

PAST PERFORMANCE - INLEIDING

Utrecht, 20 november 2014

Prof. mr Jan M. Hebly

PAST PERFORMANCE

- Hebly : Inleiding
- Petit/Prasing-Remmé : Opdrachtgever perspectief
- Van den Berg : Opdrachtnemer perspectief

Prestaties uit het verleden

- *‘Eerdere ervaringen kunnen wel degelijk nuttige aanwijzingen geven omtrent de kwaliteit van de inschrijver en zijn toekomstige prestaties.’*

(Groenboek Modernisering Overheidsopdrachten 2011 – p.20)

PAST PERFORMANCE IN DE VS

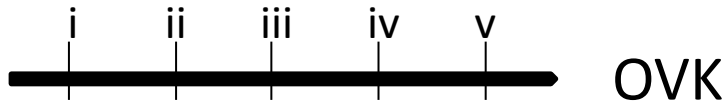
'Government agencies rely on contractors to perform a broad array of activities needed to meet their missions.

Therefore, complete and timely information on contractors' past performance is critical to ensure the government does business only with companies that deliver quality goods and services on time and within budget.

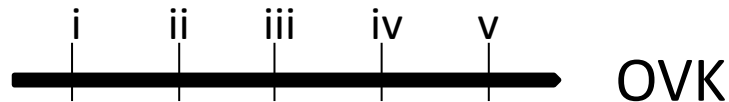
The Federal Acquisition Regulation (FAR) generally requires agencies to document contractor performance on contracts or orders that exceed certain dollar thresholds and to make that information available to other agencies through a shared government-wide database.'

(USGOA, Report Contractor Performance – August 2014, p.1.)

Wanneer kan ervaring een rol spelen?



- (i) - keuze gegadigden
- (ii) - uitsluiting
- (iii) - geschiktheid
- (iv) - selectie (shortlisting)
- (v) - gunning



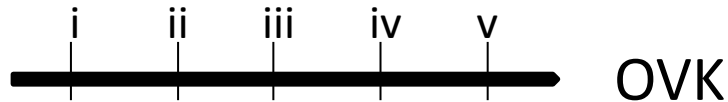
Bij keuze gegadigden (i)

- Artikel 1.4.1 sub b AW 2012
- (meervoudig) onderhandse procedure – dus: nationaal
- Beslissing op basis van objectieve criteria

Zoals: eerdere ervaring in desbetreffende sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden van de onderneming (II, 32440 nr. 11, p.16)

- Motiveringsplicht op schriftelijk verzoek (art. 1.4.3 AW 2012)

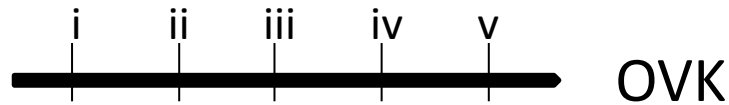
PAST PERFORMANCE



Bij uitsluiting (ii): zie hierna

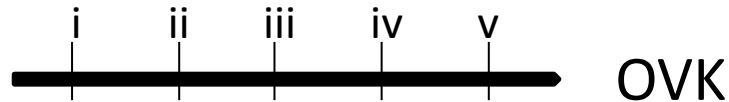
Bij geschiktheid (iii)

- Artikel 58 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU
- Technische bekwaamheid / beroepsbekwaamheid
- Geschikte referenties tevredenheidsverklaring (bijlage XII, deel II)
- Beoordeling op basis van *‘vaardigheden, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid’* (58.4 laatste alinea)



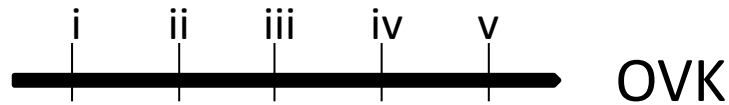
Bij selectie / shortlisting (iv)

- Artikel 65 Richtlijn 2014/24/EU
- Bij procedures met voorselectie
- Beoordeling op basis van '*objectieve en niet-discriminerende criteria of regels*' (65.2, 1^e alinea)
- Uitnodiging aan gegadigden '*met vereiste bekwaamheden*' (65.2, 1^e alinea)



Bij gunning (v)

- Artikel 67 Richtlijn 2014/24/EU
- Beoordeling op basis van criteria die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht
(67.2 aanhef)
- *‘organisatie, kwalificatie en ervaring van het personeel’*
(67.2 sub b)



Bij uitsluiting (ii)

- Artikel 57 Richtlijn 2014/24/EU
- Ernstige fout (57.4 sub c)
- Tekortkomingen (57.4 sub g)
- Uitsluiten *kán* (57.5, 2^e alinea)
- Self cleaning (57.6)
- Uitsluiting op basis van 57.4: max. 3 jaar (57.7)

PAST PERFORMANCE BIJ UITSLUITING

- Richtlijn 2004/18/EEG: ernstige fout bij de beroepsuitoefening (45.2 sub d)
- HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta)
 - (r.o. 27) Het begrip ‘fout bij de beroepsuitoefening’, omvat elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer [...]
 - (r.o. 28) Geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist voor de vaststelling van een fout bij de beroepsuitoefening [...]

PAST PERFORMANCE BIJ UITSLUITING

- (r.o. 29) Derhalve kan de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen in principe worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening.
- (r.o. 30) Het begrip ‘ernstige fout’ ziet gewoonlijk op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer.
- (r.o. 31) In principe kan slechts worden vastgesteld dat sprake is van een ‘ernstige fout’ indien het gedrag van de betrokken marktdeelnemer in concreto en individueel wordt beoordeeld.

PAST PERFORMANCE BIJ UITSLUITING

- Overweging 101, 2^e alinea Richtlijn 2014/24/EU
 - ‘[...] moet [de aanbestedende dienst] tevens naar eigen inzicht kunnen blijven beoordelen hoeverre er sprake is van een ernstige fout [...]
 - Hij moet *voorts* gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan *grove wanprestatie*, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en *wangedrag* dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer [...]

PAST PERFORMANCE BIJ UITSLUITING

- Overweging 101, 3^e alinea Richtlijn 2014/24/EU
 - ‘Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het Proportionaliteitsbeginsel.

Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter *herhaaldelijk* kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.’

Samenvattend

- Grote wanprestatie
- Niet-levering /niet-uitvoering
- Uitvoering met grote gebreken
- Wangedrag
- Herhaalde kleine onregelmatigheden

PAST PERFORMANCE IN DE VS

US Government Accountability Office

Report Congressional Committees

August 2014

‘Contractor Performance’ (GAO – 14-707)

- Update over Past Performance in de VS op federaal niveau
- Beschrijft beleid van Office of Federal Procurement Policy (OFPP) *‘to improve the reporting of past performance information’*.

Past Performance

- Bestaat reeds vele jaren in de VS
- Voor het eerst gecodificeerd in Federal Acquisition Streamlining Act (FASA), 13 October 1994
- Huidige voorschriften vastgelegd in:
 - Federal Acquisition Regulation
 - OFPP Past Performance Policy Guidance

Federal Acquisition Streamlining Act (1994) Section 1091, verplichtte de OFPP

'to provide guidance for executive agencies regarding contractors past performance. The guidance shall include :

- Standards for evaluating past performance with respect to cost, schedule, compliance with technical/functional specifications and other relevant performance factors that facilitate consistent and fair evaluation
- Policies for the collection and maintenance of information that, to the maximum extent practicable, facilitates automated collection, maintenance and dissemination of information and provides for ease of collection, maintenance and dissemination of information by other methods, as necessary

PAST PERFORMANCE IN DE VS

- Policies for ensuring the offerors are afforded an opportunity to submit relevant information including performance under contracts with federal, state, and local government and commercial contracts and that such information is considered
- The period for which information of offerors may be maintained and considered.'

(Te vinden in: US General Services Administration, White Paper Past Performance, December 1997, § 2.2.1)

Tussenconclusie

- Beoordeling van opdrachtnemer
- Van de uitvoering van de opdracht
- Op tevoren vastgestelde objectieve criteria
- Volgens een uniform beoordelingssysteem
- Met de mogelijkheid van reactie opdrachtnemer
- En centrale vastlegging van resultaten

Randvoorwaarden beoordelingssysteem

(Ontwerp Richtlijn, COM (2011) 896 def. 20.12.2011)

Artikel 55 lid 3 laatste alinea:

‘Voor de toepassing van de in de eerste alinea, onder d) bedoelde uitsluitingsgrond voorzien de aanbestedende diensten in een methode voor de beoordeling van contractuele prestaties op basis van objectieve en meetbare criteria die op een systematische, consistente en transparante wijze worden gehanteerd.

Elke prestatiebeoordeling wordt bekendgemaakt aan de desbetreffende ondernemer, die de gelegenheid krijgt bezwaar te maken tegen de bevindingen en bescherming in rechte kan verkrijgen’.

Bestaande beoordelingssystemen, o.a.:

- Noord-Hollandse gemeenten
- RWS
- ProRail
- CROW

Aandachtspunten

- Beoordeling van OG?
- Beoordeling samenwerking?
- Positie nieuwkomers?
- Gebruik als gunningscriterium?
- Uniforme systematiek?
- Rechtsbescherming?

Vragen?

Dank voor uw aandacht!

j.hebly@houthoff.com

www.houthoff.com

www.bouwrechtleiden.nl