

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 386

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft na 1 juli 2016 een nationale openbare aanbesteding aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken. Het ARW 2016 is van toepassing verklaard.
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument ten behoeve van de nationaal openbare aanbesteding voor het project '[X]' van [...] 2016 (hierna: het Aanbestedingsdocument) is in hoofdstuk 3 onder meer het volgende bepaald:

'3. Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en samenwerkingsverbanden.

In dit hoofdstuk worden de minimumeisen beschreven waaraan Inschrijver moet voldoen om deel te kunnen nemen aan de aanbestedingsprocedure.

3.1 Uitsluitingsgronden

(...)

4. Inschrijver moet middels een Eigen verklaring aantonen dat hij niet in een omstandigheid verkeert als omschreven in artikel 2.13.1 tot en met 2.13.5 van het ARW 2016 en een omstandigheid als omschreven in artikel 2.13.7 van het ARW 2016 voor zover als aangegeven in de Eigen verklaring. Deze verklaring moet de Inschrijver als bijlage bij zijn Inschrijving voegen. Het model voor deze standaardverklaring is bijgevoegd als bijlage C bij dit Aanbestedingsdocument.

(...)'

- 1.3. Een medewerker van klager heeft in het verleden in een aanbestedingsprocedure van aanbestedende dienst Y namens klager een vervalste tevredenheidsverklaring van beklaagde ingediend.
- 1.4. In de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft klager in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument aangegeven dat de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout niet op haar van toepassing was.
- 1.5. Beklaagde heeft klager bij brief van [...], verzonden [...], uitgesloten van de aanbesteding:

'[Klager] heeft zich ingeschreven op de nationale openbare aanbesteding [project X]. Bij de beoordeling van de inschrijvingen oordeelt [Beklaagde] dat [Klager] dient te worden uitgesloten van deelneming aan de aanbestedingsprocedure.

[Beklaagde] is tot dit oordeel gekomen op grond van de navolgende feiten en omstandigheden.

In de onderhavige aanbestedingsprocedure is de eis gesteld dat de inschrijver in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument aangeeft of uitsluitingsgronden van toepassing zijn alsmede dat hij dit document volledig en naar waarheid invult. Op basis van bij [Beklaagde] bekende informatie heeft [Klager] een ernstige

fout begaan in de uitoefening van zijn beroep in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c van de Aanbestedingswet 2012.

Op [datum] heeft [Beklaagde] geconstateerd dat [Klager] zich schuldig heeft gemaakt aan valsheid in geschrift door in naam van [Beklaagde] een tevredenheidsverklaring op te stellen. De tevredenheidsverklaring is ondertekend met een door [Klager] gescande handtekening van een medewerker van [Beklaagde]. Deze tevredenheidsverklaring heeft [Klager] in het kader van een aanbesteding ingediend bij [Aanbestedende dienst Y].

[Klager] heeft op [datum] in een gesprek met onze mederkers [A], [B] en [C] erkend dat de tevredenheidsverklaring door haar is opgesteld en ondertekend met een gescande handtekening. [Beklaagde] heeft daarop [datum] aangifte gedaan van valsheid in geschrifte.

Gelet op de aard en ernst van het opstellen van een tevredenheidsverklaring namens [Beklaagde] en het ondertekenen daarvan met een gescande handtekening van een medewerker van [Beklaagde] kan deze gedraging worden aangemerkt als een 'ernstige beroepsfout' in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c van de Aanbestedingswet 2012.

Met de ondertekening van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, die accuraat en correct ingevuld dient te worden, heeft [Klager] verklaard dat zij in de uitoefening van het beroep geen ernstige fout heeft begaan. Tevens verklaart zij daarmee dat zich er van bewust te zijn dat het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een valse verklaring en dat dit kan leiden tot een onvoorwaardelijke uitsluiting van de onderhavige aanbestedingsprocedure.

Het had voor [Klager] als redelijk geïnformeerde en redelijk oplettend inschrijver voldoende duidelijk moeten zijn dat het opstellen van een tevredenheidsverklaring namens [Beklaagde] en het ondertekenen daarvan met een gescande handtekening als ernstige beroepsfout moet worden gekwalificeerd. Op [Klager] rustte de verplichting om hiervan melding te doen in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, waarbij haar de mogelijkheid ter beschikking stond om de aan te geven waarom zij desalniettemin voor gunning van de opdracht in aanmerking zou moeten kunnen komen. [Klager] heeft dit nagelaten. Zij heeft het Uniform Europees Aanbestedingsdocument onjuist ingevuld door te verklaren dat zij zich niet schuldig heeft gemaakt aan een ernstige beroepsfout. Door het afleggen van deze verklaring heeft [Klager] zich schuldig gemaakt aan het verstrekken van onvolledige dan wel valse verklaringen in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub h Aanbestedingswet 2012. Het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie leidt op grond van artikel 2.87 lid 1 sub h van de Aanbestedingswet 2012 tot uitsluiting.

Het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel verzetten zich ertegen dat aan [Klager] de mogelijkheid wordt geboden om voormelde gebreken in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument te herstellen. Gebreken in een inschrijving in een lopende aanbesteding kunnen niet via een proportionaliteitstoets worden hersteld. Het voorgaande brengt met zich dat [Klager] door [Beklaagde] wordt uitgesloten van de nationale openbare aanbesteding '[project X]'.

(...)'

- 1.6. Tegen deze beslissing heeft (de advocaat van) klager bij brief van [...] een klacht ingediend bij beklaagde:

'Cliënte, [Klager], heeft mij verzocht haar belangen te behartigen in bovengenoemde kwestie, waartoe zij mij alle relevante stukken ter hand heeft gesteld. Hieronder uw brief d.d. [...]waarin [Beklaagde] [Klager] uitsluit van verdere deelneming aan de aanbestedingsprocedure '[project X]'.

De in uw brief aangevoerde feiten en omstandigheden rechtvaardigen geenszins dat geoordeeld kan worden dat [Klager] zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige beroepsfout, dan wel zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie als bedoeld in artikel 2.87 Aanbestedingswet 2012. Er zijn onvoldoende juridische gronden om tot uitsluiting van verdere deelneming te kunnen besluiten. De door u aangehaalde gang van zaken rondom de tevredenheidsverklaring is, zeker in breder perspectief bezien - niet van dien aard is dat deze constatering zelfstandig de uitsluiting van [Klager] kan dragen. U stelt ten onrechte dat [Klager] om die reden in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) had moeten verklaren zij in de uitoefening van het beroep schuldig heeft gemaakt aan ernstige beroepsfouten. Zij is het hier volstrekt mee oneens en het leidt ertoe dat [Klager] in deze al door [Beklaagde] veroordeeld is en de gevolgen hiervan moet dragen zonder dat daar een rechterlijk oordeel aan te pas is gekomen.

Het oordeel van [Beklaagde] betekent voor [Klager] verder dat zij de komende jaren telkens in het UEA een voor haarzelf belastende verklaring zal moeten afleggen, die pertinent door haar wordt tegengesproken omdat niet aannemelijk is dat de kwalificatie 'ernstige beroepsfout' gerechtvaardigd is. Bovendien treffen de gevolgen daarvan [Klager] onevenredig zwaar.

Door de opstelling van [Beklaagde] zal [Klager] bij toekomstige aanbestedingen telkens het aanzienlijke risico van uitsluiting lopen en het debat moeten voeren over de vraag of de professionele geloofwaardigheid van [Klager] is geschaad zoals door [Beklaagde] wordt geconcludeerd. Het zal een diffamerende werking hebben voor [Klager] en haar goede naam ernstig aantasten.

Hoewel [Klager] zich terdege beseft dat voor de vaststelling 'ernstige beroepsfout' geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist dient deze enkel in uitzonderlijke gevallen en zeer restrictief toegepast te worden. Er is sprake van een open norm waarbij de evenredigheid van de gevolgen zwaar moeten worden meegewogen. [Klager] concludeert dat daarvan geen, althans onvoldoende sprake is geweest, zeker nu in de contacten die hierover met [Beklaagde] zijn geweest nadrukkelijk aan de orde is geweest wat de commerciële en financiële gevolgen hiervan zijn.

[Klager] heeft voor de gang van zaken rondom de tevredenheidsverklaring ruiterlijk het boetekleed aangetrokken. [Klager] verwijst naar haar brief aan [Beklaagde] van [datum]. Ondanks aandringen heeft u [Klager] niet nader in de gelegenheid gesteld de gang van zaken toe te lichten. Er zijn passende maatregelen getroffen waardoor het incident in de toekomst niet meer kan plaatsvinden. Er is in dezen geen sprake geweest van een bewuste en weloverwogen actie van de zijde van [Klager]. De betrokken medewerker in kwestie heeft een kwalijke inschattingsfout gemaakt door voor de verkeerde oplossing te kiezen toen hem bleek dat hij bij die bewuste aanbestedingsprocedure niet tijdig over de verlangde tevredenheidsverklaring kon beschikken. Hoewel niet verschoonbaar, heeft de medewerker gemeend deze keuze - hoe fout ook - te kunnen maken omdat hij uit de beperkte communicatie met [Aanbestedende dienst Y] meende te mogen concluderen dat de verklaring wel zou komen. Hoewel geen excuus, in 90% van de gevallen kan zonder probleem binnen enkele uren na een verzoek om een tevredenheidsverklaring worden beschikt. Tot op de dag van vandaag is de bewuste

verklaring niet afgegeven waardoor [Klager] beperkt is in haar mogelijkheden in te schrijven op gelijksoortige werken als die waarop de verklaring ziet.

Het was een soloactie waar nu de gehele onderneming voor wordt gestraft, dit op een wijze die haar mogelijk in het voortbestaan bedreigt. De rechtspersoon [Klager] kan geen opzet of ernstige nalatigheid worden verweten. Hoewel [Klager] weet dat de daad haar wordt toegerekend en zij zich voor de gang van zaken schaamt en betreurt betekent dit niet dat door dit voorval (sec) voldoende aannemelijk is dat er sprake is van een 'ernstige beroepsfout' die van invloed is op de professionele geloofwaardigheid van [Klager]. In dat verband wijst [Klager] er nog op dat in het UEA bij de bewuste vraag in meervoud gesproken wordt over 'beroepsfouten' en [Klager] – nu het een incident betreft – strikt taalkundig genomen deze vraag correct heeft beantwoord.

[Klager] wijst erop dat ook in de toelichting bij de wetstekst, de Gids Proportionaliteit en het antwoord van de minister bij de behandeling van het wetsvoorstel valt te lezen dat de facultatieve uitsluitingsgrond van art. 2.87 eerste lid onder c Aanbestedingswet zeer restrictief moet worden toegepast. De gids vermeldt bovendien dat veel zaken die onder het bereik van art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet vallen reeds zijn meegenomen in de Gedragsverklaring Aanbesteden. Deze heeft [Klager] beschikbaar. Feit is dat [Beklaagde] ter zake de gang van zaken rondom de tevredenheidsverklaring aangifte heeft gedaan, wat tot op de dag van vandaag niet heeft geleid tot een strafrechtelijke vervolging van [Klager], laat staan een strafrechtelijke veroordeling.

Het is om bovengenoemde reden dat [Klager] concludeert dat zij bij onderhavige aanbesteding in het UEA terecht heeft kunnen verklaren dat zij in de uitoefening van het beroep geen ernstige fout heeft begaan.

[Klager] is dan ook van oordeel dat zij het formulier correct heeft ingevuld, ter zake geen valse verklaring heeft afgelegd en niet op grond van art. 2.87 lid 1 sub c en / of h Aanbestedingswet uitgesloten kan worden.

Nu [Klager] en [Beklaagde] ter zake het geschilpunt volstrekt met elkaar oneens zijn moet hierover op korte termijn duidelijkheid worden verkregen. Al was het maar omdat dit punt bij toekomstige aanbestedingen telkens een dominante rol blijft spelen. [Klager] wil vanzelfsprekend aan alle wet- en regelgeving te voldoen, maar acht het ten ene male onjuist om enkel op basis van de – haar inziens onjuiste - opvatting van [Beklaagde] gehouden zijn om bij alle toekomstige aanbestedingen waaraan [Klager] mee wenst te doen in het UEA te moeten vermelden dat zij een ernstige beroepsfout zou hebben begaan. Dit is eerst anders indien in rechte wordt vastgesteld dat de conclusie van [Beklaagde] juist is.

Gelet op de precare achterliggende problematiek ziet [Klager] uit concurrentieoverwegingen geen mogelijkheid om in het kader van deze aanbestedingsprocedure in kort geding hiertegen op te komen en de rechter om een oordeel op dit punt te vragen. Met verwijzing naar de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag d.d. 9 juni 2016 (ECLI:NL.RBDHA:2016:6383) schat [Klager] haar proceskansen in dezen gering, omdat [Beklaagde] haar besluit tot uitsluiting heeft gegrond op art. 2.87 lid 1 sub h Aanbestedingswet 2012. Hierdoor zal de Voorzieningenrechter naar verwachting niet toekomen aan de evenredigheidstoets ex art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet. Een voorlopige voorziening zal dan ook niet worden gevraagd.

Slotsom van bovenstaande is dat de feiten en omstandigheden rondom de tevredenheidsverklaring niet tot het oordeel kan leiden dat 'voldoende aannemelijk' is dat [Klager] een ernstige beroepsfout heeft begaan en daarmee in de UEA een

valse verklaring heeft afgelegd. [Klager] wenst hierover haar beklag te doen. De inhoud van dit schrijven behelst een klacht als bedoeld in par. 5.4 van de Aanbestedingsleidraad.

[Klager] verzoekt [Beklaagde] tot gegrondverklaring van haar klacht over te gaan door haar besluit te heroverweging en - uiterlijk maandag [...] om 17.00 uur schriftelijk – haar voornoemd besluit tot uitsluiting te herzien en te verklaren dat:

- (1) [Klager] geen ernstige beroepsfout heeft begaan,
- (2) [Klager] in het UEA de vraag: 'Heeft de ondernemer zich schuldig gemaakt aan ernstige beroepsfouten' naar waarheid met 'nee' heeft kunnen;
- (3) het besluit [Klager] van de nationale openbare aanbesteding '[X]' uit te sluiten wordt ingetrokken en de inschrijving [X] alsnog wordt toegelaten tot de aanbesteding en beoordeeld.

Ingeval [Beklaagde] haar besluit d.d. [...] jl. handhaaft stelt [Klager][Beklaagde] reeds nu voor alsdan aansprakelijk voor alle schade die zij dientengevolge lijdt, daaronder begrepen de schade in geval zij dientengevolge in de toekomst door andere aanbestedende diensten wordt uitgesloten. Deze schade zal aanzienlijk zijn, reden waarom zij het geschil, na een verkregen positief advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts, terstond zal voorleggen aan de bevoegde bodemrechter en een verklaring voor recht zal vorderen dat van een 'ernstige beroepsfout' als bedoeld in de Aanbestedingswet geen sprake is.

[Klager] doet een klemmend beroep op uw [Beklaagde] de ernst van de gevolgen van uw besluit mee te wegen bij de beoordeling van deze klacht en het verzoek om herziening van uw besluit.'

1.7. Klager heeft op [...] een klacht ingediend bij de Commissie.

1.8. Het Klachtenmeldpunt van beklagde overweegt in haar advies van [...] naar aanleiding van de bij hem ingediende klacht onder meer het volgende:

'De uitsluiting van [Klager] is gestoeld op een tweetal uitsluitingsgronden, te weten ernstige beroepsfout (artikel 2.87, eerste lid onder c Aanbestedingswet 2012) en het afleggen van een valse verklaring (artikel 2.87, eerste lid onder h Aanbestedingswet 2012).

De onderstaande overwegingen vinden hun grond in een tweetal uitspraken in een vergelijkbare zaak, te weten ECLI:NL:RBDHA:2016:6383 en ECLI:NL:GHDHA:2016:2816. Het Klachtenmeldpunt verwijst naar deze uitspraken.

Ten aanzien van de ernstige beroepsfout overweegt het Klachtenmeldpunt het volgende.

Er is voldoende aannemelijk gemaakt dat er sprake is van een ernstige beroepsfout. Op grond van jurisprudentie (zie: EU:C:2012:801, punt 27) is een ernstige fout: elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer. [Klager] erkent dat valsheid in geschrifte heeft plaatsgevonden.

Het feit dat de aangifte (nog) niet heeft geleid tot strafrechtelijke vervolging, is niet van belang. Volgens jurisprudentie is voor de vaststelling van een fout in de beroepsuitoefening, het bestaan van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis geen vereiste. In geval van een geconstateerde ernstige fout, dient aan de hand van het evenredigheidsbeginsel te worden bepaald of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen.

Omdat [Beklaagde] deze toetsing aan het evenredigheidsbeginsel niet heeft uitgevoerd, kan uitsluiting van [Klager] niet op grond van artikel 2.87, eerste lid onder c Aanbestedingswet 2012 (ernstige beroepsfout) plaatsvinden.

Ten aanzien van de valse verklaring (artikel 2.87, eerste lid onder h Aanbestedingswet 2012) wordt het volgende overwogen.

Het Klachtenmeldpunt is met [Beklaagde] van mening dat [Klager] zich schuldig heeft gemaakt aan het doen van een valse verklaring. Het UEA dient volledig en naar waarheid ingevuld te worden. Op [Klager] rustte de verplichting om melding te maken van de ernstige beroepsfout op het UEA. Het Klachtenmeldpunt volgt de redenering van [Beklaagde] dat het [Klager] als redelijk geïnformeerd en redelijk oplettend inschrijver duidelijk had moeten zijn, dat het opstellen van een tevredenheidsverklaring namens [Beklaagde] en het ondertekenen daarvan met een gescande handtekening, als ernstige beroepsfout moet worden gekwalificeerd. Door het niet melden hiervan op het UEA heeft [Klager] zich in ernstige mate schuldig gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring.

[Klager] stelt dat de gevolgen van uitsluiting haar onevenredig zwaar treffen. Voor het toepassen van de proportionaliteitstoets ten aanzien van de uitsluitingsgrond van artikel 2.87, eerste lid onder h Aanbestedingswet 2012 bestaat geen ruimte.

Het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel verzetten zich ertegen dat de mogelijkheid wordt geboden om gebreken in het UEA te herstellen.

Conclusie

[Beklaagde] heeft een tweetal facultatieve uitsluitingsgronden aan de uitsluitingsbeslissing ten grondslag gelegd. Vaststelling van de toepasselijkheid van één van deze uitsluitingsgronden leidt reeds tot de conclusie dat [Klager] op goede gronden van de aanbestedingsprocedure is uitgesloten.'

2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft klager uitgesloten van de aanbesteding omdat klager een valse verklaring in de zin van artikel 2.13.7, aanhef en onder h, ARW 2016, zou hebben afgelegd. Die vermeende valse verklaring houdt in dat klager geen ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.13.7, aanhef en onder c, ARW 2016 heeft begaan. Klager bestrijdt dat sprake is van een ernstige beroepsfout. De consequentie daarvan is dat beklagde klager ten onrechte op voornoemde grond van de aanbesteding heeft uitgesloten.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Bij een eerdere aanbesteding in 2016 is een (door klager erkende) fout begaan. Klager heeft een memo van een bestuurder D van klager overgelegd, waarin hierover onder meer het volgende is vermeld:

'[Klager] is als gegadigde door [Aanbestedende dienst Y] uitgenodigd zich aan te melden voor één of meerdere Longlisten van [Aanbestedende dienst Y]. De aanmelding verloopt via Negometrix.

Het projectteam binnen [Klager] – onder voorzitterschap van adjunct-directeur [E] – heeft besloten om zich aan te melden voor (één of meerdere) Longlisten van [Aanbestedende dienst Y].

[Medewerker F] is op donderdagmorgen [datum] aangewezen om deze aanmelding te verzorgen, dat betekent, dat [Medewerker F] alle voor de aanmelding be-

nodigde documenten ging verzamelen en indienen voor 17.00 uur via de aanbestedingswebsite Negometrix .

Hierbij moet worden opgemerkt, dat deze aanmelding onder grote tijdsdruk moest worden uitgevoerd, omdat door een virus op [datum] onder andere de verkregen tevredenheidsverklaringen vanaf maart 2015 op onze netwerkcomputer zijn gewist en dat door een extern ICT bedrijf is getracht deze bestanden terug te zetten. Echter begin februari werd door voornoemd bedrijf meegedeeld, dat dit is mislukt.

Een van de vereisten is het aantoonbaar maken van ervaring met verschillende categorieën Longlisten. Dat gebeurt door middel van tevredenheidsverklaringen van voormalige opdrachtgevers. In het projectteamoverleg is besloten welke werken als referentiewerken zullen worden gebruikt en toen is ook al besloten dat het werk "[Z]" niet als referentiewerk zou worden gebruikt, zolang de tevredenheidsverklaring daarvan nog niet is ontvangen.

Binnen [Klager] geldt het beleid dat alleen adjunct-directeur [E] of bestuurder [D] de schriftelijke en digitale aanbesteding indient. Dat wil zeggen dat één van beiden de laatste controle doet op de stukken en voor digitale en analoge indiening zorg draagt.

De aanmelding voor de Longlisten voor [Aanbestedende dienst Y] diende uiterlijk [datum] voor 17.00 uur via de website Negometrix te zijn ingediend. Op die dag waren zowel [D] als [E] afwezig in verband met een beurs in [plaatsnaam].

[E] heeft aan [Medewerker F] de volmacht gegeven om de aanmelding van [Klager] voor Longlisten [Aanbestedende dienst Y] via Negometrix in te dienen binnen de afspraken zoals die zijn gemaakt (en zoals die hiervoor zijn weergegeven).

Tegelijkertijd met de aanmelding voor de Longlisten werkzaamheden van [Aanbestedende dienst Y] was [Klager] doende een tevredenheidsverklaring te verkrijgen van [Beklaagde] met betrekking tot het door [Beklaagde] inmiddels aanvaarde en dus opgeleverde werk "[Z]".

[Medewerker F] heeft aangegeven dat hij tijdig de aanmelding voor de Longlisten van [Aanbestedende dienst Y] heeft ingediend.

Op [datum] wordt [*klager, toevoeging Commissie*] gebeld door de heer [A] van [Beklaagde] over het volgende. [Aanbestedende dienst Y] had [Beklaagde] gebeld over een tevredenheidsverklaring aangaande het werk "[Z]" en de heer [A] van [Beklaagde] heeft in dat gesprek aangegeven dat een dergelijke tevredenheidsverklaring (nog) niet door [Beklaagde] is afgegeven aan [Klager]. In het telefoongesprek heeft de heer [A] van [Beklaagde] aangegeven dat ze verrast waren door de ondertekende tevredenheidsverklaring en dat ze daar over wilden praten. Hij nodigde [Klager] uit om [datum] met [Beklaagde] over deze problematiek te praten. Dit telefoongesprek is die dag teruggekoppeld naar [E].

Op [datum] is [Medewerker F] naar [D] toegegaan en heeft aan [D] medegedeeld de inhoud van het telefoongesprek. Tevens heeft hij in dat gesprek bekend gemaakt dat een vervalste tevredenheidsverklaring is toegevoegd aan de aanmelding voor de Longlist werkzaamheden van [Aanbestedende dienst Y].

Binnen [Klager] is vervolgens een intern onderzoek gestart naar de gang van zaken. (...)'

- 3.2. De hierover met beklagde gevoerde correspondentie is door klager bij de klacht gevoegd. Ook heeft klager een door bestuurder D opgestelde verklaring overgelegd waaruit de acties van klager richting deze medewerker blijken. Uit privacy overwegingen heeft klager niet de door medewerker F ondertekende, originele verklaring bijgevoegd, maar een geanonimiseerd exemplaar van de aan F ter hand gestelde brief. Hierin is onder meer het volgende vermeld:

'Geachte [Medewerker F],

Op [datum] heb jij mij verteld dat jij onder de tevredenheidsverklaring voor het werk [Z] een handtekening van de heer [A] van [Beklaagde] hebt gekopieerd, zodat het lijkt of de betreffende tevredenheidsverklaring door [Beklaagde] aan [Klager] is verstuurd.

Jij hebt mij ook verteld dat jij deze valse tevredenheidsverklaring hebt toegevoegd aan de documenten waarmee [Klager] zich aan heeft gemeld voor Longlist werken voor [Aanbestedende dienst Y].

Ik heb je in dat gesprek aangegeven dat ik heel erg geschrokken ben van deze handelwijze. Ik hoef jou niet uit te leggen dat het niet is toegestaan om documenten van een ander zelf te ondertekenen. Verder heeft deze handelwijze grote gevolgen.

Jouw handelwijze heeft er namelijk toe geleid dat [Aanbestedende dienst Y] er achter is gekomen dat de bijgevoegde tevredenheidsverklaring gefalsificeerd is en deswege is [Klager] uit de aanbesteding verwijderd. Ik verwijs je naar de opmerking die [Aanbestedende dienst Y] heeft gemaakt op de aanbesteding website Negometrix.

Het heeft tevens tot gevolg gehad dat [Beklaagde] besloten heeft strafrechtelijk aangifte te gaan doen tegen [Klager]. Indien [Klager] strafrechtelijk wordt veroordeeld loopt [Klager] het serieuze risico dat zij voor de komende vier jaar wordt uitgesloten van werk aanbesteding in Nederland. Je kunt je voorstellen dat dit mogelijk het einde van de onderneming kan betekenen.

Ik heb intern onderzoek laten doen naar de exacte gang van zaken. Als bijlage bij deze brief tref je aan een memo van mijn hand waarin ik de uitkomsten van het onderzoek vastleg.

(...)

Het interne onderzoek heeft opgeleverd dat de handelwijze van jou ontoelaatbaar en bovendien volledig onnodig is geweest. Het doel blijft volledig onbekend. Voor aanmelding (inschrijving) van [Klager] op de Longlistwerken van [Aanbestedende dienst Y] hebben wij de referentie van het werk "[Z]" niet nodig. Zonder een tevredenheidsverklaring van dat werk hadden wij thans nog meegedaan in de aanbesteding van de werken van [Aanbestedende dienst Y]. Je hebt [Klager] dus volledig onnodig benadeeld in die aanbesteding. Dat reken ik je zwaar aan.

Wat ik je ook zwaar aanreken is dat je buiten de volmacht bent getreden die je had gekregen van [E]. Normaliter dient [E] (of ik) de digitale of analoge aanbesteding in. Wij zijn daarvoor verantwoordelijk. Omdat wij samen op een beurs stonden heeft [E] jou de volmacht gegeven om de aanmelding van [Klager] voor de Longlistwerken van [Aanbestedende dienst Y] digitaal in te dienen via de website Negometrix. De afspraak daarbij was dat er niet gerefereerd zal worden aan het werk "[Z]".

Door buiten medeweten van [E] en mij om een gefalsificeerde tevredenheidsverklaring toe te voegen, ben je buiten de volmacht getreden die er was verleend. Ook dat reken ik je zwaar aan. Zowel [E] als ik zijn mobiel bereikbaar en als je al iets van plan was dan had je moeten bellen.

Tenslotte de strafrechtelijke aangifte die ons te wachten staat. Op dit moment is het afwachten wat er gaat gebeuren. Je plaatst ons bedrijf in diskrediet. Ook dat reken ik je zwaar aan.

Al met al heb je mijn vertrouwen in jou als werknemer zeer ernstig geschaad. Je bent als werknemer volledig buiten je boekje omgegaan. En dan ook nog eens een keer zonder dat daar een goede reden voor is. Je hebt niet gehandeld in eigen belang, maar zeer zeker ook niet in het belang van [Klager].

Ik heb lang nagedacht of ik de arbeidsrelatie met jou wil voortzetten. Ik vraag mij af of het vertrouwen wat ik in jou moet kunnen hebben, kan worden hersteld. Dit heb ik met [E] besproken en na afweging van alle mogelijkheden en opties heb ik besloten om geen verzoekschrift in te dienen bij de kantonrechter tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

Dit omdat mijn adviseurs van mening zijn dat er ook een kans is dat de kantonrechter dat verzoek afwijst. Jij bent immers strafrechtelijk nog niet veroordeeld en hebt tot nu een onberispelijk arbeidsverleden.

Dit brengt mij dan ook tot het nemen van de zwaarst denkbare arbeidsrechtelijke disciplinaire sancties. Ik kan en ik wil dit gedrag nooit meer zien en ik zal het nooit accepteren of tolereren. Ik heb dan ook het volgende besloten:

1. Deze brief met daarbij behorende bijlage (mijn memo) dien je "voor akkoord" te ondertekenen. Jij dient aan mij te verklaren dat de feiten die hierin staan correct zijn weergegeven en dat jij goede nota hebt genomen van deze brief en van de daarbij behorende memo.
2. Indien je deze brief voor akkoord ondertekent dan erken je de fout en ga je ervan uit dat dit nooit meer zal voorkomen. Deze brief is een formele waarschuwing. Ik verwacht van jou dat jij je betrouwbaar, eerlijk en transparant jegens mij als werkgever en jegens derden opstelt.
3. Door deze brief voor akkoord te ondertekenen ga je ermee akkoord dat ik – in zakelijke bewoordingen – de binnendienst van [naam groepsonderneming] informeer over dit voorval. Reden dat ik dat wens is omdat ik herhaling wil voorkomen. Het medewerkershandboek zal aangevuld worden met een fraude protocol en ik zal van iedereen verlangen dat zij dit fraude protocol aanvaarden en daar naar zullen handelen.
4. Ik verwacht van jou één loyale houding naar mij als werkgever als het gaat om het beperken van de negatieve gevolgen van jouw handelwijze. Dit zal zoveel als mogelijk in gezamenlijk overleg plaatsvinden.
5. Om duidelijk te maken dat het mij ernst is ontvang je over de maand februari 25% minder salaris. Het gaat mij niet om het geld, maar wel om het signaal dat ik hiermee aan jou wil afgeven. Niet alleen ik als ondernemster / werkgeefster ondervindt daarmee de negatieve gevolgen van jouw handelwijze, maar jij zelf ook.

(...)'

- 3.3. De fout – waarvan klager niet wil verhullen dat deze kwalijk te noemen is – is volgens klager in breder perspectief gezien niet van dien aard dat de kwalificatie 'ernstige beroepsfout' gerechtvaardigd is en de professionele geloofwaardigheid van klager dermate beschadigd is dat deze het bestreden besluit tot uitsluiting

kunnen dragen. Klager is ter zake niet veroordeeld. Klager zal door het oordeel van beklaagde – zonder dat rechterlijke toetsing hiervan heeft plaatsgevonden – de komende jaren in het UEA telkens bij inschrijving een voor haar belastende, door haar op inhoudelijke gronden betwiste, verklaring moeten afleggen. Dit is diffamerend en treft klager onevenredig zwaar. Gevolg is een aanzienlijke risico van uitsluiting. Klager moet daarbij telkens in debat met de desbetreffende aanbestedende dienst of de professionele geloofwaardigheid van klager is geschaad. De aangevoerde feiten en omstandigheden zijn naar de stellige overtuiging van klager niet van dien aard dat voor beklaagde 'voldoende aannemelijk' is dat klager een ernstige beroepsfout heeft begaan en ex art. 2.87 lid 1 sub c en / of h Aanbestedingswet uitgesloten kan worden. Van restrictieve / proportionele toepassing hiervan is geen sprake geweest. Door de precaire achterliggende problematiek ziet klager uit concurrentieoverwegingen geen mogelijkheid om middels een (openbare) spoedprocedure tegen dit besluit op te komen, omdat het feitencomplex en het oordeel van beklaagde daarover aan andere inschrijvers in de aanbestedingsprocedure bekend zal worden, reden waarom besloten is een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts in te dienen. Klager verzoekt de Commissie uitdrukkelijk deze klacht strikt vertrouwelijk te behandelen.

- 3.4. Wat klager met de klacht beoogt is het volgende:
- (1) een advies over de vraag of klager – gegeven de geschetste omstandigheden – in het UEA de vraag ter zake de 'ernstige beroepsfout' (negatief) heeft kunnen invullen zoals zij heeft gedaan;
 - (2) een advies over de vraag hoe zij – gegeven het feit dat de conclusie van beklaagde wordt betwist en hierover in een bodemprocedure in rechte om een oordeel zal worden verzocht – hangende deze procedure de vraag in het UEA dient te beantwoorden.

4. Reactie beklaagde

- 4.1. Beklaagde refereert zich voor wat betreft de feiten aan de door klager bij de Commissie ingediende stukken en verwijst voor haar standpunt naar het advies van het Klachtenmeldpunt (zie 1.8 hiervoor).
- 4.2. Verder merkt beklaagde nog het volgende op. Klager verzoekt uw Commissie om advies over de vraag of zij in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument de vraag of zij ter zake de "ernstige beroepsfout" negatief heeft kunnen antwoorden. Tevens verzoekt zij om advies omtrent de vraag hoe zij voornoemde vraag, hangende een gerechtelijke procedure, voortaan dient te beantwoorden.
- 4.3. Ten aanzien van de eerste vraag heeft beklaagde het advies van het Klachtenmeldpunt overgenomen. Er was wel degelijk sprake van een ernstige beroepsfout zodat deze vraag positief diende te worden beantwoord.
- 4.4. Voor toekomstige aanbestedingen heeft naar het oordeel van beklaagde te gelden dat bedoelde vraag gedurende een periode van drie jaren positief zal moeten worden beantwoord. De aanbestedende dienst zal alsdan aan klager kunnen vragen welke maatregelen zij heeft genomen om herhaling te voorkomen. Een aan een anonieme persoon gerichte, niet ondertekende brief als door klager bij de aan uw Commissie gerichte stukken is gevoegd, oordeelt beklaagde daarvoor niet toereikend.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde na 1 juli 2016 een nationale openbare aanbestedingsprocedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 van de ten tijde van de aankondiging van de overheidsopdracht geldende Aw 2012; Hoofdstuk 2 ARW 2016.
- 5.2. Alvorens tot beoordeling van de klacht over te gaan, overweegt de Commissie het volgende met betrekking tot het toetsingskader.
- 5.2.1. Beklaagde heeft in het onderhavige geval een nationale openbare aanbestedingsprocedure toegepast. Dat betekent dat Deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet op deze procedure van toepassing is en dus ook niet de artikelen 2.87, 2.87a en 2.88 Aw 2012.
- 5.2.2. Wel is hoofdstuk 2 van het ARW 2016 van toepassing. In de artikelen 2.13.7, aanhef en onder c en h, 2.13.8, aanhef en onder b, 2.13.11 en 2.13.12, aanhef en onder b, ARW 2016 is het volgende bepaald:

2.13.7 De aanbesteder kan de voor de verlening van de opdracht in aanmerking komende ondernemer uitsluiten van deelneming aan de procedure op de volgende gronden:

(...)

c. de aanbesteder kan aannemelijk maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

(...)

h. de ondernemer heeft zich in ernstige mate schuldig gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of het voldoen aan de geschiktheidseisen (...);

(...).

2.13.8 De aanbesteder betreft bij de toepassing van:

(...)

b. artikel 2.13.7, onderdeel c, uitsluitend ernstige fouten die zich in de 3 jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van de inschrijving hebben voorgedaan;

(...)

2.13.11 De aanbesteder stelt een ondernemer waarop een uitsluitingsgrond als bedoeld in de artikelen (...) 2.13.7 van toepassing is, in de gelegenheid te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen.

Indien de aanbesteder dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten. De ondernemer toont hierbij aan dat hij, voor zover van toepassing:

a. schade die voortvloeit (...) uit fouten als bedoeld in artikel 2.13.7 heeft vergoed of heeft toegezegd te vergoeden,

b. heeft bijgedragen aan opheldering van feiten en omstandigheden door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten, en

c. concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafbare feiten of fouten te voorkomen.

De aanbesteder beoordeelt de door de ondernemer genomen maatregelen met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafbare

feiten of fouten. Indien de aanbesteder de genomen maatregelen onvoldoende acht, deelt hij dit gemotiveerd mee aan de betrokken ondernemer.

2.13.12 De aanbesteder kan afzien van toepassing van de artikelen (...) 2.13.7:

a. (...)

b. indien naar het oordeel van de aanbesteder uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.'

- 5.2.3. Voormelde bepalingen van het ARW 2016 zijn afgeleid van de artikelen 2.87, 2.87a en 2.88 Aw 2012. De wetgever heeft artikel 2.87, aanhef en sub c, Aw 2012 onder meer als volgt toegelicht (Kamerstukken II, 2009/10, 32440 nr. 3, p. 80):

'In het algemeen kunnen als ernstige beroepsfout worden aangemerkt overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijttijdenwet. Ook overtredingen van de Mededingingswet en het hebben begaan van een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid, kunnen als ernstige beroepsfout aangemerkt. Aangenomen mag worden dat hiermee de meest in aanmerking komende gedragingen voor de toepassing van het criterium ernstige beroepsfout zijn opgenoemd.'

- 5.2.4. De herziene Gids Proportionaliteit bepaalt over deze facultatieve uitsluitingsgrond:

'De facultatieve uitsluitingsgrond van het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van het beroep (artikel 2.87, eerste lid, onder c) is een open norm die voor meerdere uitleg vatbaar is en daardoor lastig is toe te passen. Daarbij gaat het om gevallen, waarin de integriteit van de ondernemer in twijfel moet worden getrokken. Daarop gelet moet zeer restrictief worden omgegaan met het stellen van deze uitsluitingsgrond. Overigens worden veel zaken die hieronder vallen, al meegenomen in de Gedragsverklaring Aanbesteden, waarin in de wet is voorzien.'

- 5.2.5. Nu voormelde bepalingen van het ARW 2016 zijn afgeleid van de artikelen 2.87, 2.87a en 2.88 Aw 2012 en deze artikelen een implementatie vormen van artikel 57 van Richtlijn 2014/24/EU, is voor de uitleg van deze bepalingen uit het ARW 2016 ook de uitleg in de jurisprudentie van de bepalingen van de Aw 2012 en Richtlijn 2014/24/EU (en de voorlopers daarvan) relevant.

- 5.2.6. Het Europese Hof van Justitie heeft in het Forposta-arrest het volgende geoordeeld omtrent de ernstige beroepsfout genoemd in artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van Richtlijn 2004/18/EG, dat een voorloper is van artikel 57, lid 4, eerste alinea, sub c van Richtlijn 2014/24/EU (HvJEU 13 december 2012, zaak C-465/11):

'25. Vastgesteld zij dat artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18, anders dan de bepalingen betreffende de uitsluitingsgronden in deze alinea, sub a, b, e en f, niet verwijst naar de nationale regelingen en wettelijke regelingen, maar dat de tweede alinea van dit lid 2 bepaalt dat de lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en met eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit lid bepalen.

26. Derhalve kunnen de in artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, voorkomende begrippen „ernstige” „fout” „bij de beroepsuitoefening” worden gepreciseerd en verduidelijkt naar nationaal recht, evenwel met eerbiediging van het Unierecht.

27. Dienaangaande zij opgemerkt dat, zoals de Poolse regering terecht betoogt, het begrip „fout bij de beroepsuitoefening” elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer, en niet alleen schendingen van de tuchtrechtelijke normen in enge zin van de beroepsgroep van deze marktdeelnemer die worden vastgesteld door het voor deze beroepsgroep ingestelde tuchtorgaan of een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing.

28. Artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van richtlijn 2004/18 staat aanbestedende diensten immers toe om een fout bij de beroepsuitoefening vast te stellen op elke grond die zij aannemelijk kunnen maken. Voorts is, anders dan in deze alinea, sub c, geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist voor de vaststelling van een fout bij de beroepsuitoefening in de zin van deze alinea, sub d.

29. Derhalve kan de niet-nakoming door een marktdeelnemer van zijn contractuele verplichtingen in principe worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening.

30. Niettemin moet worden aangenomen dat het begrip „ernstige fout” gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout.

31. Voorts kan in principe slechts worden vastgesteld dat er sprake is van een „ernstige fout” indien het gedrag van de betrokken marktdeelnemer in concreto en individueel wordt beoordeeld.’

5.3. Voor de beoordeling van de klacht is verder relevant hoe de voorwaarden voor de toepassing van artikel 57, lid 4, eerste alinea, sub c van Richtlijn 2014/24/EU en de voorloper daarvan (artikel 45, lid 2, eerste alinea, sub d, van Richtlijn 2004/18/EG) in de nationale jurisprudentie zijn uitgelegd en toegepast. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.

5.3.1. In de jurisprudentie is het handelen in strijd met het mededingingsrecht – of daarmee gelijk te stellen regelingen – aangemerkt als ernstige beroepsfout (zie HvJEU 18 december 2014, zaak C-470/13 (Generali); Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, JAAN 2016/246, m.nt. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw, r.o. 17 (KPN/Staat) jo. in eerste aanleg Rb. Den Haag (vzr.) 9 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6383, JAAN 2016/163 m.nt. C.H. van Hulsteijn, r.o. 5.3 (Staat/KPN); Rb. Midden-Nederland (vzr.) 30 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5270, r.o. 5.12-5.14). Ook het betalen van steekpenningen is als een ernstige beroepsfout aangemerkt (zie Rb. Noord-Nederland (vzr.) 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360, JAAN 2014/105 m.nt. C.H. van Hulsteijn, r.o. 6.8).

5.3.2. In het licht van de omstandigheden van het geval heeft de voorzieningenrechter Rotterdam het door een medewerker doen van een buitenproportionele gift aan een projectdirecteur van de opdrachtgever niet aangemerkt als een ernstige beroepsfout (Rb. Rotterdam (vzr.) 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381, JAAN 2013/206 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.12):

‘Dat bij het project Kromhoutkazerne te Utrecht een werknemer van IBS eind 2010 een buitenproportionele gift heeft gedaan aan een projectdirecteur van de opdrachtgever, Ballast Nedam, staat vast. Het gaat volgens IBS om de verbouwing van een badkamer voor een bedrag van € 13.113,00.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter betreft dit echter weliswaar onrechtmatig gedrag van een medewerker van IBS, doch heeft dit (incidentele) gedrag geen invloed op de professionele geloofwaardigheid van IBS, maar alleen interne gevolgen voor IBS. Het gedrag houdt geen verband met de markt voor overheidsopdrachten of de mededinging in de aanbestedingsprocedure. Er is bijvoorbeeld geen sprake van omkoping van een ambtenaar met het oog op het verkrijgen van een opdracht. Bovendien, zoals door IBS is gesteld en niet, althans onvoldoende is weersproken, handelde de betreffende medewerker van IBS op eigen houtje (hij handelde niet namens IBS), zonder medeweten van de directie van IBS, zijn de kosten niet ten laste gekomen van Ballast Nedam of de uiteindelijke klant, het Ministerie van Defensie, stond er geen tegenprestatie van de opdrachtgever tegenover en is na ontdekking de betreffende werknemer berispt, heeft hij het geld aan IBS moeten terugbetalen en is hij thans verplicht om compliance trainingen binnen IBS te verzorgen. Tegen deze achtergrond oordeelt de voorzieningenrechter dat dit individuele gedrag van een medewerker van IBS niet kwalificeert als ernstige fout in de zin van artikel 45 lid 3 onder d Bao.'

- 5.3.3. De Commissie merkt naar aanleiding van voorgaande uitspraak op dat bedacht moet worden dat in dat geval noch de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2012, noch de per 1 juli 2016 gewijzigde Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2016 van toepassing waren en dat de Rotterdamse rechter bij de beoordeling of sprake was van een ernstige beroepsfout reeds alle omstandigheden van het geval meewoog, waaronder de door de ondernemer getroffen maatregelen. In dat kader had de rechter ook rekening kunnen houden met de vraag of uitsluiting proportioneel zou zijn met het oog op de tijd die is verstreken sinds de fout en gelet op het voorwerp van de opdracht. Sinds de invoering van de Aanbestedingswet 2012 en het ARW 2012 is deze beoordeling gesplitst. Eerst nadat is vastgesteld dat sprake is van een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87, lid 1, aanhef en onder c, Aw 2012 (de oude en de per 1 juli 2016 gewijzigde versie), artikel 2.5.4, aanhef en onder c, ARW 2012 of artikel 2.13.7, aanhef en onder c, ARW 2016, dient pas te worden beoordeeld of er voldoende maatregelen zijn genomen in de zin van artikel 2.88, aanhef en onder b, Aw 2012 (oud), artikel 2.87a Aw 2012, artikel 2.5.7, aanhef en onder b, ARW 2012 of artikel 2.13.11 ARW 2016 en of uitsluiting proportioneel zou zijn met het oog op de tijd die is verstreken sinds de fout en gelet op het voorwerp van de opdracht (artikel 2.88, aanhef en onder c, Aw 2012 (oud) en artikel 2.88, aanhef en onder b, Aw 2012, artikel 2.5.7, aanhef en onder c, ARW 2012 of artikel 2.13.12 ARW 2016).
- 5.3.4. Een door een werknemer aan een bevriende ambtenaar verstrekte privé-lening is door het hof Arnhem-Leeuwarden evenmin aangemerkt als een ernstige beroepsfout van de onderneming (Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7451, JAAN 2015/234 m.nt. C.H. van Hulsteijn en mr. C.M.C. Wagemakers), r.o. 5.8:

'5.8 De Gemeente heeft niet aannemelijk gemaakt dat [A] toen hij in 2010 vanaf zijn privé bankrekening een bedrag van € 4000, - aan [B] uitleende, anders dan uit vriendschappelijke overwegingen handelde. Van een ernstige fout bij de beroepsbeoefening, waarvoor in de regel is vereist dat wordt gehandeld met kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst is naar het oordeel van het hof derhalve geen sprake, althans dat is door de Gemeente niet aannemelijk gemaakt of anderszins gebleken.

Achteraf bezien is het verschaffen van deze lening, die zijn grondslag lijkt te vinden in de lange vriendschapsrelatie tussen beiden, wel ongelukkig te noemen. [A] had zich reeds in 2010 moeten realiseren dat deze vriendschap zich inmiddels, vanwege zijn eigen vertrek bij de Gemeente en het aanvaarden van een

nieuwe functie als leidinggevende van een zakelijke dienstverlener/opdrachtnemer van de Gemeente, in een andere context afspeelde. Daarvan heeft [A] zich bij het verstrekken van de lening aan [B] onvoldoende rekenschap gegeven. Dat de lening via de privérekening is gelopen en dat de lening, volgens [geïntimeerde 1], geen opdrachten van de Gemeente aan haar tot gevolg heeft gehad, maakt dat niet anders, zo moet aan de Gemeente worden toegegeven. Het feit dat het bedrag van de lening van een privérekening is overgemaakt of het ontbreken van causaal verband tussen een lening aan een ambtenaar van de (afdeling vastgoed van de) Gemeente en nadien door de Gemeente verleende opdrachten sluit een ernstige fout bij de beroepsuitoefening op zich immers niet uit.

De grieven kunnen echter niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis nu uit het voor overwogene blijkt dat het gedrag van [A] niet kwalificeert als een ernstige fout van [geïntimeerde 1], maar slechts als een ongelukkige handelwijze waarbij noch van kwaad opzet noch van nalatigheid van enige ernst bij [geïntimeerde 1] is gebleken. Het hof weegt daarbij mee dat [A] namens [geïntimeerde 1] in 2013, derhalve ruim voordat in 2014 deze aanbestedingen werden uitgezet, eigener beweging aan de Gemeente melding heeft gemaakt van deze lening.'

- 5.4. De Commissie merkt op dat in de hiervoor in 5.2.6 en 5.3 besproken jurisprudentie de vraag – namelijk: of en in hoeverre in het kader van de beoordeling van een ernstige beroepsfout een gedraging van een werknemer aan de onderneming kan worden toegerekend – niet wordt geproblematiseerd. Hoewel klager dat evenmin doet, merkt de Commissie hierover kort het volgende op. De Commissie gaat er voorshands van uit dat – ook bij een autonome interpretatie van het Unierecht – die toerekening al snel zal kunnen worden aangenomen indien de werknemer handelde binnen het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheden (vgl. in het kader van het Europees mededingingsrecht HvJ EG 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80 t/m 103/80, *Musique Diffusion française*, Jur. 1983, p. 1825, r.o. 97 en in het kader van het nationale strafrecht HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328 (Drijfmest-arrest) en HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375).
- 5.5. Dat toerekening van een gedraging van de werknemer aan de onderneming al snel zal kunnen worden aangenomen, laat natuurlijk onverlet dat die gedraging van de werknemer op zichzelf als een ernstige beroepsfout moet kunnen worden gekwalificeerd om een grondslag voor uitsluiting van de onderneming op te leveren. In dat verband is het van belang om op te merken dat uit de 5.2.6 en 5.3 besproken jurisprudentie kan worden afgeleid dat een ernstige beroepsfout restrictief wordt geïnterpreteerd. Zeker niet elke fout van een werknemer wordt aangemerkt als een ernstige beroepsfout van de onderneming. Tevens kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat de fout wel als een ernstige beroepsfout kan worden aangemerkt indien er sprake is van kwaad opzet in het kader van een aanbestedingsprocedure met het doel een opdracht te verwerven. Dit ligt in lijn met mededingingsrechtelijke overtredingen, die in de jurisprudentie reeds meer-malen als ernstige beroepsfout zijn aangemerkt (zie 5.3.1 hiervoor).
- 5.6. Dat brengt de Commissie bij de beantwoording van de vraag of klager in de uitoefening van haar beroep een ernstige fout heeft begaan in de zin van artikel 2.13.7, aanhef en onder c, ARW 2016 waardoor haar integriteit in twijfel kan worden getrokken. De Commissie zal daartoe het gedrag van klager in concreto en individueel beoordelen. Onweersproken is dat een werknemer van klager in een aanbestedingsprocedure van aanbestedende dienst Y namens klager een vervalste tevredenheidsverklaring van beklagde heeft ingediend. Nu de medewerker van klager handelde binnen het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheden kan zijn gedraging aan klager worden toegerekend. De Commissie

merkt het indienen van een vervalste tevredenheidsverklaring in een aanbestedingsprocedure aan als een onrechtmatige gedraging die invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van klager. Voorts wijst het indienen van een vervalste tevredenheidsverklaring in een aanbestedingsprocedure op kwaad opzet van een zekere ernst met het doel op onrechtmatige wijze opdrachten in de aanbestedingsprocedure te verkrijgen. De Commissie is dan ook van oordeel dat sprake is van een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.13.7, aanhef en onder c, ARW 2016.

- 5.7. Daarmee is de Commissie van oordeel dat klager deze ernstige beroepsfout in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) had moeten vermelden. Klager had daarbij kunnen aanvoeren en toelichten waarom deze ernstige beroepsfout volgens haar niet tot uitsluiting zou moeten leiden, waarna beklagde die toelichting had kunnen meewegen in haar beoordeling op grond van artikel 2.13.11 en 2.13.12, aanhef en onder b, ARW 2016 (vgl. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 30 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5270, r.o. 5.21).
- 5.8. Doordat klager de ernstige beroepsfout niet heeft vermeld in het UEA heeft beklagde kunnen oordelen dat klager zich in de onderhavige aanbestedingsprocedure in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan een valse verklaring bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting in de zin van artikel 2.13.7, aanhef en onder h, ARW 2016 (vgl. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 30 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5270, r.o. 5.4.1 en Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, JAAN 2016/246, m.nt. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw, r.o. 19 (KPN/Staat)).
- 5.9. Hoewel de artikelen 2.13.11 en 2.13.12 ARW 2016 zien op alle uitsluitingsgronden genoemd in artikel 2.13 ARW 2016 (zie in die zin ook Kamerstukken II, 2009/10, 32440 nr. 3, p. 80) en dus ook op de uitsluitingsgrond van artikel 2.13.7, aanhef en onder h ARW 2016, sluiten zij niet op deze uitsluitingsgrond aan. De Commissie is dan ook van oordeel dat een aanbestedende dienst bij constatering van een valse verklaring in de zin van artikel 2.13.7, aanhef en onder h ARW 2016 onmiddellijk tot uitsluiting mag overgaan. Eenmalige uitsluiting van de aanbestedingsprocedure waarin de valse verklaring is afgelegd, acht de Commissie proportioneel. Een aanbestedende dienst hoeft de desbetreffende onderneming dan niet in de gelegenheid te stellen te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen (artikel 2.13.11 ARW 2016) of de proportionaliteitstoets van artikel 2.13.12 ARW 2016 uit te voeren (vgl. Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, JAAN 2016/246, m.nt. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw, r.o. 19 (KPN/Staat)). De Commissie komt daarmee tot het oordeel dat beklagde klager op grond van artikel 2.13.7, aanhef en onder h ARW 2016 mocht uitsluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.
- 5.10. Daarmee is de klacht ongegrond.
- 5.11. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
 - 5.11.1. Nu de Commissie van oordeel is dat sprake is van een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.13.7, aanhef en onder c, ARW 2016, zal klager dit naar het oordeel van de Commissie tot drie jaar na de ernstige beroepsfout moeten melden in toekomstige aanbestedingsprocedures als daarnaar wordt gevraagd. Op dit punt zal dan geen sprake zijn van een valse verklaring in de zin van artikel 2.87, aanhef en onder h, Aw 2012 en artikel 2.13.7, aanhef en onder h, ARW 2016.

5.11.2. Dat in de onderhavige aanbestedingsprocedure een valse verklaring is afgelegd door geen melding te maken van een in het kader van een eerdere aanbestedingsprocedure begane ernstige beroepsfout, levert naar het oordeel van de Commissie geen nieuwe ernstige beroepsfout op die bij toekomstige aanbestedingsprocedures moet worden gemeld. Naar het oordeel van de Commissie kan een gegadigde of inschrijver bij een toekomstige aanbestedingsprocedure naar waarheid bevestigen dat hij geen valse verklaringen heeft afgelegd wanneer hij in het kader van die aanbestedingsprocedure uitsluitend correcte gegevens en verklaringen heeft ingediend. Dat hij bij een eerdere aanbestedingsprocedure een valse verklaring heeft ingediend door geen melding te maken van een in het kader van een nog eerdere aanbestedingsprocedure begane ernstige beroepsfout, behoeft hij bij toekomstige aanbestedingsprocedures niet te melden.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt gegadigden en inschrijvers niet alleen aan melding te maken van eventuele ernstige beroepsfouten in de voorafgaande drie jaar, indien daarnaar wordt gevraagd in een aanbestedingsprocedure, maar ook om daarbij (goed onderbouwd) aan te voeren welke maatregelen zij hebben genomen om hun betrouwbaarheid aan te tonen, als bedoeld in artikel 2.87a Aw 2012 en artikel 2.13.11 ARW 2016. Indien er afdoende maatregelen zijn genomen is er immers op dit punt geen grond voor uitsluiting.

Den Haag, 3 februari 2017

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid