenken aan het proportionaliteitsbeginsel, waarbij kleine onregelmatigheden slechts in uitzonderlijke gevallen tot uitsluiting leiden.<sup>23</sup> Dit zal doorgaans overigens vooral worden ervaren als een kwestie van uitleg van de vooraf geformuleerde uitsluitingsgrond.

*Nadat* de aanbestedende dienst in de kwalificatiefase heeft vastgesteld dat een uitsluitingsgrond van toepassing is (en derhalve in beginsel uitsluiting van de ondernemer dient te volgen) vangt de derde fase aan. In artikel 2.88 aanhef en onder b van de Aanbestedingswet is namelijk opgenomen dat de aanbestedende dienst *kan* afzien van toepassing van de (verplichte en facultatieve) uitsluitingsgronden indien uitsluiting naar het oordeel van de aanbestedende dienst niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht. Deze norm is, anders dan de situatie die in het arrest voorlag, expliciet in de wet opgenomen en voldoet aldus aan het transparantiebeginsel. Desalniettemin is het een toets die willekeur kan meebrengen. Immers, vooraf is tegen de achtergrond van de desbetreffende opdracht door de aanbesteder een beslissing genomen over welke uitsluitingsgronden van toepassing zouden moeten worden verklaard en welke terugkijktermijn wordt gehanteerd. Als er dan na inschrijving sprake blijkt van een situatie die binnen het gekozen toepassingsbereik valt, is het op zijn minst opmerkelijk om achteraf te oordelen dat uitsluiting niet proportioneel is gelet op het voorwerp van de opdracht of de verstreken termijn. Per saldo geeft dit de aanbesteder een vrijbrief om achteraf terug te komen op een op zichzelf proportionele uitsluitingsgrond, waarbij wij er overigens van uitgaan dat niet verder is gegaan dan de uitsluitingsgronden die wet maximaal toestaat én geen van de inschrijvers vooraf heeft geklaagd over de toepasselijke uitsluitingsgronden.

Ten slotte geldt in de derde fase op grond van artikel 2.87a Aanbestedingswet dat de aanbestedende dienst, nadat hij heeft vastgesteld dat een uitsluitingsgrond van toepassing is, *verplicht* is om de ondernemer in de gelegenheid te stellen te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. De aanbestedende dienst is vervolgens *verplicht* om te bezien of hij dit bewijs toereikend acht. Is dit het geval, dan wordt een ondernemer (alsnog) niet uitgesloten. Deze nationaalrechtelijke bepaling vloeit rechtstreeks voort uit artikel 57 lid 6 van Richtlijn 2014/24/EU. Ook dit is een toets die expliciet in de wetgeving is opgenomen en aldus, anders dan in het onderhavige arrest aan de orde was, voldoet aan het transparantiebeginsel. Overigens is het maar de vraag of dit als een proportionaliteitstoets moet worden beschouwd. Op de keper beschouwd gaat het om een inperking van de reikwijdte van de uitsluitingsgrond vanwege de aanwezigheid van getroffen maatregelen en moet door de aanbesteder worden beoordeeld of die maatregelen er zijn.

De Nederlandse wetgever merkt in de Memorie van Toelichting ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgronden nog het volgende op:

'De aanbestedende dienst bepaalt of hij deze uitsluitingsgronden wel of niet toepast en of hij vervolgens wel of niet gunt aan een onderneming die verkeert in een situatie als beschreven in het eerste lid. Uiteraard dient toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden conform de algemene aanbestedingsbeginselen plaats te vinden.'<sup>24</sup>

Het is aannemelijk dat deze opmerking ziet op alle hiervoor beschreven fasen waarin het proportionaliteitsbeginsel een rol speelt.

Indien een aanbestedende dienst – net als in het onderhavige geval – *zonder voorbehoud* in het aanbestedingsdocument opneemt dat wordt uitgesloten, maakt de aanbestedende dienst onzes inziens op dat moment (dus: op voorhand) gebruik van de keuze die de aanbestedende dienst ten dienste staat ingevolge artikel 2.88 van de Aanbestedingswet. Na vaststelling dat een bepaalde uitsluitingsgrond van toepassing is (de kwalificatiefase) kan een aanbestedende dienst in een dergelijk geval vervolgens niet meer besluiten om met een beroep op artikel 2.88 van de Aanbestedingswet af te zien van (daadwerkelijke) uitsluiting. Wel geldt dat de aanbestedende dienst de ondernemer ingevolge artikel 2.87a van de Aanbestedingswet in de gelegenheid moet stellen om – kort gezegd – alsnog zijn betrouwbaarheid aan te tonen.

Wij achten niet aannemelijk dat een bepaling in een aanbestedingsdocument waarin zonder voorbehoud is opgenomen dat toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond tot terzijdelegging leidt, aldus moet worden uitgelegd dat hiermee ook wordt bedoeld dat de (verplichte!) toetsing van artikel 2.87a niet zal worden toegepast. Het zal een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemer immers duidelijk zijn dat een aanbestedende dienst zich met een dergelijke formulering niet wenst te onttrekken aan de verplichtingen die expliciet uit (Nederlands en Europees) aanbestedingsrecht volgen. Indien dit wel uit de formulering zou volgen (bijvoorbeeld doordat de aanbestedende dienst aangeeft dat ondernemers geen gelegenheid zullen krijgen om op grond van artikel 2.87a van de Aanbestedingswet hun betrouwbaarheid aan te tonen) brengt dat onzes inziens met zich dat de

aanbestedingsvoorwaarden in strijd zijn met het Europese aanbestedingsrecht en zal onzes inziens al snel een heraanbesteding moeten volgen.<sup>25/26</sup>

Vanzelfsprekend kan de aanbestedende dienst alle onduidelijkheid in dit kader wegnemen door zorgvuldig te formuleren in zijn aanbestedingsdocumenten. Zoals opgemerkt kan onzes inziens in de aanbestedingsdocumenten een keuze worden gemaakt om al dan niet toepassing te geven aan de in artikel 2.88 van de Aanbestedingswet bedoelde toetsing, al herbergt het naar de aard een vorm van willekeur. Wij adviseren aanbestedende diensten om van deze mogelijkheid gebruik te maken en aldus deze keuze duidelijk op te nemen in het aanbestedingsdocument.

## 4. Omvang van de rechterlijke toetsing

Ten slotte nog enkele opmerkingen over de tweede vraag van de Hoge Raad. Over deze vraag valt veel te zeggen.<sup>27</sup> In het kader van deze annotatie wordt dan ook volstaan met enkele korte opmerkingen over de Conclusie van Advocaat-Generaal Campos Sanchez-Bordona, die – anders dan het HvJ – wel ingaat op deze vraag.

De tweede vraag ziet op de omvang van de rechterlijke toetsing (in kort geding) van de door een aanbestedende dienst uitgevoerde proportionaliteitstoets en betreft de uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijn.<sup>28</sup> Meer in het bijzonder vraagt de Hoge Raad of het Unierecht zich ertegen verzet dat de rechter volstaat met een ‘marginale toets’.

De A-G leidt uit het arrest van de Hoge Raad af dat een ‘marginale toets’ beperkt is tot de vraag of de aanbestedende dienst ‘in redelijkheid’ tot zijn beslissing heeft kunnen komen.<sup>29</sup> Volgens de A-G gaat de in het onderhavige geval toegepaste toets evenwel *verder* dan een dergelijke redelijkheidstoets:

‘De voorzieningenrechter heeft in wezen niet alleen de grotere of geringere redelijkheid van het VWS-besluit beoordeeld, maar deze ook getoetst aan de ‘positieve’ voor de aanbesteding van overheidsopdrachten geldende regels (in het bijzonder aan het beschrijvend document, waaraan hij prioriteit heeft toegekend) voor zijn beslissing dat de gekozen inschrijver moest worden uitgesloten. En wat het gerechtshof betreft, deel ik de mening van de Nederlandse regering dat het ‘uitgebreid’ heeft getoetst, dit wil zeggen dat de door het gerechtshof verrichtte toetsing ‘alle aspecten [...] op basis waarvan het ministerie heeft besloten om niet tot daadwerkelijke uitsluiting [van de Combinatie] over te gaan, in overweging heeft genomen’, na zijn uitlegging – in tegengestelde zin aan die van de voorzieningenrechter – van het geheel van toepasselijke regels.’<sup>30</sup>

Dat de door de rechter toegepaste toets ook in andere gevallen verder gaat dan een enkele redelijkheidstoets wordt ook bevestigd in een recent vonnis van een Haagse voorzieningenrechter:

‘Naar het oordeel van de voorzieningenrechter gaat het gebruikelijke toetsingskader dat veelvuldig in de Nederlandse jurisprudentie wordt gebruikt verder dan een enkele redelijkheidstoets.’<sup>31</sup>

Ook andere voorzieningenrechtters gaan er blijkens recente jurisprudentie van uit dat het gebruikelijke toetsingskader verder gaat dan een enkele redelijkheidstoets.<sup>32</sup>

De A-G meent dan ook dat de tweede vraag als *hypothetisch* kan worden aangemerkt (de vraag ziet immers op een situatie die zich in het onderhavige geval niet heeft voorgedaan).<sup>33</sup> Voor zover wordt uitgegaan van het hypothetische geval waarin de rechter volstaat met een enkele redelijkheidstoets concludeert de A-G dat deze *redelijkheidstoets* niet verenigbaar is met de Rechtsbeschermingsrichtlijn.<sup>34</sup> Bezieet men de in het onderhavige geval toegepaste toets (die volgens de A-G dus verder gaat dan een enkele redelijkheidstoets) dan moet de conclusie worden getrokken dat deze voldoet aan de door de Rechtsbeschermingsrichtlijn gestelde eisen, aldus de A-G.

## 5. Conclusie

Onder Richtlijn 2004/18/EG was het de Nederlandse wetgever op zichzelf toegestaan om (via de Nota van Toelichting bij het Bao) een proportionaliteitstoets voor te schrijven, aldus het HvJ. De aanbestedende dienst mocht daarentegen geen uitvoering geven aan deze toets, nu in het aanbestedingsdocument (zonder voorbehoud) was opgenomen dat toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond zou leiden tot terzijdelegging en ondernemers (m.n. ondernemers uit

andere lidstaten) mogelijk niet op de hoogte zijn van de (enkel) in de Nota van Toelichting bij het Bao voorgeschreven proportionaliteitstoets. Die mate van ondoorzichtigheid van de toets was in strijd met het transparantiebeginsel.

Onder het huidige aanbestedingsrecht geldt onzes inziens dat de aanbestedende dienst met een dergelijke formulering beoogt af te zien van de hem op grond van artikel 2.88 van de Aanbestedingswet toekomende bevoegdheid om af te zien van daadwerkelijke uitsluiting. Een dergelijke formulering laat de mogelijkheid om toepassing te geven aan de (door Europees én Nederlands aanbestedingsrecht) voorgeschreven toetsing in de zin van artikel 2.87a van de Aanbestedingswet evenwel onaangetast.

Mr. M.M. Fimerius

Greetje Fimerius is advocaat bij AKD en redactielid van Tijdschrift Aanbestedingsrecht.

Mr. H.P.C. Goedegebure

Hugo Goedegebure is advocaat bij AKD.

## VOETNOTEN

- 1) HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757.
- 2) Zie in dit verband ook de annotatie naar aanleiding van de door de Hoge Raad gestelde vragen in een eerdere editie van dit tijdschrift (M.M. Fimerius en H.P.C. Goedegebure, 'Annotatie bij prejudiciële vragen van de Hoge Raad bij arrest van 27 maart 2015', *TA* 2015/4, 58).
- 3) Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, Nota van Toelichting, p. 79-80: "*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.*"
- 4) Aangenomen wordt dat VWS hier bedoelt: "*Een inschrijver waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling.*"
- 5) V.zr. Rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736, r.o. 4.7 e.v.
- 6) Hof Den Haag 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723, r.o. 3.7.
- 7) HvJ 14 december 2016, C-171/15, r.o. 28.
- 8) HvJ 14 december 2016, C-171/15, r.o. 29, onder verwijzing naar HvJ 9 februari 2006, C-226/04 (*La Cascina*) en HvJ 10 juli 2014, C-358/12 (*Conorzio Stabile*).
- 9) HvJ 13 december 2012, C-465/11 r.o. 30 tot en met 36.
- 10) De gestelde vraag is door de Hoge Raad enigszins ongelukkig geformuleerd. Hetgeen door een aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden is opgenomen is immers geen relevante omstandigheid bij de beantwoording van de vraag of een door de Nederlandse wetgever voorschreven proportionaliteitstoets in strijd is met Unierecht.
- 11) HvJ 14 december 2016, C-171/15, r.o. 38-40, onder verwijzing naar HvJ 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*).
- 12) R.o. 36-37.
- 13) Artikel 56 lid 6 Richtlijn 2014/24/EU; zie in dit verband ook overweging 102 bij Richtlijn 2014/24/EU.
- 14) Zie in dit verband ook de opmerkingen van Advocaat-Generaal Keus (Conclusie van Advocaat-Generaal L.A.D. Keus 7 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2001, pt. 2.12 e.v.).
- 15) Conclusie van Advocaat-Generaal M. Campos Sanchez-Bordona, 30 juni 2016, C-171/15.
- 16) Vgl. Hof Den Haag 23 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1588, r.o. 14.

- 17) Conclusie van Advocaat-Generaal L.A.D. Keus 7 november 2014, ECLI:NL:PHR:2014:2001, pt. 2.11.
- 18) Ibidem.
- 19) Vgl. Hof Den Haag 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723. Het Hof Den Haag overweegt in dit arrest dat elke redelijk geïnformeerde en oplettende inschrijver het Bao *en* de Nota van Toelichting bij het Bao behoort te kennen (r.o. 3.7).
- 20) HvJ 14 december 2016, C-171/15, r.o. 41.
- 21) HvJ 2 juni 2016, C-27/15, EU:C:2016:404, r.o. 36.
- 22) HvJ 14 december 2016, C-171/15, r.o. 39.
- 23) Overweging 101 bij Richtlijn 2014/24/EU.
- 24) MvT bij Aanbestedingswet, p. 68.
- 25) Het HvJ laat zich in het onderhavige arrest niet uit over de gevolgen van het feit dat de bepaling uit het aanbestedingsdocument in strijd is met de bepaling uit de Nota van Toelichting bij het BAO.
- 26) Zie ook de opmerkingen van E. van Dam en A. Drahmman in hun noot bij de prejudiciële vragen van de Hoge Raad (HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, AB 2015/277).
- 27) Zie in dit verband uitgebreid: C.M.C. Wagemakers en J.J. van Loenen-De Wild , 'Rechtsbescherming in aanbestedingen: een utopie?', *Bouwrecht* 2016/15 en de aldaar aangehaalde literatuur.
- 28) Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.
- 29) Conclusie van Advocaat-Generaal M. Campos Sanchez-Bordona, 30 juni 2016, C-171/15, pt. 69.
- 30) Conclusie van Advocaat-Generaal M. Campos Sanchez-Bordona, 30 juni 2016, C-171/15, pt. 82-83.
- 31) Vزر. Rb. Den Haag 30 november 2016, ECLI:NL:RDHA:2016:14795, r.o. 4.5.
- 32) Zie bijvoorbeeld: vزر. Rb. Midden-Nederland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:432, r.o. 5.4.
- 33) Conclusie van Advocaat-Generaal M. Campos Sanchez-Bordona, 30 juni 2016, C-171/15, pt. 84.
- 34) De A-G hecht hierbij belang aan het feit dat een beslissing in kort geding in de Nederlandse procespraktijk veelal 'de enige en definitieve uitspraak' is (Conclusie van Advocaat-Generaal M. Campos Sanchez-Bordona, 30 juni 2016, C-171/15, pt. 79).