



## DE ZAAK

De Politie houdt een Europese aanbesteding voor de schoonmaak van een aantal politiepanden in heel Nederland. De Politie verklaart alle facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing op deze aanbesteding, waaronder de uitsluitingsgrond over gebrekkige past performance en de uitsluitingsgrond over het geven van een valse verklaring.

Eiseres heeft eerder schoonmaakopdrachten uitgevoerd voor de Politie. Eén van deze opdrachten is vorig jaar vroegtijdig beëindigd wegens ernstige tekortkomingen in de uitvoering. Eiseres was het daar niet mee eens en heeft bezwaar gemaakt tegen deze vroegtijdige beëindiging.

In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) geeft eiseres aan dat geen van de uitsluitingsgronden op haar van toepassing zijn. De Politie sluit eiseres vervolgens uit van verdere deelname aan deze aanbesteding, omdat de twee genoemde uitsluitingsgronden volgens de Politie wel degelijk op haar van toepassing zijn. Er was namelijk sprake van een tekortkoming ten aanzien van prestaties uit het verleden (gebrekkige past performance) en aangezien eiseres dit heeft verzwegen in haar UEA, heeft zij ook een valse verklaring afgelegd.

Eiseres start een kort geding. De vroegtijdige beëindiging van de genoemde opdracht is volgens eiseres nog niet definitief omdat zij daar bezwaar tegen heeft gemaakt. De Politie is daarmee bekend en uitsluiting van eiseres op deze grond zou daarom niet proportioneel zijn, ook omdat dit vergaande gevolgen zou hebben voor de deelname van eiseres aan toekomstige aanbestedingsprocedures. De Politie houdt vast aan haar beslissing om eiseres uit te sluiten.

**De voorzieningenrechter** geeft de Politie gelijk. De vraag over past performance in het UEA is een feitelijke vraag en eiseres had deze vraag met 'ja' moeten beantwoorden. Dat eiseres bezwaar heeft gemaakt tegen deze vroegtijdige beëindiging en dat zij aanspraak maakt op nakoming van deze overeenkomst, doet niet af aan het feit dat eiseres haar werkzaamheden voor het einde van de looptijd van de overeenkomst voortijdig heeft moeten beëindigen. Daarmee is het eiseres overkomen dat een eerdere opdracht voortijdig is beëindigd. Eiseres had dit in het UEA moeten aangeven. Aangezien eiseres dat niet gedaan heeft, heeft eiseres ook een onjuiste verklaring afgelegd. De vorderingen van eiseres worden afgewezen. In **hoger beroep** wordt dit vonnis bekrachtigd.



## JURIDISCH KADER

- Op basis van de zogenaamde uitsluitingsgronden kan een aanbestedende dienst inschrijvers uitsluiten van deelname aan een aanbesteding. Naast verplichte uitsluitingsgronden (artikel 2.86 Aanbestedingswet) zijn er ook facultatieve uitsluitingsgronden (artikel 2.87 Aanbestedingswet) die een aanbestedende dienst van toepassing kan verklaren door ze aan te vinken in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (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.
- Eén van deze facultatieve uitsluitingsgronden heeft betrekking op gebrekkige past performance (gebrekkige prestaties uit het verleden). Deze uitsluitingsgrond heeft betrekking op de situatie dat een inschrijver of gegadigde blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere (concessie)opdracht en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties (artikel 2.87 lid 1 sub g van de Aanbestedingswet).
- Tot de facultatieve gronden voor uitsluiting behoort ook het afleggen van een 'valse verklaring' (artikel 2.87 lid 1 sub h Aanbestedingswet). Wanneer een inschrijver zich in een eerdere aanbestedingsprocedure schuldig heeft gemaakt aan het verstrekken van een valse verklaring is niet uitgesloten dat dit tevens als ernstige beroepsfout kwalificeert (artikel 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet). Niet iedere valse verklaring is echter een ernstige beroepsfout. Of sprake is van een ernstige beroepsfout hangt af van de aard en ernst van de valse verklaring en wat de inschrijver daarmee heeft beoogd te bereiken. Zie ook een eerdere editie van het **JA!** over dit onderwerp.
- Een inschrijver op wie een andere uitsluitingsgrond van toepassing is, 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. Als de aanbestedende dienst dat bewijs toereikend acht, wordt de inschrijver niet uitgesloten (artikel 2.87a Aanbestedingswet).



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Uit het arrest **Meca** van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat het doel van de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57 van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU (in Nederland geïmplementeerd in artikel 2.87 Aanbestedingswet) is om de aanbestedende dienst in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen.
- In een zaak van **de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg** betoogde een afgewezen inschrijver dat de aanbestedende dienst een winnende inschrijver had moeten uitsluiten op grond van (onder meer) gebrekkige past performance. De voorzieningenrechter stelde echter vast dat het hier ging om louter speculatieve uitlatingen over vermeend gebrekkige prestaties uit het verleden. Louter speculatieve uitlatingen vormen onvoldoende grond voor de toepasselijkheid van deze uitsluitingsgrond.
- In een zaak van het **gerechtshof Arnhem-Leeuwarden** betoogde een afgewezen inschrijver eveneens dat een winnende inschrijver zijn gebrekkige past performance had moeten melden en dat de aanbestedende dienst deze inschrijver had moeten uitsluiten. Het gerechtshof ging daar niet in mee. Niet aangetoond was dat de aanbestedende dienst op objectieve en consistente wijze had vastgesteld dat sprake was van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een vorige opdracht. Een contract waaraan gerefereerd werd, was ontbonden omdat onderhandelingen over scherpe contractvoorwaarden stuk liepen. Het contract was dus niet ontbonden wegens tekortkomingen. Daardoor was niet voldaan aan de cumulatieve criteria voor uitsluiting op grond van gebrekkige past performance.
- In **de KPN-zaak** kwalificeerde het niet melden van een ernstige beroepsfout (ACM-boetes wegens schendingen van de Telecommunicatiewet) als het afleggen van een valse verklaring. Voor het toepassen van een proportioneelheidsstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond bestond geen ruimte, aldus het gerechtshof Den Haag. Het afleggen van een valse anti-collusieverklaring kwalificeert doorgaans ook als ernstige beroepsfout. Let wel: niet elke (valse) verklaring is een ernstige beroepsfout. Zo beging een inschrijver die ten onrechte (maar per ongeluk) verklaarde dat voldaan was aan een gestelde solvabiliteitseis, geen ernstige beroepsfout (**Vzr.Rb Gelderland**).
- Volgens **het Hof van Justitie van de Europese Unie** maakt een inschrijver zich in ernstige mate schuldig aan het verstrekken van een valse verklaring indien een inschrijver verantwoordelijk kan worden gehouden voor nalatigheid van een zekere mate van ernst. Dat wil zeggen, 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 dit gerechtshof was dit niet het geval waardoor de inschrijver niet mocht worden uitgesloten.



## TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

- Geef als inschrijver zoveel mogelijk openheid van zaken over de (eventuele) toepasselijkheid van een van toepassing verklaarde uitsluitingsgrond. Stel daar ook vragen over. Zo had eiseres in deze zaak een vertrouwelijke vraag kunnen stellen aan de Politie om erachter te komen of de vroegtijdig beëindigde opdracht uit 2023 als gebrekkige past performance beschouwd had moeten worden (en dit dus gemeld had moeten worden in het UEA). In het slechtste scenario zou eiseres dan deze opdracht mislopen. Dat is minder nadelig dan het huidige scenario, omdat eiseres nu niet alleen deze opdracht misloopt, maar ook een valse verklaring heeft afgelegd. Daarmee riskeert eiseres ook uitsluiting van andere (toekomstige) aanbestedingen, zeker omdat het afleggen van een valse verklaring (ook) kan kwalificeren als een ernstige beroepsfout.
- Bouw als aanbestedende dienst altijd ruimte in voor een evenredigheidstoets. Kies in de aanbestedingsstukken bijvoorbeeld voor de woorden: "Een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is kan terzijde worden gelegd", in plaats van: "(...) wordt terzijde gelegd".
- Bied ook de mogelijkheid tot 'zelfreiniging'. Stel vast wat de aard en de ernst van de fout is, of de fouten zich recentelijk hebben voorgedaan, of sprake is van een eenmalige fout of van een patroon van fouten, of de oorzaken van het (onrechtmatige) gedrag voldoende zijn onderkend en aangepakt, welke concrete maatregelen zijn genomen om de fout in de toekomst te voorkomen en of die maatregelen reeds geïmplementeerd zijn. Vraag stevig door naar de door een inschrijver beschreven zelfreinigende maatregelen.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP