

De Commissie overweegt voorts dat het achteraf vaststellen van de formule waarmee de prijzen worden omgerekend naar punten beklagde een misschien niet onvoorwaardelijke, maar wel zeer grote keuzevrijheid laat, wat in strijd is met de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Ook om deze reden heeft beklagde gehandeld in strijd met het aanbestedingsrecht. Het tweede klachtonderdeel is derhalve gegrond.

#### Klachtonderdeel 3

Klager stelt dat beklagde in de Proof of Concept onderdelen heeft uitgevraagd en meegewogen in de beoordeling die geen onderdeel waren van het verstrekte programma van eisen en waarvan ook in antwoord op vragen in de Nota van Inlichtingen niet is aangegeven dat deze onderdelen zouden worden meegewogen in de beoordeling. Klager heeft in het geheel niet onderbouwd welke onderdelen van de Proof of Concept ten onrechte zouden zijn meegewogen. Het derde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

#### Klachtonderdeel 4

Klager stelt dat beklagde zich heeft laten begeleiden door een organisatie waarvan tenminste twee medewerkers die in dit traject actief hebben geadviseerd, als niet onafhankelijk moeten worden beschouwd of tenminste de schijn van partijdigheid tegen zich hebben. De enkele stelling van klagers dat dhr. X en mevr. Y in het verleden werkzaam zijn geweest voor de winnende inschrijver A, kwalificeert onvoldoende als objectieve gegevens die beklagde aanleiding hadden moeten geven tot een diepgaand onderzoek. De Commissie is van oordeel dat beklagde terecht geen acht heeft geslagen op die stelling. Het vierde klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

#### Advies en aanbeveling

De Commissie acht onderdeel 1 van de klacht gegrond voor zover klagers daarmee betogen dat beklagde heeft gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 2.138 onder c Aw 2012. De Commissie acht voorts onderdeel 2 van de klacht gegrond en de onderdelen 3 en 4 van de klacht ongegrond. De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om bij aanbestedingen waarbij het criterium van de beste prijs-kwaliteitverhouding toegepast wordt niet alleen de relatieve gewichten van de

subcriteria vooraf bekend te maken, maar ook de formules waarmee de puntenscores worden berekend.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op [www.commissievanaanbestedingsexperts.nl](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl).

## 107

Commissie van Aanbestedingsexperts  
3 februari 2017, Advies 386  
(mr. Janssen, mr. Jansen, mr. Chen)  
Noot mr. A.C.M. Fischer-Braams

**Facultatieve uitsluitingsgronden. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Valse verklaringen. Proportionaliteit uitsluiting. Toerekening gedragingen werknemers.**

[Aanbestedingsreglement Werken 2016 art. 2.13.7 aanhef en onder c en h, 2.13.8 aanhef en onder b, 2.13.11, 2.13.12 aanhef en onder b; Aanbestedingswet 2012 art. 2.87 t/m 2.87a, 2.88; Richtlijn 2014/24/EU art. 57]

Beklaagde heeft na 1 juli 2016 een nationale openbare aanbesteding aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken. Het Aanbestedingsreglement Werken 2016 is van toepassing verklaard. Beklaagde heeft klager uitgesloten van de aanbesteding omdat klager een valse verklaring in de zin van artikel 2.13.7 aanhef en onder h Aanbestedingsreglement Werken 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 Aanbestedingsreglement Werken 2016 heeft begaan. Klager bestrijdt dat sprake is van een ernstige beroepsfout en stelt daarom ten onrechte van de aanbesteding te zijn uitgesloten.

#### Ernstige beroepsfout

De Commissie wijdt eerst enkele overwegingen aan het toetsingskader. De relevante bepalingen uit het Aanbestedingsreglement Werken 2016, zijn 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 Aanbestedingsreglement Werken 2016. Voormelde bepalingen van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 zijn afgeleid van de artikelen 2.87, 2.87a en 2.88 Aw 2012. Nu voormelde bepa-

lingen van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 zijn afgeleid van de artikelen 2.87, 2.87a en 2.88 Aw 2012 en deze artikelen een implementatie vormen van artikel 57 Richtlijn 2014/24/EU, is voor de uitleg van deze bepalingen uit het Aanbestedingsreglement Werken 2016 ook de uitleg in de jurisprudentie van de bepalingen van de Aw 2012 en Richtlijn 2014/24/EU (en de voorlopers daarvan) relevant. De Commissie noemt voorts relevante Europese en nationale jurisprudentie.

De Commissie merkt op dat in de aangehaalde 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.

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 aangehaalde jurisprudentie kan worden afgeleid dat een ernstige beroepsfout restrictief wordt geïnterpreteerd. 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. Dat brengt de Commissie bij de beantwoording van de vraag of klager in de uitoefening van haar beroep een ernstige fout heeft begaan. 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

Aanbestedingsreglement Werken 2016.

Daarmee is de Commissie van oordeel dat klager deze ernstige beroepsfout in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) had moeten vermelden. Doordat beklagde dat niet heeft gedaan, 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 Aanbestedingsreglement Werken 2016.

#### **Proportionaliteit uitsluiting**

Hoewel de artikelen 2.13.11 en 2.13.12 Aanbestedingsreglement Werken 2016 zien op alle uitsluitingsgronden genoemd in artikel 2.13 Aanbestedingsreglement Werken 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 Aanbestedingsreglement Werken 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 (art. 2.13.11 Aanbestedingsreglement Werken 2016) of de proportionaliteitstoets van artikel 2.13.12 Aanbestedingsreglement Werken 2016 uit te voeren. De Commissie komt daarmee tot het oordeel dat beklagde klager op grond van artikel 2.13.7 aanhef en onder h Aanbestedingsreglement Werken 2016 mocht uitsluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure.

#### **Ten overvloede**

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.

#### **Advies en aanbeveling**

*De Commissie acht de klacht ongegrond. 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 Aanbestedingsreglement Werken 2016. Indien er afdoende maatregelen zijn genomen is er immers op dit punt geen grond voor uitsluiting.*

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op [www.commissievanaanbestedingsexperts.nl](http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl).

#### **NOOT**

##### **Vervalsing tevredenheidsverklaring door werknemer wordt als ernstige beroepsfout toegerekend aan inschrijvende onderneming**

Het rijkelijk met rechtspraak geardeerde advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) en de hiervoor opgenomen samenvatting van het advies lijken voor zich te spreken. Toch kan er op het punt van de motivering wel een kritische kanttekening worden geplaatst.

##### **Waar ging de klacht over?**

Medewerker F. van klager heeft in het verleden namens klager een (met een gekopieerde handtekening) vervalste tevredenheidsverklaring van de aanbestedende dienst ingediend bij (blijkbaar) diezelfde aanbestedende dienst. In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: Eigen verklaring) wordt hiervan geen melding gemaakt. Verklaard wordt dat in de uitoefening van het beroep geen ernstige fout is begaan. De aanbestedende dienst sluit klager uit van de nationale openbare aanbesteding wegens het verstrekken van een onvolledige dan wel valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub h Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) en doet daarvan ook strafrechtelijke aangifte.

In de klachtprocedure bij het klachtenmeldpunt van de aanbestedende dienst trekt klager weliswaar het boetekleed aan, maar voert hij een formeel verweer: er is geen sprake van ernstige beroepsfouten (meervoud), het gaat om een soloactie van de betrokken medewerker waarvoor ten onrechte de gehele onderneming wordt gestraft. Hoewel klager weet dat de daad hem wordt toegerekend, vindt hij dat hij terecht heeft kunnen verklaren dat hij in de uitoefening van het beroep geen ernstige fout heeft begaan en dat de uitsluiting niet terecht is.

De CvAE stelt eerst vast dat deel 2 Aw 2012 niet van toepassing is op de betrokken nationale aanbesteding, maar hoofdstuk 2 Aanbestedingsreglement Werken 2016 wel. Dan stelt zij vast dat de artikelen 2.13.11 en 2.13.12 aanhef en onder b van het Aanbestedingsreglement Werken 2016 zijn afgeleid van de relevante bepalingen van deel 2 Aw 2012, die weer een implementatie vormen van artikel 57 van Richtlijn 2014/24/EU. Daarmee is de cirkel rond: voor de uitleg van de betrokken bepalingen uit het Aanbestedingsreglement Werken 2016 is de uitleg in de jurisprudentie van de bepalingen van Aw 2012 en Richtlijn 2014/24/EU (en voorlopers) relevant voor de beoordeling van de klacht.

##### **Corrigerende maatregelen te laat genomen?**

Uit het advies laat zich afleiden dat klager pas bij gelegenheid van de onderbouwing van zijn klacht bij de CvAE heeft aangevoerd dat hij, nadat hij bekend werd met de vervalste tevredenheidsverklaring, diverse maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen: intern onderzoek, formele waarschuwing, aanvulling medewerkershandboek met fraudeprotocol, korting van 25% op salaris van medewerker F. Klager vindt dat de fout in breder perspectief moet worden gezien en, zo bezien, niet de kwalificatie 'ernstige beroepsfout' verdient. Klager stelt tevens dat medewerker F. buiten de hem, wegens afwezigheid van de bevoegde personen, verleende volmacht en afspraken heeft gehandeld.

Wat klager bij de CvAE aan corrigerende maatregelen heeft aangevoerd, kan hem niet baten. De CvAE motiveert niet waarom niet. Klager hinkt in feite zelf op twee gedachten door enerzijds te stellen dat de daad hem wordt toegere-

kend en anderzijds te betwisten dat de medewerker bevoegd was te handelen zoals hij heeft gehandeld. Mogelijk heeft meegespeeld dat de maatregelen te laat zijn genomen, dat een niet door medewerker F. ondertekende, geanonimiseerde verklaring bij de klacht is overgelegd en/of dat de beweerdde volmacht en het bewijs van afwezigheid van de bevoegde personen niet zijn overgelegd.

#### **Toerekeningsvraag tot nu toe niet 'geproblematiseerd'**

Wat bedoelt de CvAE met de opmerking dat de vraag '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' in de door haar aangehaalde Europese en Nederlandse aanbestedingsrechtspraak niet wordt 'geproblematiseerd'? Waarschijnlijk: dat die vraag in die rechtspraak niet aan de orde is gekomen of niet is beantwoord. Voor zover mij bekend, is dat juist.

Ook in een uitspraak over het door de winnende inschrijver als 'cowboy-actie' aangeduide handelen van een medewerker komt die vraag niet expliciet aan de orde. De bewuste medewerker had zich onbevoegd inzage verschaft in de computerapplicatie van een concurrent van zijn werkgever. Die concurrent, eiseres in kort geding, stelde dat de werkgever van die medewerker met de door de inzage opgedane kennis van haar software zijn aanbod in de betrokken aanbesteding had kunnen aanpassen ofwel – indien dat gezien de tijd niet meer mogelijk was – met een extra lage prijs had ingeschreven en met deze handelwijze de eerlijke concurrentie had aangetast. De rechter beschouwde de kwestie als een geschil tussen concurrerende inschrijvers. Hij vond dat van de aanbestedende dienst niet kon worden verlangd zich daarin verder te begeven en zijn beslissing tot gunning daarvan te laten afhangen. Blijkbaar woog mee dat geen aangifte was gedaan van de onbevoegde inzage in de software. De rechter vond, kort gezegd, dat de aanbestedende dienst in redelijkheid had

kunnen besluiten dat er geen sprake was van een ernstige beroepsfout die tot uitsluiting van de beoogde winnaar moest leiden.<sup>1</sup>

Kennelijk heeft de CvAE in de nu besproken klachtprocedure geen geloof gehecht aan de mededeling van klager dat medewerker F. buiten de hem verleende volmacht heeft gehandeld. Zij merkt de vervalsing van de tevredenheidsverklaring aan als een ernstige beroepsfout en rekent die zonder meer toe aan klager. In de motivering van het advies komt niet tot uiting waarom de CvAE vond dat medewerker F. binnen het kader van de uitoefening van zijn bevoegdheden had gehandeld. Juist omdat de CvAE aangeeft dat de toerekeningsvraag in de door haar aangehaalde rechtspraak niet wordt 'geproblematiseerd' had van haar op het punt van motivering meer duidelijkheid mogen verwacht.

#### **CvAE verklaart klacht ongegrond en doet aanbevelingen voor de praktijk**

De CvAE concludeert dat het indienen van een vervalste tevredenheidsverklaring een onrechtmatige gedraging is die invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van klager en wijst op kwaad opzet van een zekere ernst met het doel op onrechtmatige wijze opdrachten in de aanbestedingsprocedure te verkrijgen. Klager had van deze ernstige beroepsfout melding moeten maken in de Eigen verklaring. Bij indiening van de Eigen verklaring had klager kunnen aanvoeren en toelichten waarom deze ernstige beroepsfout niet tot uitsluiting zou moeten leiden, zodat de aanbestedende dienst die toelichting had kunnen meewegen. Door dat niet te doen, heeft klager zich tevens schuldig gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring.

De CvAE acht de tegen de uitsluiting gerichte klacht ongegrond, maar doet voor de praktijk wel een praktische aanbeveling. Gegadigden en inschrijvers wordt aangeraden melding te maken van eventuele ernstige beroepsfouten in de voorafgaande drie jaar, als daarnaar wordt gevraagd in een aanbesteding. Tevens wordt aan-

1 V.zr. Rb. Arnhem 17 juli 2012, ECLI:NLR-BARN:2012:BX4570.

bevolen – met een verwijzing naar de artikelen 2.87a Aw 2012 en 2.13.11 Aanbestedingsreglement Werken 2016 – daarbij (goed onderbouwd) aan te voeren welke maatregelen zijn genomen om hun betrouwbaarheid aan te tonen. Indien er afdoende maatregelen zijn genomen, is er immers op dit punt geen grond voor uitsluiting, aldus de CvAE. Dat bij een eerdere aanbestedingsprocedure een valse verklaring is ingediend, levert naar het oordeel van de CvAE geen nieuwe ernstige beroepsfout op die bij toekomstige aanbestedingsprocedures moet worden gemeld.

#### Status van (de adviezen van) de CvAE

Uit concurrentieoverwegingen en vanwege de precaire achterliggende problematiek heeft de klager er in dit geval bewust voor gekozen om niet met een kort geding op te komen tegen zijn uitsluiting. Bovendien meende hij dat zijn proceskansen gering waren omdat de uitsluiting was gegrond op artikel 2.87 lid 1 sub h Aw 2012 (de valse verklaring).

Wat de status van een advies van de CvAE betreft, sluit de Haagse voorzieningenrechter in een recente uitspraak over een aanbesteding voor leermiddelen en onderwijsdiensten aan bij het oordeel van de Rotterdamse voorzieningenrechter<sup>2</sup> dat aan dat advies geen gewicht c.q. bewijskracht toekomt vanwege het niet-bindende karakter.<sup>3</sup> Als een beklagde geen informatie aan de CvAE wenst te verstrekken, kan de Commissie daar slechts een kritische opmerking over maken. Zij beschikt niet over pressiemiddelen.<sup>4</sup> In een recent provisioneel vonnis geeft de rechter aan dat hij niet wenst te wachten op een advies van de CvAE. Dat het Reglement van de CvAE voorziet in de mogelijkheid dat de voorzieningenrechter de CvAE vraagt de klachtbehandeling voort te zetten, schept geen wettelijke grondslag voor een voorziening de behandeling van een kort geding aan te houden in afwachting van het advies van de CvAE. Uitgangspunt in het Reglement van de CvAE is juist dat de

klachtbehandeling door de CvAE wordt aangehouden totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.<sup>5</sup> Uit de verwijzing naar een advies van de CvAE in de motivering van de rechter blijkt overigens wel weer dat aan adviezen van de CvAE wel degelijk waarde wordt toegekend.<sup>6</sup>

Ik meen persoonlijk dat de adviezen van de CvAE, en met name ook de overwegingen ten overvloede die zij veelvuldig pleegt te geven, voor de praktijk van belangrijke opvoedende waarde zijn en een bijdrage leveren aan professioneel aanbesteden.

#### Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

- Gegadigden en inschrijvers doen er goed aan tot drie jaar na een ernstige beroepsfout die fout in toekomstige aanbestedingsprocedures te melden, als daarnaar wordt gevraagd, en meteen te onderbouwen welke maatregelen zij hebben genomen om hun betrouwbaarheid aan te tonen. Uiteraard is het aan de aanbestedende dienst te beoordelen of die maatregelen afdoende zijn.

- De uitsluitingsgrond van het zich in ernstige mate schuldig maken aan valse verklaringen (art. 2.87 lid 1 onderdeel h Aw 2012) en die van onrechtmatige beïnvloeding van het besluitvormingsproces (art. 2.87 lid 1 onderdeel i Aw 2012) hebben betrekking op de concrete aanbesteding, waarop wordt ingeschreven. Er geldt daarvoor dan ook geen terugkijkperiode van drie jaar (vgl. art. 2.87 lid 2 Aw 2012). Hoewel de CvAE haar aanbeveling op dit punt niet motiveert, lijkt het mij juist dat bij toekomstige aanbestedingsprocedures naar waarheid kan worden bevestigd dat er geen valse verklaring is afgelegd indien in het kader van die specifieke aanbestedingsprocedure uitsluitend correcte gegevens en verklaringen zijn ingediend.

2 Vzr. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802.

3 Vzr. Rb. Den Haag 17 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2217.

4 Vgl. Advies 319 van 27 februari 2017, ov. 5.3.4.

5 Vzr. Rb. Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15833.

6 Vzr. Rb. Den Haag 13 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3999.

- Af te wachten valt of de (voorzieningen)rechter, als hij daarover zou moeten oordelen, de toerekeningsvraag net zo vlot zou beantwoorden als de CvAE dat in dit onderhavige advies heeft gedaan.

A.C.M. Fischer-Braams,  
advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten