

# Jurisprudentie Alarm

Aanbestedende dienst moet inschrijver uitsluiten door valse verklaring.

# De zaak

Stichting Landstede ("Landstede") is een aanbieder van voortgezet, middelbaar beroeps- en volwassenenonderwijs in Overijssel, Gelderland en Flevoland. Landstede organiseerde een Europese openbare aanbesteding voor het busvervoer van haar leerlingen en studenten. Gebo Tours B.V. ("Gebo") heeft de winnende inschrijving gedaan en De Vier Gewesten B.V. ("DVG") is op de tweede plek geëindigd. Nadat Landstede haar voornemen om aan Gebo te gunnen bekendmaakte, maakte DVG daartegen bezwaar. Het bezwaar van DVG zag op dat Gebo vals zou hebben verklaard in haar inschrijving.

In de onderhavige aanbesteding vraagt het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ("UEA") onder verwijzing naar art. 2.87, lid 1, sub h, Aanbestedingswet 2012 ("Aw 2012") of de inschrijver kan bevestigen dat hij zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van informatie. Gebo heeft in 2022 in een andere aanbestedingsprocedure dan de onderhavige een valse verklaring afgelegd. Volgens DVG had Gebo daarom in het UEA moeten melden dat zij eerder vals heeft verklaard, maar dat heeft Gebo niet gedaan. Door dat na te laten, heeft Gebo opnieuw een valse verklaring afgelegd. Als gevolg daarvan moet zij worden uitgesloten, aldus DVG.

Nadat DVG met een brief van een derde partij aantoonde dat Gebo eerder was uitgesloten wegens het afleggen van een valse verklaring, voerde Landstede onderzoek uit. Zij vroeg Gebo om nadere toelichting. Gebo legde uit dat de eerdere valse verklaring ontstond doordat Gebo had aangegeven over twee elektrische bussen te zullen beschikken, maar door leveringsproblemen slechts over één elektrische beschikte. Landstede beschouwt deze gang van zaken als een ongelukkige samenloop van omstandigheden en meent dat uitsluiting wegens een valse verklaring alleen mogelijk is indien die verklaring is gedaan in het kader van de onderhavige aanbesteding, terwijl de bezwaren van DVG betrekking hadden op een andere procedure. De voorgenomen gunningsbeslissing verandert dus niet. DVG spant daarom een kort geding aan bij de Rechtbank Overijssel.

De voorzieningenrechter stelt voorop dat Landstede als aanbestedende dienst beoordelingsvrijheid heeft om te bepalen of een uitsluitingsgrond al dan niet van toepassing is. Toch concludeert hij dat Landstede in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot voorlopige gunning aan Gebo. Gebo had namelijk van de onderhavige aanbestedingsprocedure moeten worden uitgesloten omdat zij een nieuwe valse verklaring heeft afgelegd door de eerdere valse verklaring in de andere procedure te verzwijgen.

De valse verklaring in de eerdere procedure valt namelijk binnen de wettelijke terugkijktermijn van drie jaar. Aangezien het UEA in de onderhavige procedure expliciet naar deze uitsluitingsgrond vraagt, had Gebo moeten aangeven dat deze op haar van toepassing was. Het feit dat zij dit heeft nagelaten, levert een nieuwe valse verklaring op. Dat de eerste valse verklaring betrekking heeft op een andere procedure maakt het voorgaande niet anders. Bovendien heeft Landstede uitsluiting zelf aangegeven. Die sanctie is zwaar, maar volgens de voorzieningenrechter ging in te trekken.

# 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 UEA.
- 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 behoort ook het afleggen van een ‘valse verklaring’ (artikel 2.87, lid 1, onder h, Aw 2012). Een inschrijver kan op die grond worden uitgesloten indien deze voorafgaand aan de inschrijving informatie achterhoudt die vereist is voor de controle van uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Valse verklaringen worden meegerekend als zij binnen de terugkijktermijn van drie jaar vallen (artikel 2.87, lid 2, onder e, Aw 2012).
- Als een inschrijver aangeeft dat een uitsluitingsgrond op hem van toepassing is, bijvoorbeeld omdat hij een valse verklaring heeft afgelegd, dan bestaat er 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. 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 het wordt overgelaten aan de aanbestedende dienst – en dus niet de nationale rechter – om te beoordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure. Het is in het bijzonder aan de aanbestedende dienst om de integriteit en betrouwbaarheid van een ondernemer te beoordelen. De betrouwbaarheid van de ondernemer is immers 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 ten aanzien van de facultatieve uitsluitingsgrond ‘valse verklaringen’ 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.

Uit een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden volgt dat een inschrijver slechts een valse verklaring kan afleggen over feiten die reeds voor inschrijving hebben plaatsgevonden. In de zaak bij het Hof was dit niet het geval waardoor de inschrijver niet mocht worden uitgesloten.

Over het niet vermelden van boetebesluiten in de ‘eigen verklaring’ (de eigen verklaring van de inschrijver in het UEA) 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 beroepsfouten in de zin van artikel 2.87, lid 1, onder c, Aw 2012, had de inschrijver daarvan melding moeten maken in zijn 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. 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.

# Tips voor de praktijk

Als aanbestedende dienst heb je een zekere mate van beoordelingsvrijheid bij het beoordelen van de betrouwbaarheid van een inschrijver. Als je echter in de aanbestedingsstukken opneemt dat de sanctie op een bepaalde uitsluitingsgrond zonder meer uitsluiting is, dan moet je daar in beginsel ook gevolg aan geven. Het is daarom verstandig om in de aanbestedingsstukken ruimte te maken voor een evenredigheidstoets. Kies bijvoorbeeld voor de woorden: “Een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, kan terzijde worden gelegd”, in plaats van: “(...) wordt terzijde gelegd”.

Heb je als inschrijver twijfels over de toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond? Vraag dan om opheldering bij de aanbestedende dienst. Uiteindelijk is het namelijk aan de aanbestedende dienst, en niet de inschrijver, om te bepalen of er moet worden uitgesloten. Bovendien is het achteraf te laat om te klagen dat de aanbestedingsstukken onduidelijk waren. Van inschrijvers wordt immers verwacht dat zij zo spoedig mogelijk hun bezwaren kenbaar maken.

Geef als inschrijver openheid van zaken. Door de nieuwe valse verklaring is Gebo niet alleen de opdracht misgelopen, maar riskeert zij ook uitsluiting van andere (toekomstige) aanbestedingen.

Heb je als inschrijver eerder een valse verklaring afgelegd? Meld dit. Indien je verzuimt melding te maken van een valse verklaring in het UEA, verlies je mogelijk de kans om uitsluiting met behulp van zelfreinigende maatregelen te voorkomen. In het geval dat de aanbestedende dienst voorschrijft dat de sanctie op een uitsluitingsgrond ‘zonder meer’ uitsluiting is, is het verstandig te vragen of de aanbestedende dienst wel de mogelijkheid biedt tot zelfreiniging (art. 2.87a Aw 2012) en/of de proportionaliteitstoets toepast (art. 2.88 Aw 2012).



# MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze [website](#).

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met [Van Doorne Advies](#)  
Advocaten, notarissen & fiscalisten en [EPSA Procurement](#).

**epsa**<sup>™</sup>  
PROCUREMENT

Van Doorne