



Past Performance NVA 141120i CP+CP 141119i
Charles.Petit@wv.nl Christianne.Prasing@wv.nl

De menselijke maat ...

Reacties bij de gunning

**Mooi zo!
Die heeft zijn zaakjes op orde!**

**Dat belooft nog wat!
Met hem kun je slecht samenwerken!**

2

Rijkswaterstaat
Past Performance

Inhoud

1. Waarom Past Performance?
2. Huidig juridisch kader?
3. Toekomstig juridisch kader?
4. Hoe ver is Rijkswaterstaat?

3

Rijkswaterstaat
Past Performance

1. Waarom Past Performance?

1. **Predicted** Performance ← **doel** !
2. **Uitdaging** = **objectieve, uniforme, meting**
3. **Onderwerp**: Wat kun je met meetresultaten **doen**?
 - a. Samenwerking **bespreekbaar** maken
 - b. **Present Performance** ← directe beloning
 - c. **Past Performance** ← continuïteit
4. **Fasering**
 1. Eigen gebruik door de aanbestedende dienst
 2. Gebruik met meerdere aanbestedende diensten
 3. Europees-breed systeem

4

Rijkswaterstaat
Past Performance

1. Waarom Past Performance?

5. **Wie** zijn al bezig met Past Performance?
 1. **CROW**
Alleen bij de Meervoudig onderhands procedure
(dus geen Europese aanbestedingen)
 2. **Koplopers: "Prestatiemeten"**
Rijkswaterstaat, ProRail, Rijks Vastgoed Bedrijf,
Gemeenten Rotterdam, Amsterdam, Gouda,
Zoetermeer, Leiden en de Provincie Zuid-Holland

5

Rijkswaterstaat
Past Performance

2. Huidig juridisch kader?

Beoordelingskaders

1. Beoordeling persoonlijke situatie van de gegadigde/inschrijver
 - **facultatieve uitsluitingsgrond**, 'ernstige fout' (artt. 2.87 lid 1 sub c AW 2012 en 45 lid 2 sub d RL 2004/18/EG)
2. Beoordeling geschiktheid en de selectie van gegadigden/inschrijvers
 - **selectiecriteria/geschiktheidseisen** (artt. 2.93 lid 1 AW 2012 en 48 lid 2 sub a RL 2004/18/EG)
3. Gunningsfase
 - **gunningscriteria** (zien op inschrijving, geen basis voor beoordeling op Past Performance)
4. Contractverlenging
 - Het daadwerkelijk verstrekken van een **vervolgopdracht** mede afhankelijk stellen van de geleverde prestatie

6

Rijkswaterstaat
Past Performance

2. Huidig juridisch kader?

Ad 1: Past Performance als uitsluitingsgrond.

Vooraf: Artikel 1.4 lid 1 sub b Aw 2012: aanbestedende dienst bepaalt op basis van **objectieve criteria** de keuze voor de ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.

- o.a. professionele vaardigheden

Eisen uitsluitingsgronden:

- Ondubbelzinnig
- Proportioneel
- Geldend voor alle (potentiële) deelnemers

7

Rijkswaterstaat
Past Performance

2. Huidig juridisch kader?

Wat is een 'ernstige fout'?

- Geen wettelijke definitie
- HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta)
 - "elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van betrokken marktdeelnemer"
- Forposta en Rechtbank Den Haag, 18 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338
 - Meer dan alleen 'niet-nakoming' van contractuele verplichtingen.
 - Kwaad opzet
 - Nalatigheid van een zekere ernst

8

Rijkswaterstaat
Past Performance

2. Huidig juridisch kader?

Wat is een 'ernstige fout'?

- Fout moet worden vastgesteld "op elke grond die door de aanbestedende dienst aannemelijk kan worden gemaakt".
- Hoe doe je dit bij niet-nakoming overeenkomst als rechterlijk oordeel ontbreekt?
 - Rechterlijk oordeel geen voorwaarde vooraf
 - Bij uitsluiting op deze grond minder strenge bewijzeis maar ook een zwaardere motiveringsplicht (Rechtbank Rotterdam, 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535)
 - Wat is oorzaak niet-nakoming en/of ontbinding overeenkomst?
 - Helemaal of gedeeltelijk 'fout' opdrachtnemer?
 - Objectieve beoordeling
 - Erkenning wederpartij / niet weersproken > fout staat vast

9

Rijkswaterstaat
Past Performance

2. Huidig juridisch kader?

Ad 2: Past Performance als (nader)selectie criterium of onderbouwing voor besluit tot wel/niet contractverlenging

- Art. 2.93, lid 1, sub a en d Aw 2012:
Technische- en beroepsbekwaamheid
- Selectiecriteria dienen eenduidig te zijn: HvJ EG 29 april 2004, C496/99 (Succhi di-Frutta)
"Selectiecriteria moeten op zodanige duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd dat voldoende is gewaarborgd dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze op dezelfde manier zouden moeten interpreteren."
- Selectiecriteria dienen proportioneel te zijn, verband te houden met en in verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht (art. 2.90, lid 5, Aw 2012)

10

Rijkswaterstaat
Past Performance

2. Huidig juridisch kader?

Ad 4. Contractverlenging

Rechtbank Limburg 28 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6754

- Meervoudige onderhandse aanbesteding Gemeente Sittard-Geleen met optie voor vervolgoopdrachten
- Zittende aannemer is niet betrokken bij meervoudig onderhandse aanbesteding van vervolgoopdracht omdat bij tussenevaluatie door gemeente gebleken was dat de prestaties van de aannemer niet aansluiten bij het wensbeeld van de gemeente.
- Rechter: Niet onredelijk dat de gemeente haar eigen recente ervaringen meeweegt in de keuze voor de uit te nodigen gegadigden. De *"past performance"* van Van Boekel maakt dat zij geen gelijk geval meer is en er is aldus geen strijd is met het gelijkheidsbeginsel of het proportionaliteitsbeginsel."

11

Rijkswaterstaat
Past Performance

2. Huidig juridisch kader?

Kortom:

- 'Past Performance' als uitsluitingsgrond onder de huidige regelgeving alleen mogelijk als aanbestedende dienst aannemelijk kan maken dat een ernstige fout is begaan. Hierbij geldt bij gebreke van een rechterlijke uitspraak met kracht van gewijsde een zwaardere motiveringsplicht.
- Als selectie- geschiktheids criterium wel mogelijk, mits:
 - Methode op basis van objectieve en meetbare criteria
 - Systematisch in plaats van willekeurig
 - Hoor en wederhoor

12

Rijkswaterstaat
Past Performance

2. Huidig juridisch kader?

Rechtsbescherming

- Moment rechtsbescherming
 - Tijdens uitvoering > beoordeling van prestatie
 - Tijdens volgende aanbesteding > uitsluiting/selectie/geschiktheid
- Bodemprocedure
- Kort geding
 - Beperkte inhoudelijke behandeling en bewijsvoering
 - Spoedeisendheid

13

Rijkswaterstaat
Past Performance

3. Toekomstig juridisch kader?

1. Huidig kader
Zie Tijdschrift voor Bouwrecht; augustus 2010;
"Past en Present Performance"; pag. 772 - 783
2. Toekomstig kader: **Aanbestedingswet 2016** (april?);
Richtlijn 2014/24/EU
3. Drie ankers voor **Past Performance**
 - Uitsluitingsgronden
 - **Selectiecriteria**
 - Gunningscriteria

14

Rijkswaterstaat
Past Performance

3. Toekomstig juridisch kader?

1. **Uitsluiting** (facultatief)
 - Overweging 101: **grove wanprestatie** of [herhaalde kleine onregelmatigheden](#) → twijfel betrouwbaarheid)
 - Art. 57, lid 4, sub g → aanzienlijke of **voortdurende tekortkomingen** bij uitvoering **wezenlijk** voorschrift leidend tot **vroegtijdige beëindiging** overeenkomst, **schadevergoeding** of vergelijkbare **sanctie** (eventueel bij **andere** aanbestedende dienst)
 - Art. 57, lid 4, sub c (**ernstige fout**) → twijfel integriteit
 - Lid 6 → **tegenbewijs** m.b.t. betrouwbaarheid toelaten

15

Rijkswaterstaat
Past Performance

3. Toekomstig juridisch kader?

2. Selectie

- Art. 58, lid 4: technische bekwaamheid, beroepsbekwaamheid → geschikte referenties
- Art. 60: zie voor aantonen Bijlage XII, Deel II
- Bijlage XII, Deel II
"certificates of satisfactory execution and outcome"
"een **lijst van de werken** die gedurende de afgelopen periode van maximaal **vijf jaar** werden verricht, welke lijst vergezeld gaat van **certificaten** die bewijzen dat de **belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd**, zowel met betrekking tot **de wijze van uitvoering** als met betrekking tot **het resultaat**; ..."

16

Rijkswaterstaat
Past Performance

3. Toekomstig juridisch kader?

- **Memorie van Toelichting Aanbestedingswet 2012**; toelichting artikel 2.93; pagina 84
 - Vaak 3 referentiewerken gevraagd met oog op proportionaliteit, maar ...
 - kan onbetrouwbaar beeld geven (3 positief en 20 negatief ?), daarom is voorwaarde stellen toegestaan:
 - Indien niet **alle** werken **volgens de regels der kunst** zijn uitgevoerd → beoordeling geschiktheid aan de hand van maximaal de uitgevoerde portefeuille van de afgelopen 5 jaar.
 - Prestatiemeten wil dit objectiveren

17

Rijkswaterstaat
Past Performance

3. Toekomstig juridisch kader?

3. Gunning

- Art. 67 "Beste prijs-kwaliteitsverhouding"
- In beginsel niet geschikt voor Past Performance
- Meer "Present Performance" d.m.v. bonus/malus

18

Rijkswaterstaat
Past Performance

