

VU Research Portal

Case Note: HvJ EU, C-171/15 (Connexion/Nederland)

Jansen, C.E.C.

2018

document version

Peer reviewed version

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jansen, C. E. C., (2018). *Case Note: HvJ EU, C-171/15 (Connexion/Nederland)*, No. ECLI:EU:C:2016:948, Dec 14, 2016. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2018, No. 206).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

**C.E.C. Jansen, annotatie HvJ EU 14 december 2016, zaak C-171/15,
ECLI:EU:C:2016:948, NJ 2018/206**

1. Dit arrest heeft betrekking op de uitleg van art. 45, tweede lid, van de op 18 april 2016 ingetrokken Richtlijn 2004/18/EG. Deze bepaling regelt de zogenoemde facultatieve uitsluitingsgronden op basis waarvan een aanbestedende dienst een onderneming kan uitsluiten van deelname aan een Europese aanbestedingsprocedure. Die regeling wijkt enigszins af van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU (zie nrs. 8 en 9 hierna). De relevantie van het onderhavige arrest voor aanbestedingsprocedures die plaatsvinden onder het thans geldende recht, moet daarom enigszins worden gerelativeerd (zie nrs. 9-10 hierna).

2. Art. 45, tweede lid, aanhef en onder d), Richtlijn 2004/18/EG, bepaalt: 'Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere ondernemer: (...) d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken. De lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid.' Deze bepaling is in 2005 nagenoeg letterlijk overgenomen in het inmiddels ingetrokken Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) waarmee de Richtlijn destijds in ons recht is omgezet. De Nota van Toelichting voorzag in een verplichting voor de aanbestedende dienst om een proportionaliteitstoets uit te voeren, alvorens een onderneming daadwerkelijk uit te sluiten op basis van een facultatieve uitsluitingsgrond.

3. Het Ministerie van VWS voerde deze proportionaliteitstoets uit in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure, nadat het had geconstateerd dat de winnende inschrijver zich in het recente verleden had schuldig gemaakt aan mededingingsbeperkende gedragingen die als een ernstige beroepsfout kwalificeerden. Toen deze toets vervolgens uitwees dat uitsluiting op basis van die fout niet evenredig zou zijn, handhaafde het Ministerie zijn besluit om de opdracht aan de winnende inschrijver te gunnen. De als tweede geëindigde inschrijver stelde zich op het standpunt dat voor deze proportionaliteitstoets geen ruimte meer bestond, omdat in de aanbestedingsvoorwaarden immers was bepaald dat 'een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is terzijde [wordt] gelegd en niet in aanmerking [komt] voor verdere (inhoudelijke) beoordeling.'

4. De nationale feitenrechtters oordeelden verschillend over dit standpunt (zie vzw. Rb. Den Haag 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736, JAAN 2013/124 m.nt. Ritsema van Eck, r.o. 4.8 en Hof Den Haag 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723, r.o. 3.7). De Hoge Raad vond daarin aanleiding de kwestie voor te leggen aan het Hof van Justitie (zie HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, NJ 2015/169 en JAAN 2015/89, m.nt. Verberne en Juttman). Dat komt tot het oordeel dat het Unierecht, in het bijzonder artikel 45, tweede lid, Richtlijn 2004/18/EG, zich er niet tegen verzet dat het nationale recht een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, daadwerkelijk moet worden uitgesloten. De Richtlijn staat er volgens het

Hof echter aan in de weg dat een aanbestedende dienst, die in de aanbestedingsvoorwaarden heeft bepaald dat een inschrijver die een dergelijke fout heeft begaan zonder meer moet worden uitgesloten, besluit om die inschrijver *niet* uit te sluiten op de grond dat die uitsluiting in strijd zou zijn met het evenredigheidsbeginsel (zie punt 38 t/m 43 van het arrest). Wanneer het een aanbestedende dienst zou vrijstaan af te wijken van een vooraf in de aanbestedingsvoorwaarden duidelijk aangekondigde gedragslijn, zou dat het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplichting immers ondermijnen (zie punt 43 van het arrest).

5. De uitleg van het Hof is helder en lijkt ook overigens overtuigend. Toch knaagt er iets wanneer de door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen en het arrest van het Hof naast de conclusies van A-G Keus en A-G Campos Sánchez-Bordona worden gelegd. Zij gaan er namelijk van uit dat een aanbestedende dienst te allen tijde – ook in een geval als het onderhavige – niet alleen op grond van het nationale recht maar ook op grond van het in deze zaak geldende *Unierecht* (beiden verwijzen in dit verband naar het arrest HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, *Forposta*, ECLI:EU:C:2012:801) tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets *verplicht* is (zie conclusie A-G Keus onder 2.11 en conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona onder punt 52 t/m 54 en 58; vergelijk ook Ritsema van Eck, *JAAN* 2013/124 *in fine* en Fischer-Braams, *JAAN* 2016/186). Staat een automatische uitsluitingsbepaling (zie nr. 3 *in fine* hiervoor) dan niet haaks op deze Unierechtelijke verplichting?

6. Hoewel de Hoge Raad die laatste vraag niet expliciet aan het Hof heeft voorgelegd, ligt in de prejudiciële vraagstelling besloten dat hij zelf meent dat het destijds geldende Unierecht aanbestedende diensten niet onder alle omstandigheden verplichtte tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets. Zou de Hoge Raad daar anders over denken, dan zou dat de prejudiciële vraag naar de Unierechtelijke toelaatbaarheid van een vergelijkbare verplichting in het *nationale* recht immers onbegrijpelijk maken. Ook het Hof van Justitie laat zich niet expliciet over de hiervoor bedoelde verplichting uit, maar lijkt daar hetzelfde over te denken als de Hoge Raad. Zou dat anders zijn, dan zou dat het antwoord van het Hof op de prejudiciële vraag naar de Unierechtelijke relevantie van een bepaling in de aanbestedingsvoorwaarden, waarmee de bedoelde verplichting als het ware wordt doorkruist, zinledig maken. Hoe ziet het Hof die verplichting dan precies en waarom komt het tot een resultaat dat afwijkt van wat de advocaten-generaal voor ogen hebben?

7. Wanneer een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken *niet* heeft voorzien in voorwaarden voor de toepassing van artikel 45, tweede lid, onder d) Richtlijn 2004/18/EG, beschikt hij – afhankelijk van de inhoud van het nationale recht – over een ruime beoordelingsvrijheid bij de daadwerkelijke toepassing van die facultatieve uitsluitingsgrond (zie punt 35 van het arrest). Die beoordelingsvrijheid vindt volgens het Hof echter haar grens in het evenredigheidsbeginsel, dat bij de beoordeling van de ernst van de fout dient te worden geëerbiedigd (zie punt 36 van het arrest) en dat blijkens overweging 2 van de Richtlijn ook overigens algemeen van toepassing is op aanbestedingsprocedures (zie punt 32 *in fine* van het arrest). De zaak komt echter anders te liggen wanneer een

aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken *wel* heeft voorzien in voorwaarden voor de toepassing van de bedoelde uitsluitingsgrond. In dat kader is voor het Hof van belang dat Richtlijn 2004/18/EG een ruime beoordelingsvrijheid aan aanbestedende diensten toekent wat betreft de invoering van dergelijke voorwaarden (zie punt 35 van het arrest), vooropgesteld dat ook het nationale recht hem daarin vrijlaat (zie punt 30 van het arrest) hetgeen uiteindelijk een zaak is van de betreffende lidstaat (zie punt 29 van het arrest). In de hier weergegeven benadering erkent het Hof dus wel degelijk de verplichting tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets op grond van het Unierecht, maar enkel als 'default rule'. De Uniewetgever heeft in Richtlijn 2004/18/EG immers expliciet een zodanig ruime vrijheid aan aanbestedende diensten gelaten dat zelfs de verplichting tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets in de aanbestedingsvoorwaarden opzij kan worden gezet door middel van een automatische uitsluitingsbepaling.

8. Het Hof beperkt zich in zijn uitleg van het Unierecht tot de inmiddels ingetrokken Richtlijn 2004/18/EG (zie punt 27 van het arrest). De inhoud daarvan wijkt voor wat betreft de regeling van de onderhavige kwestie af van de huidige Richtlijn 2014/24/EU, in die zin dat art. 57, zesde lid, eerste alinea, de vrijheid van een aanbestedende dienst bij de daadwerkelijke toepassing van een facultatieve uitsluitingsgrond inmiddels meer aan banden legt. Deze bepaling, die is omgezet in art. 2.87a, eerste lid, Aw 2012, luidt: 'Elke ondernemer die in een van de in [lid 4] bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen *ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond*. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, *wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten* van de aanbestedingsprocedure' (mijn cursiveringen, CJ). In aanvulling daarop bepaalt art. 2.88 Aw 2012 nog dat de aanbestedende dienst om dwingende redenen van algemeen belang, of omdat uitsluiting naar zijn oordeel niet proportioneel is, van daadwerkelijke uitsluiting op basis van een toepasselijke uitsluitingsgrond kan afzien. Wat is in het licht van deze bepalingen nog de relevantie van het arrest van het Hof voor aanbestedingsprocedures die plaatsvinden onder het huidige recht?

9. Naar huidig recht *moet* een aanbestedende dienst, die overweegt een ondernemer vanwege een toepasselijke uitsluitingsgrond daadwerkelijk uit te sluiten, die ondernemer eerst in de gelegenheid stellen het in art. 57, zesde lid, eerste alinea, Richtlijn 2014/24/EU bedoelde bewijs te leveren. Indien de ondernemer van die gelegenheid gebruik maakt en de aanbestedende dienst dat bewijs vervolgens toereikend acht, mag de laatste niet tot uitsluiting overgaan. Wat de aanbestedende dienst in dit kader moet beoordelen – zo begrijp ik althans de bepaling – is of de door de ondernemer getroffen maatregelen, gegeven de ernst en de bijzondere omstandigheden van de gedragingen die in het verleden hebben plaatsgevonden, voldoende te achten zijn, in die zin dat de ondernemer het risico van herhaling voldoende beheerst (vergelijk art. 57, zesde lid, derde alinea, Richtlijn 2014/24/EU, omgezet in art. 2.87a, derde lid, Aw 2012). Anders dan de Memorie van Toelichting bij art. 2.87a Aw 2012 stelt (zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 71) toetst de aanbestedende dienst strikt genomen dus niet of een eventuele *uitsluiting* proportioneel is (vergelijk ook Fimerius en Goegebure, *TA* 2017/40, paragraaf 3), maar of de getroffen maatregelen om her-

haling te voorkomen voldoende garanties bieden. Dat laat echter onverlet dat de aanbestedende dienst in het kader van zijn onderzoek en beoordeling, voorafgaande aan een eventuele uitsluiting, proportioneel zal moeten handelen (vergelijk ook Bouwman, *NtEr* 2017, p. 60 *in fine* en Fischer-Braams, *JAAN* 2017/2, p. 28). Aan het voorgaande kan niet worden getornd door een bepaling in de aanbestedingsvoorwaarden die de aanbestedende dienst verplicht om, in het geval dat een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, automatisch tot uitsluiting over te gaan (vergelijk ook Van den Berge, Mutsaers, Zweers-te Raaij, *TA* 2017/17, paragraaf 10b). Een dergelijke automatische uitsluiting zal strijdig met het Unierecht moeten worden geoordeeld, althans in het hier besproken geval dat de ondernemer gebruik wil maken van de mogelijkheid tot het leveren van bewijs en dat bewijs toereikend kan worden geacht (vergelijk Fimerius en Goedegebure *TA* 2017/40, paragraaf 3).

10. Anders dan Bouwman lijkt te veronderstellen (*NtEr* 2017, p. 61 *in fine*), kan aan een automatische uitsluitingsbepaling in de aanbestedingsvoorwaarden vervolgens alsnog betekenis toekomen in het geval dat de ondernemer *geen* gebruik maakt van de mogelijkheid tot het leveren van bewijs, of de aanbestedende dienst het geleverde bewijs op goede gronden ontoereikend acht. In die gevallen – en niet eerder – komt immers art. 2.88 Aw 2012 in beeld (art. 2.87a en art. 2.88 zijn geen alternatieve gronden, zoals Essers en Fröger stellen, zie *M&M* 2016, p. 234. Ook Fimerius en Goedegebure gaan in hun weergave van het wettelijk stelsel mogelijk voorbij aan het primaat van art. 2.87a, zie *TA* 2017/40, paragraaf 3). Op basis van art. 2.88 *kan* de aanbestedende dienst in de zojuist genoemde gevallen alsnog besluiten af te zien van daadwerkelijke uitsluiting. Dat zal hij dan echter niet kunnen doen – en in zoverre is het onderhavige arrest nog van belang voor aanbestedingsprocedures die plaatsvinden onder het huidige recht – wanneer de aanbestedende dienst in de aanbestedingsvoorwaarden heeft voorzien in een bepaling die hem verplicht om zonder verdere omhaal tot uitsluiting over te gaan in het geval dat een uitsluitingsgrond van toepassing is (vergelijk Fimerius en Goedegebure *TA* 2017/40, paragraaf 3). Dat de Uniewetgever in art. 18 Richtlijn 2014/24/EU inmiddels de algemene verplichting van aanbestedende diensten om op een proportionele wijze te handelen uitdrukkelijk heeft geregeld, doet aan het voorgaande niet af. Zoals het Hof in het onderhavige arrest andermaal bevestigt, bestond die verplichting immers ook al onder het oude recht (zie punt 32 *in fine* van het arrest). Het voorgaande betekent overigens dat ook naar huidig recht de *keuze* van een aanbestedende dienst om in de aanbestedingsvoorwaarden een of meer facultatieve uitsluitingsgronden op de aanbestedingsvoorwaarden van toepassing te verklaren – net zoals dat overigens voor de keuze en inhoud van de zogenoemde buitenwettelijke uitsluitingsgronden geldt (vergelijk Fischer-Braams, *JAAN* 2017/2, p. 28-29) – altijd aan een proportionaliteitstoets zal kunnen worden onderworpen (vergelijk ook overweging 101 *in fine* Richtlijn 2014/24/EU). Een automatische uitsluitingsbepaling zal *daar* niet aan in de weg kunnen staan.
