



BEÏNVLOEDING EN VALSE VERKLARINGEN LEIDEN TOT UITSLUITING



DE ZAAK

De Staat start een Europese aanbestedingsprocedure voor een opdracht voor de levering van mobiele connectiviteit en het realiseren en beheren van inbouwinstallaties voor locaties en panden. De Staat heeft de facultatieve uitsluitingsgronden 'valse verklaringen' (art. 2.87 lid 1 sub h) en 'verstrekken misleidende informatie' (art. 2.87 lid 1 sub i) van toepassing verklaard.

De Staat maakt bij de aanbesteding gebruik van het digitale platform EcoVadis om inzicht te krijgen in de duurzaamheidsprestaties van inschrijvers. Door middel van het invullen van een vragenlijst wordt een bepaalde score toegekend (de EcoVadis Scorecard) die een geldigheidsduur heeft van 12 maanden na publicatiedatum. De score heeft betrekking op het voorgaande jaar.

De Staat heeft onder meer twee wensen geformuleerd die inschrijvers kunnen vervullen:

- De eerste wens is dat inschrijver bij het indienen van de offerte een minimale Ecovadis score heeft van 65-84 (Advanced);
- De tweede wens is dat inschrijver zich verplicht om binnen 3 jaar na ondertekening van de overeenkomst een minimale Ecovadis overall score van 85-100 (Outstanding) te behalen.

Met het voldoen aan de eerste wens kunnen inschrijvers 50 punten behalen en met de tweede 20 punten.

Odido stelt vragen over deze wensen. Odido vindt het niet redelijk dat al bij het indienen van de offerte aan de eerste wens moet worden voldaan, terwijl de score pas relevant is op het moment dat de prestatie geleverd gaat worden. Odido vraagt of het meetmoment kan verschuiven naar het moment dat de prestatie geleverd wordt. Daarnaast vraagt Odido of het puntenaantal voor de eerste en tweede wens kan worden omgedraaid. Odido is van mening dat een hoger puntenaantal beter past bij een hogere Ecovadis score. De Staat weigert de voorstellen over te nemen.

Odido schrijft vervolgens in en geeft in de 'conformiteitenlijst' aan dat zij voldoet aan de eerste wens. De Staat verzoekt Odido vervolgens om haar Ecovadis-scorekaart te overleggen, waarop

Odido reageert dat het voldoen aan de eerste wens niet enkel kan worden aangetoond door middel van het overleggen van een EcoVadis scorecard. Doordat Odido in 2023 de nodige stappen heeft gezet om aan deze score te komen en de score kan aantonen door het overleggen van een self assessment met betrekking tot de te behalen EcoVadis score, voldoet volgens Odido haar EcoVadis score op het moment van inschrijving. De Staat sluit Odido vervolgens uit op grond van twee facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.87 lid 1 sub i en sub h), omdat de Staat meent dat Odido bewust misleidende informatie heeft verstrekt bij haar inschrijven en valse verklaringen heeft ingediend. Odido is het hier niet mee eens en start een kort geding.

De **voorzieningenrechter** stelt de Staat in het gelijk. De rechter overweegt dat aan de Staat beoordelingsvrijheid toekomt met betrekking tot de vraag of sprake is van een uitsluitingsgrond en of een inschrijver betrouwbaar is. De rechter is van oordeel dat de Staat in redelijkheid heeft kunnen komen tot uitsluiting van Odido op grond van artikel 2.87 lid 1 sub h en i Aw 2012. De bewoording van de wens is duidelijk: de inschrijvers moeten op het moment van inschrijving een EcoVadis score hebben van 65-84 punten. EcoVadis hanteert een systeem waarbij jaarlijks een score wordt toegekend die betrekking heeft op het daaraan voorafgaande jaar. De score heeft een geldigheidsduur van 12 maanden. Er kon voor een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver als Odido dan ook geen twijfel over bestaan dat de wens inhoudt dat de inschrijver op het moment van inschrijving moet beschikken over een minimale EcoVadis score van 65-84 punten. Dat Odido zich daarvan ten volle bewust was en van de omstandigheid dat de EcoVadis score over 2022 niet toereikend was om aan de wens te kunnen voldoen, volgt ook uit de door Odido in de nota's van inlichtingen gestelde vragen. Nu Odido desondanks bij haar inschrijving (zonder meer) heeft aangegeven aan de wens te voldoen, heeft zij zich in ernstige mate schuldig gemaakt aan het afgeven van een valse verklaring respectievelijk het verstrekken van misleidende informatie in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub h en i van de Aw 2012.



JURIDISCH KADER

- Op basis van de zogenaamde uitsluitingsgronden kan een aanbestedende dienst inschrijvers uitsluiten van deelname aan een aanbesteding. Naast verplichte uitsluitingsgronden (art. 2.86 Aw 2012) zijn er ook facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.87 Aw 2012) die een aanbestedende dienst van toepassing kan verklaren door ze aan te vinken in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument.
- Een aanbestedende dienst die een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing verklaart, is daar strikt aan gebonden. Het begrip 'facultatief' ziet op de keuze (vooraf) om de uitsluitingsgrond al dan niet van toepassing te verklaren en niet op de keuze (achteraf) om de uitsluitingsgrond ook daadwerkelijk toe te passen.
- Tot de facultatieve gronden voor uitsluiting behoren ook 'valse

verklaringen' (art. 2.87 lid 1 sub h) en het 'verstrekken van misleidende informatie' (art. 2.87 lid 1 sub i). Een inschrijver kan worden uitgesloten als hij zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of het voldoen aan de geschiktheidseisen of heeft die informatie achtergehouden, dan wel als hij heeft getracht om het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden, om vertrouwelijke informatie te verkrijgen die hem onrechtmatige voordelen in de aanbestedingsprocedure kan bezorgen, of heeft door nalatigheid misleidende informatie verstrekt die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en gunning.

- Een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan, heeft een mogelijkheid tot zelfreiniging. De inschrijver wordt in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Bij het beschrijven van zelfreinigende maatregelen toont de inschrijver aan dat hij eventuele schade die voortvloeit uit zijn ernstige fout heeft vergoed of heeft toegezegd te vergoeden, dat hij heeft bijgedragen aan opheldering van feiten en omstandigheden door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisato-

rische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere fouten te voorkomen.

- De aanbestedende dienst beoordeelt de door de inschrijver genomen maatregelen met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de begane fouten. Als de aanbestedende dienst de genomen maatregelen onvoldoende acht, deelt hij dit gemotiveerd mee aan de inschrijver. Als de aanbestedende dienst dat bewijs toereikend acht, wordt de inschrijver niet uitgesloten (artikel 2.87a Aw 2012).



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het Meca-arrest overwoog het **Hof van Justitie van de Europese Unie** dat een aanbestedende dienst een beoordelingsvrijheid toekomt met betrekking tot de vraag of sprake is van een uitsluitingsgrond en of een inschrijver betrouwbaar is. De betrouwbaarheid van de ondernemer is een wezenlijk element van de betrekking tussen die ondernemer en de aanbestedende dienst.
- In het Esaprojekt-arrest overwoog het **Hof van Justitie van de Europese Unie** t.a.v. de facultatieve uitsluitingsgrond 'valse verklaringen' (art. 2.87 lid 1 sub h) dat voor het uitsluiten van deelneming niet is vereist dat de inschrijver opzettelijk heeft gehandeld. Het volstaat dat de inschrijver verantwoordelijk kan worden gehouden voor een nalatigheid met een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht.
- In voornoemd arrest overwoog het HvJEU tevens dat het voor uitsluiting op grond van het 'verstrekken van misleidende informatie' (art. 2.87 lid 1 sub i) volstaat dat de inschrijver door nalatigheid misleidende informatie heeft verstrekt die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en gunning.
- Over het niet vermelden van boetebesluiten in de Eigen verklaring oordeelde het **Gerechtshof Den Haag** dat dit kwalificeert als het zich in ernstige mate schuldig maken aan het afleggen van een valse verklaring. Doordat er voor inschrijver geen twijfel over kon bestaan dat de beboete gedragingen

kwalificeren als ernstige fouten in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw 2012, had inschrijver daarvan melding moeten maken in haar Eigen verklaring. Door dit niet te doen en door ondertekening van de Eigen verklaring te verklaren dat hij geen ernstige fout heeft begaan, legt inschrijver een valse verklaring af.

- Het **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden** oordeelde dat een aanbestedende dienst de beoogde winnaar ten onrechte heeft uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding. Het onjuist invullen van het Bibob-vragenformulier kwalificeert niet als het afgeven van een valse verklaring (facultatieve uitsluitingsgrond, artikel 2.87 lid 1 sub h Aw 2012). Het zou in strijd zijn met het transparantiebeginsel als met de "extra" integriteitstoets een nieuwe uitsluitingsgrond wordt gecreëerd of dat op partij als winnende inschrijver de plicht zou rusten om meer informatie over haar bedrijf en (indirect) bestuurders/aandeelhouders te geven dan in deze vragen op het Bibob-formulier wordt gevraagd.
- In een **eerder jurisprudentiealarm** schreven wij over een geschil omtrent de uitsluiting van een inschrijver op grond van een 'ernstige fout in de beroepsuitoefening' (art. 2.87 lid 1 sub c). De inschrijver had verzwegen dat hij onder verscherpt toezicht was geplaatst en dat hij zijn verplichtingen op het gebied van milieurecht had geschonden. Ook daar oordeelde de rechter dat de aanbestedende dienst, gebruikmakend van zijn beoordelingsvrijheid, voldoende aannemelijk had gemaakt dat de inschrijver een ernstige beroepsfout had begaan en dus mocht worden uitgesloten.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Als aanbestedende dienst heb je een zekere mate van beoordelingsvrijheid bij het beoordelen van de betrouwbaarheid en de integriteit van een inschrijver. Maar als je als aanbestedende dienst wil overgaan tot uitsluiting van een inschrijver op grond van een facultatieve uitsluitingsgrond, dien je het gedrag van de inschrijver wel individueel, in concreto te beoordelen en bovendien toereikend te motiveren.
- Ben je het als inschrijver niet eens met uitsluiting omdat uitsluiting disproportioneel is? Maak daar dan bezwaar tegen en onderbouw waarom er sprake zou zijn van een kennelijk onredelijke uitsluiting.
- Is uitsluiting aan de orde vanwege de facultatieve uitsluitingsgrond ernstige beroepsfout (artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012), stel de inschrijver dan in de gelegenheid om te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Bij deze zogenaamde 'zelfreinigende maatregelen' dient het te gaan om concrete (bij voorkeur reeds geïmplementeerde) maatregelen die geschikt zijn om verdere fouten te voorkomen. Termen zoals "we zijn voornemens om (...)" en "we zijn aan het onderzoeken of (...)" duiden niet op toereikende zelfreinigende maatregelen.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com