



# FRAUDEVERMOEDENS GEEN GROND VOOR UITSLUITING



## DE ZAAK

Journalisten van onder meer Follow the Money voeren onderzoek uit naar een aantal zorgaanbieders die in 2017 meer dan 10% winst boekten uit hun activiteiten. Een zorgaanbieder die zorg levert aan de gemeenten Amsterdam, Diemen, Uithoorn en Ouder-Amstel (hierna: de gemeenten) boekt in dat jaar een winst van 10,4%. Naar aanleiding daarvan krijgt accountantskantoor KPMG opdracht onderzoek uit te voeren naar de genoemde zorgaanbieder, dat leidt tot een conceptrapport. Daarnaast ontvangen de gemeenten meerdere anonieme meldingen over de zorgaanbieder van het Informatie Knoop punt Zorgfraude (IKZ), onder meer over een fraudulente bedrijfsstructuur, een onjuiste besteding van zorggelden, een onjuiste behandeling van personeel en onjuiste declaraties.

In oktober 2021 houden de gemeenten een aanbesteding voor enkelvoudige specialistische jeugdhulp. De genoemde zorgaanbieder schrijft in op de aanbesteding. De gemeenten zijn evenwel voornemens de zorgaanbieder uit te sluiten op grond van een ernstige beroepsfout, vanwege de IKZ-meldingen en ander bewijsmateriaal over fraude door de zorgaanbieder. De

zorgaanbieder start een kort geding.

De voorzieningenrechter toetst of de gemeenten de zorgaanbieder terecht hebben uitgesloten van de aanbesteding vanwege een ernstige beroepsfout. Het bewijs dat de gemeenten hebben aangedragen ter onderbouwing van de beroepsfout is niet toereikend. Zo dateert het genoemde onderzoek van de journalisten uit 2017 en dat valt buiten de termijn van drie jaar (van artikel 2.87 lid 2 sub b Aw 2012). KPMG blijkt niet verder gekomen te zijn dan een concept-rapport, zonder duidelijke conclusie. Wat overblijft aan bewijsmateriaal, is een drietal anonieme (IKZ-)meldingen. Het is niet uitgesloten dat deze meldingen afkomstig zijn van een (of meer) rancuneuze ex-medewerker(s). "De gemeenten hebben niet meer dan vermoedens", concludeert de voorzieningenrechter. Niet gebleken is dat die vermoedens nader zijn onderzocht. De gemeenten hebben derhalve niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van een ernstige beroepsfout en mogen de zorgaanbieder niet uitsluiten van de aanbesteding.



## 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 Aw 2012) zijn er ook facultatieve uitsluitingsgronden (artikel 2.87 Aw 2012) 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.
- Tot de facultatieve gronden voor uitsluiting behoort ook 'de ernstige beroepsfout' (artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012). 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, of op wie een andere uitsluitingsgrond van toepassing is, heeft een mogelijkheid tot het nemen van 'zelfreinigende maatregelen'. 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).



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Het begrip 'ernstige fout bij de beroepsuitoefening' is uitgewerkt in het [Forposta-arrest](#) van het Hof van Justitie van de Europese Unie (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.
  - 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 Connexxion](#)).
  - 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 proporti-
- onaliteitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond bestaat geen ruimte, aldus het Hof Den Haag ([KPN](#)). Het afleggen van een valse anticollusie-verklaring 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](#)).
- In [JA! 2020-10](#) bespraken wij al een arrest van het Hof Den Haag, waarin de rechter eveneens oordeelde dat de aanbestedende dienst in redelijkheid kon besluiten tot uitsluiting van een inschrijver. Ook in [JA! 2021-21](#) stond de ernstige beroepsfout centraal. Staatsbosbeheer werd hier door de rechter in het gelijk gesteld; de door inschrijver genomen maatregelen om te voorkomen dat in de toekomst geen prijsafspraken meer werden gemaakt en de mededinging niet meer zou worden verstoord, werden als onvoldoende vertrouwenwekkend gezien.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Wil je als aanbestedende dienst een inschrijver uitsluiten van een aanbesteding op grond van een ernstige beroepsfout, bijvoorbeeld vanwege fraude(vermoedens)? Kijk dan eerst of een dergelijk verwijt voldoende onderbouwd kan worden met deugdelijk bewijsmateriaal. Wees kritisch over (en ga niet blind af op) anonieme meldingen, laat conceptrapporten voltooien tot definitieve rapporten met duidelijke conclusies/bevindingen, pas hoor en wederhoor toe en bezie vervolgens welke vervolgstappen je nog dient te zetten. Pas wanneer het onderzoek volledig is afgerond en de inschrijver de kans heeft gekregen op alle bevindingen te reageren, is het moment daar om je beslissing te nemen. Neem in dat geval het wettelijk kader (zie 'juridisch kader' hiervoor) strikt in acht.
- 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.
- 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. Deze uitspraak laat goed zien dat het kan lonen bezwaar te maken (en desnoods een juridische procedure te starten) als een aanbestedende dienst volhardt in zijn oordeel over een vermeende beroepsfout.
- Heb je wel een ernstige beroepsfout begaan en wil je een beroep doen op zelfreiniging? Geef de fout dan ruitelijk 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 (...)".

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

**VANDOORNE** ⊕

**Aeves  
Benefit** 

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)