



GEDRAGSVERKLARING AANBESTEDEN TEN ONRECHTE GEWEIGERD!



DE ZAAK

Een ondernemer vraagt een gedragsverklaring aanbesteden (GVA) aan bij de minister voor Rechtsbescherming. De minister weigert de afgifte van een GVA, omdat de ondernemer in de drie jaar voorafgaand aan de aanvraag is veroordeeld voor deelname aan een kartel.

De ondernemer haalt de wettekst van de Aanbestedingswet 2012 erbij. Daarin staat dat afgifte van een GVA alleen geweigerd mag worden wanneer de Autoriteit Consument & Markt (ACM) een overtreding van het kartelverbod als 'zwaar' of 'zeer zwaar' aanmerkt. De ACM heeft een dergelijke kwalificatie niet afgegeven. De aanvraag van een GVA is dus ten onrechte afgewezen, aldus de ondernemer.

De minister is het daar niet mee eens. Het klopt dat de ACM de overtreding niet als 'zwaar' of 'zwaar zwaar' heeft aangemerkt, maar dat doet de ACM al sinds 2014 niet meer. Als de lezing van de ondernemer gevolgd zou worden, mag de minister de afgifte van een GVA in dit soort situaties nooit meer weigeren. Dat kan niet de bedoeling zijn, aldus de minister

[De rechtbank Amsterdam](#) stelt vast dat het aan de ACM is om een overtreding van het kartelverbod te kwalificeren als 'zwaar' of 'zeer zwaar'. Aangezien een dergelijke kwalificatie ontbreekt, is niet voldaan aan de wettelijke eisen voor het weigeren van een GVA. Het feit dat de ACM sinds 2014 de kwalificatie 'zwaar' of 'zeer zwaar' niet meer afgeeft, maakt dat niet anders. Dat is een probleem van de overheid, en niet van burgers of ondernemers. De rechtbank draagt de minister op een GVA te verlenen aan de ondernemer.



JURIDISCH KADER

- Een aanbestedende dienst mag van een inschrijver verlangen dat hij een gedragsverklaring aanbesteden (GVA) overlegt. Een gedragsverklaring aanbesteden (GVA) is een verklaring van overheidswege waaruit blijkt dat er geen bezwaren bestaan tegen deelname van de betreffende ondernemer aan een (overheids)aanbesteding.
- De wettelijke regeling over de GVA is terug te vinden in de artikelen 4.1 - 4.11 van de Aanbestedingswet 2012 (Aw). Artikel 4.7 Aw bevat een lijst met gronden die betrokken mogen worden in de beoordeling van een GVA-aanvraag.
- Eén van die gronden is een boete van de ACM voor (onder meer) een overtreding van het kartelverbod (artikel 4.7 lid 1 sub c Aw). Het kartelverbod heeft betrekking op overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen die de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan (potentieel) verhinderen (artikel 6 van de Mededingingswet). Bij een overtreding van het kartelverbod kan de ACM besluiten tot vaststelling van die overtreding, een bestuurlijke boete opleggen en een last onder dwangsom opleggen (artikel 56 Mededingingswet).
- Alleen veroordelingen en (boete)beschikkingen die in de drie jaar voorafgaand aan een GVA-aanvraag onherroepelijk zijn geworden, mogen betrokken worden in de beoordeling van een GVA-aanvraag (artikel 4.8 lid 2 Aw).
- Een GVA-aanvraag mag geweigerd worden op basis van de gronden die zijn opgenomen in artikel 4.10 Aw. Eén van deze weigeringsgronden is: "een beschikking als bedoeld in artikel 4.7, eerste lid, onderdeel c, waarin de overtreding wordt aangemerkt als **zwaar of zeer zwaar**, of een beschikking als bedoeld in artikel 4.7, eerste lid, onderdeel d, onherroepelijk is geworden" (artikel 4.10 lid 1 sub c Aw).
- Naast de gedragsverklaring aanbesteden (GVA) beschikken aanbestedende diensten nog over een ander instrument om deelnemers aan een kartel te weren: de facultatieve uitsluitingsgronden (artikel 2.87 Aw). Er zijn meerdere facultatieve uitsluitingsgronden die betrekking (kunnen) hebben op mededingingsrechtelijke overtredingen zoals het kartelverbod. Allereerst in situaties waarin de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken dat een inschrijver met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging (artikel 2.87 lid 1 sub d Aw). Een overtreding van de mededingingsregels kan ook tot uitsluiting leiden wanneer de integriteit van de inschrijver daardoor in twijfel getrokken kan worden (artikel 2.87 lid 1 sub c Aw).

- Ook kan tot uitsluiting worden overgegaan wanneer een gegadigde betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbesteding en er een vervalsing van de mededinging heeft plaatsgevonden door de voorbereidingswerkzaamheden van de betreffende inschrijver (artikel 2.87 lid 1 sub
- Let op: Een aanbestedende dienst dient de genoemde facultatieve uitsluitingsgronden (artikel 2.87 Aw 2012) van te voren expliciet van toepassing te verklaren door ze aan te vinken in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Alleen in dat geval zijn de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing en kunnen inschrijvers op deze gronden worden uitgesloten.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Het niet tijdig indienen van een GVA kan een grond zijn voor uitsluiting van verdere deelname aan een aanbesteding. De voorzieningenrechter van [de rechtbank Noord-Nederland](#) oordeelde dat de betreffende aanbestedende dienst een inschrijver niet meer in de gelegenheid mocht stellen (onder meer) een GVA alsnog in te dienen. Er kon namelijk niet meer objectief worden vastgesteld of de verklaringen dateren van voor de termijn voor indiening. Bovendien had voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk moeten zijn dat hij de vereiste bewijsmiddelen al had moeten aanvragen voordat de aanbestedende dienst daar om zou vragen. Als de inschrijver daar bezwaar tegen had, had hij daar eerder over moeten klagen.
- [De Commissie van Aanbestedingsexperts](#) komt tot een vergelijkbaar oordeel: het ontbreken van een GVA is geen herstelbaar gebrek wanneer het indienen van een GVA een selectie-eis is met een 'knock-out-karakter'.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Wees als aanbestedende dienst erop bedacht dat bij de afgifte van een GVA mededingingsrechtelijke overtredingen niet worden meegewogen. Inschrijvers die in de drie jaar voor het aanvragen van de GVA een mededingingsrechtelijke overtreding hebben begaan, kunnen op dit moment dus gewoon een GVA verkrijgen. De bal ligt nu bij de wetgever (om een wetwijziging door te voeren) of bij de ACM (om haar beleid vanaf 2014 te herzien). Totdat deze situatie is opgelost, heb je als aanbestedende dienst dus niet de zekerheid dat een inschrijver (bijvoorbeeld) geen overtreding van het kartelverbod heeft begaan.
- Verklaar dus (desgewenst) de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing die betrekking (kunnen) hebben op mededingingsrechtelijke overtredingen (waaronder het kartelverbod), zoals de facultatieve uitsluitingsgronden uit artikel 2.87 lid 1 sub c en sub d Aw (zie hiervoor, onder 'Juridisch kader').
- Heb je als ondernemer problemen met het verkrijgen van een GVA? Of verwacht je mogelijk problemen bij het verkrijgen van een GVA? Win dan deskundig (juridisch) advies in over het verkrijgen van een GVA en het voorkomen van uitsluiting op grond van een van toepassing verklaarde (facultatieve) uitsluitingsgrond.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves 
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com