



ERNSTIGE BEROEPSFOUT MET UITSLUITING TOT GEVOLG



DE ZAAK

Het Waterschap Scheldestromen houdt een aanbesteding voor het vervoeren van zuiverings-slib van en naar een water-zuiveringsinstallatie. Eén van de drie inschrijvers verklaart in zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument ("UEA") dat er geen uitsluitingsgrond op hem van toepassing is. Wel voegt deze inschrijver een bijlage toe (genaamd: "bijlage [eiser] UEA"), waarin deze inschrijver opsomt welke bestuurlijke boetes aan hem zijn opgelegd de afgelopen drie jaar. Ook blijkt uit nader onderzoek van het Waterschap dat deze inschrijver in de periode tussen 16 december 2021 en 12 januari 2023 onder verscherpt toezicht heeft gestaan.

Het Waterschap besluit deze inschrijver uit te sluiten van deze procedure. Het Waterschap meent dat de overtredingen genoemd in de genoemde bijlage, en overtredingen die het Waterschap zelf heeft gevonden in persberichten over mest-fraude, aan te merken zijn als overtredingen van de meststof-fenwetgeving en daarmee als schendingen van het milieurecht. De schending van het milieurecht is een (van toepassing

verkleerde) facultatieve uitsluitingsgrond (2.87 lid 1 sub a Aw 2012). Het Waterschap neemt het deze inschrijver ook kwalijk dat hij deze schendingen niet heeft gemeld (hij heeft "nee" ingevuld op de vraag van het UEA of het haar verplichtingen op het gebied van milieurecht heeft geschonden). Ook het verscherpte toezicht is volgens het Waterschap verzwegen. Het Waterschap doet op basis hiervan (ook) een beroep op artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 en stelt dat sprake is van een ernstige beroepsfout omdat het Waterschap de integriteit van de inschrijver in twijfel trekt. De inschrijver start een kort geding.

De voorzieningenrechter oordeelt dat het Waterschap, gebruikmakend van haar beoordelingsvrijheid, voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat eiser een ernstige beroepsfout heeft begaan en heeft kunnen oordelen dat daarmee de integriteit van eiser in twijfel kon worden getrokken. Oftewel, de uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 is van toepassing, waarmee de andere uitsluitingsgrond geen verdere bespreking meer behoeft. De vorderingen worden afgewezen.



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 behoort ook 'de ernstige beroepsfout'. Een inschrijver kan worden uitgesloten indien de integriteit van de marktpartij in twijfel wordt getrokken omdat de inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan (in de drie jaar voorafgaand aan inschrijving).
- 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, organisatorische 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). Zie in dat verband ook onze eerdere nieuwsbrieven over dit onderwerp: ([link](#)) en ([link](#)).



RECHTERS AAN HET WOORD

- Het begrip 'ernstige fout bij de beroepsuitoefening' is uitgewerkt in het **Forposta-arrest** van het HvJEU. Het begrip 'ernstige fout' ziet normaal gesproken op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. De vaststelling van een 'ernstige fout' vergt een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken marktdeelnemer.
 - Het uitgangspunt dat de aanbestedende dienst beoordelingsvrijheid toekomt bij de beoordeling of een inschrijver betrouwbaar is, volgt uit het **Meca-arrest** van het HvJEU.
- De uitsluitingsgronden zien op de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het vertrouwen in die ondernemer is gestoeld. Indien een aanbestedende dienst gebonden zou zijn aan een beoordeling door een derde, wordt het lastig om het evenredigheidsbeginsel te waarborgen, waarbij voorbijgegaan kan worden aan kleine onregelmatigheden.
- Bepalen de aanbestedingsvoorwaarden dat een inschrijver wordt uitgesloten als die een ernstige beroepsfout heeft begaan? Dan is er geen plaats meer voor een evenredigheidstoets. De inschrijver moet in dat geval ook daadwerkelijk worden uitgesloten (**HvJEU Connexion**).



TIPS EN ADVIEZEN 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 wilt overgaan tot uitsluiting van een inschrijver omdat hij een ernstige beroepsfout heeft begaan, dien je het gedrag van de inschrijver wel individueel en in concreto te beoordelen. Dat oordeel (i.e. dat sprake is van een ernstige beroepsfout) moet bovendien toereikend gemotiveerd zijn.
- Ben je het als inschrijver niet eens met uitsluiting op grond van een ernstige beroepsfout? Maak daar dan bezwaar tegen en onderbouw waarom de verwijten van de aanbestedende dienst over de vermeende beroepsfout onjuist zijn.
- Heb je als inschrijver wel een ernstige beroepsfout begaan en wil je een beroep doen op zelfreiniging? Geef de fout dan ruiterslijk toe. Schuif de schuld niet af op andere partijen. Neem en benoem concrete (bij voorkeur reeds geïmplementeerde) maatregelen die geschikt zijn om verdere fouten te voorkomen. Vermijd termen zoals "we zijn voornemens om (...)" en "we zijn aan het onderzoeken of (...)".