

Artikel

Het strafrecht in een aanbestedingsrechtelijk perspectief

De doorwerking van het strafrecht op overheidsopdrachten

Mr. T. Beukema*

1. Inleiding

Vertrouwen in de overheid staat of valt met integer handelen. Indien zij niet integer handelt, kan er van haar partners geen integriteit worden verlangd. Wanneer de overheid overeenkomsten aangaat met een onderneming met een bedenkelijk verleden op het gebied van strafrechtelijke antecedenten, wat weerhoudt private partijen er dan van om eveneens overeenkomsten te sluiten met deze onderneming? Er kan zelfs gesteld worden dat middels een overeenkomst met de overheid de onderneming gelegitimeerd wordt. Feit is in ieder geval dat op deze wijze een onderneming met strafrechtelijke antecedenten (deels) gefinancierd wordt met belastinggeld. Het verstrekken van een overheidsopdracht aan een dergelijke partij is derhalve om meerdere redenen onwenselijk.

Het inkoopproces biedt aan overheden de middelen om te voorkomen dat zij overeenkomsten sluiten met dergelijke partijen. In dit stuk wordt nader ingegaan op deze middelen en de wijze waarop het strafrecht zich verhoudt tot het aanbestedingsrecht, en daarin doorwerkt.

Overheden sluiten, om te voldoen aan de taak die zij gekregen hebben, via een gereguleerd inkoopproces

overeenkomsten met ondernemingen. Het sluiten van deze overeenkomsten is een belangrijke taak van de overheid, waarmee zij tracht bij te dragen aan haar taken en haar doelstellingen. Het inkoopproces van overheidsopdrachten verloopt voor overheden, meer specifiek voor aanbestedende diensten, veelal via het aanbestedingsrecht. Het aanbestedingsrecht biedt een wettelijk stelsel van regels en voorschriften waarbinnen een aanbestedende dienst zijn inkoop dient te realiseren.

Het aanbestedingsrecht is initieel vanuit economisch perspectief vormgegeven. De (Europese) regelgeving heeft met regels omtrent aanbestedingen oorspronkelijk gestuurd op het leveren van een bijdrage aan de vier fundamentele vrijheden van de Europese Unie.¹ Economische eenwording is daarbij het sleutelwoord geweest. De aanbestedingsregels zijn gebaseerd op en liggen in het verlengde van deze fundamentele vrijheden en dienen te worden geëerbiedigd bij het inkopen van overheidsopdrachten.²

1. Zoals (onder andere) opgenomen in art. 26 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).
2. Nationale aanbestedingsregels zijn gecodificeerd in de Aw 2012. Zij vloeien voort uit de (diverse) aanbestedingsrichtlijnen, waarbij voor deze uiteenzetting Richtlijn 2014/24/EU het meest van belang is. In overweging 1 van de Richtlijn is de doorwerking van de fundamentele vrijheden gelijk zichtbaar: 'Wanneer door of namens overheden van de lidstaten overheidsopdrachten worden gegund, moeten de beginselen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) worden geëerbiedigd, met name het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, niet-discriminatie, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.'

* Mr. T. Beukema is senior juridisch beleidsadviseur Rijkswaterstaat Grote Projecten en Onderhoud. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

In de loop van tijd is de economische perceptie op inkoop langzaam verschoven. Met een groot inkoopvolume, binnen de Europese Unie een volume van plusminus € 800 miljard, kan immers ook op andere aspecten dan enkel de economische gestuurd worden. Inkoop kan een katalysator zijn voor ontwikkelingen, bepaald gedrag kan beloond of bestraft worden, en hij kan daarmee in bredere zin bijdragen aan doelstellingen die verder gaan dan enkel de fundamentele vrijheden.

Inkoop is niet enkel meer economisch van aard en gefocust op de fundamentele vrijheden, maar heeft een breder karakter gekregen waarin de invulling van en bijdrage aan maatschappelijke doelen een prominenter karakter krijgt.³ Integriteit is in het inkoopproces een steeds belangrijker rol gaan spelen. Vanuit een voorbeeldfunctie, waarin de overheid enkel zakendoet met bonafide marktpartijen. Maar ook vanuit een meer sanctionerende functie, waarmee getracht wordt een prikkel te bewerkstelligen om bonafide te handelen. Wenst de onderneming de kans op een deel van de overheidsopdrachten te behouden, dan zal voldaan moeten worden aan de gestelde regels. Niet-integere gedragingen kunnen immers tot uitsluiting voor overheidsopdrachten leiden. Op welke wijze dit systeem functioneert, wordt in het vervolg nader uiteengezet.

Dit artikel beoogt een overzicht te geven van de secundaire gevolgen die een strafrechtelijke inbreuk op een onderneming kan hebben. De (financiële) gevolgen kunnen groot zijn voor partijen die sterk afhankelijk zijn van aanbestedingen, omdat zij voor een lange periode uitgesloten kunnen worden van aanbestedingsprocedures. Daarmee lopen zij inkomsten mis, wat wellicht de continuïteit in het geding brengt. Daar moeten echter de belangen van de aanbestedende dienst, waaronder in dit kader voornamelijk integriteit en het zorgvuldig besteden van belastinggeld, tegen afgewogen worden. In paragraaf 2 zet ik uiteen op welke wijze het strafrecht zijn doorwerking heeft in het aanbestedingsrecht. Vervolgens ga ik in paragraaf 3 nader in op verklaringen en bewijsmiddelen in het kader van strafrechtelijke veroordelingen en in paragraaf 4 op de onderzoeksmethoden die de aanbestedende dienst hiertoe ter beschikking heeft. In het verlengde daarvan bespreek ik in paragraaf 5 het Bibob-onderzoek dat een specifieke onderzoeksmethode betreft. In paragraaf 6 bespreek ik de proportionaliteitstoets die de aanbestedende dienst uitvoert bij het uitsluiten van een onderneming. In paragraaf 7 benoem ik de mogelijkheid tot het nemen van maatregelen door de onderneming om uitsluiting te voorkomen. In paragraaf 8 zet ik uiteen hoe strafrechtelijke inbreuken die niet tot een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak hebben geleid, alsnog tot uitsluiting kunnen leiden. Ik sluit af met een aantal aanbevelingen voor de praktijk.

3. Zie bijvoorbeeld m.b.t. *Launching Customership Kamerstukken II* 2018/19, 30196, nr. 612 (Kamerbrief) en m.b.t. maatschappelijk verantwoord inkopen *Kamerstukken II* 2021, 30196, nr. 746 (Kamerbrief).

2. De doorwerking van het strafrecht in het aanbestedingsrecht

Zoals in voorgaande kort ingeleid, moet de overheid haar overheidsopdrachten in de markt zetten via aanbestedingen. Het aanbestedingsrecht voorziet onder meer in een kader van beginselen, een stelsel van te volgen procedures, bepalingen over selectie en uitsluiting van ondernemingen en bepalingen over het gunnen van een overheidsopdracht.

Het aanbestedingsrecht geeft de aanbestedende dienst handvatten om eisen te stellen aan ondernemingen die kans willen maken op het uitvoeren van een overheidsopdracht. Deze eisen kunnen vorm worden gegeven in zogenaamde geschiktheidseisen, waarbij bepaalde certificeringen, financieel-economische draagkracht en reeds opgedane ervaring bij andere projecten een rol kunnen spelen. Zo bepaalt de aanbestedende dienst welke ondernemingen minimaal geschikt zijn voor de uitvoering van de opdracht.⁴

Naast geschiktheidseisen bestaat ook de mogelijkheid (en deels de verplichting) voor de aanbestedende dienst om uitsluitingsgronden te stellen. Deze gronden zijn in tegenstelling tot geschiktheidseisen vastomlijnd in de Aanbestedingswet, de Aw 2012. De wetgever heeft met betrekking tot de uitsluitingsgronden een onderscheid aangebracht tussen zogenaamde dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden. Dwingende uitsluitingsgronden dienen, in het geval van een overheidsopdracht met een raming boven de Europese aanbestedingsdrempel, verplicht toegepast te worden.⁵ De facultatieve uitsluitingsgronden zijn voorbehouden aan de keuze van de aanbestedende dienst. Hierbij geldt dat per overheidsopdracht een afweging gemaakt dient te worden welke facultatieve uitsluitingsgronden relevant zijn voor de betreffende opdracht.⁶ Onder de facultatieve gronden valt onder meer ‘ernstige beroepsfout’ en ‘valse verklaring’, die ook in het kader van de doorwerking van het strafrecht een rol kunnen spelen. Dit wordt verder uitgewerkt in paragraaf 8.

Op de partij die deelneemt aan een (Europese) aanbesteding mag geen uitsluitingsgrond van toepassing zijn. De uitsluitingsgronden moeten voorkomen dat een onder-

4. art. 2.93 Aw 2012 geeft een limitatieve opsomming van eisen waar de aanbestedende dienst in het kader van geschiktheidseisen om mag verzoeken. De eisen moeten een objectief karakter hebben en in verhouding staan tot de aard van de opdracht.

5. De Europese aanbestedingsdrempel maakt onderscheid tussen werken, diensten en leveringen. Voor de jaren 2020/2021 is de Europese drempel gesteld op € 5.350.000 en bij diensten en leveringen € 139.000. Onder de Europese drempel zijn de dwingende uitsluitingsgronden facultatief.

6. E.e.a. volgt uit voorschrift 3.5A van de Gids Proportionaliteit. De Gids geeft invulling aan het proportionaliteitsbeginsel en geldt voor aanbestedende diensten voor zowel opdrachten onder als boven de Europese aanbestedingsdrempel.

neming met strafrechtelijke antecedenten (deels) gefinancierd wordt door de overheid. Daarnaast kan uitsluiting gelden als een aanvullende sanctie voor de onderneming waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is. De Europese Commissie is hier in de Aanbestedingsrichtlijn (de Richtlijn) helder over, en stelt het volgende: ‘Overheidsopdrachten mogen niet worden gegund aan ondernemers die hebben deelgenomen aan een criminele organisatie of die zich schuldig hebben gemaakt aan omkoping, fraude ten nadele van de financiële belangen van de Unie, terroristische misdrijven, witwassen of terrorismefinanciering (...)’.⁷ Dit geldt eveneens voor nationale aanbestedingen.

Onder de dwingende uitsluitingsgronden vallen (onder meer) strafrechtelijke veroordelingen. De dwingende uitsluitingsgronden worden nader uitgewerkt in artikel 2.86 Aw 2012. Het artikel noemt in lid 2, direct volgend uit de Richtlijn, een zestal limitatieve gronden die, indien een onderneming ter zake daarvan is veroordeeld, in beginsel tot uitsluiting leiden. Deze gronden zijn deelneming aan een criminele organisatie (sub a), omkoping van ambtenaren (sub b), fraude (sub c), witwassen van geld (sub d), terroristische misdrijven (sub e), kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel (sub f). lid 2 verwijst eveneens naar de Europeesrechtelijke bepaling van de veroordeling. Bij bijvoorbeeld de uitsluitingsgrond fraude wordt verwezen naar artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap (PbEG 1995, C 316).

In aanvulling op de bepaling uit de Richtlijn noemt de Nederlandse wetgever in lid 6 expliciet een aantal bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht die in ieder geval onder de gronden als genoemd in lid 2 vallen. Zo wordt bijvoorbeeld artikel 178 Wetboek van Strafrecht genoemd, dat ziet op het omkopen van een rechter, en artikel 225 Wetboek van Strafrecht, dat ziet op valsheid in geschrift.⁸ Onherroepelijke veroordelingen op deze gronden leiden in beginsel tot uitsluiting. In beginsel, omdat er omstandigheden kunnen zijn die niet tot uitsluiting hoeven te leiden. Dit wordt in paragraaf 6 en 7 duidelijk.

In lid 6 wordt enkel een niet-limitatieve opsomming gegeven met veroordelingen die in ieder geval onder lid 2 vallen, en in beginsel tot uitsluiting moeten leiden.⁹ Dat kan evenwel tot gevolg hebben dat, indien geen onherroepelijke veroordeling op een van de strafbare feiten als genoemd in lid 6 is uitgesproken, een veroor-

deling onder de definitie van lid 2 toch tot uitsluiting zal moeten leiden. Dit is onder andere op deze wijze vormgegeven omdat ook buitenlandse ondernemingen op Nederlandse aanbestedingen in kunnen schrijven. Deze onderneming kan wellicht niet bij onherroepelijk geworden rechtelijke uitspraak veroordeeld zijn op een veroordeling die is genoemd in lid 6 omdat zij niet naar Nederlands recht is veroordeeld, maar wel een veroordeling die valt onder lid 2.

Een onderneming kan op basis van dit stelsel enkel uitgesloten worden indien zij bij een onherroepelijk geworden rechtelijke uitspraak veroordeeld is, zo volgt uit de wettekst. Er mag derhalve geen rechtsmiddel meer aangewend kunnen worden. De veroordeling hoeft niet enkel te zien op de onderneming zelf. Zij reikt ook tot de veroordeling van een lid van het bestuurs-leidinggevend of toezichthoudend orgaan of een persoon die vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid in de onderneming heeft, zo wordt bepaald in artikel 2.86 lid 3 Aw 2012. Als er geen onherroepelijke veroordeling geldt, kan echter nog steeds tot uitsluiting worden overgegaan, volgend uit de facultatieve uitsluitingsgronden. Dit wordt nader uiteengezet in paragraaf 8.

3. Het stelsel in de praktijk

Om administratieve lasten bij zowel de ondernemingen als de aanbestedende dienst te beperken, is een Eigen Verklaring door de Europese Commissie opgesteld ter vervanging van stapels bewijsstukken en aanvullende documenten.^{10, 11} In Nederland is deze Eigen Verklaring vormgegeven als een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (‘UEA’). Via het UEA geeft de onderneming bij de aanmelding of de inschrijving op een aanbesteding een verklaring over de financiering en de geschiktheid van zijn onderneming.¹² Bovendien verklaart zij al dan niet in omstandigheden te verkeren die tot uitsluiting zouden kunnen leiden.¹³ De onderneming dient aan te geven of zij zelf of een lid van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan in de afgelopen vijf jaar onherroepelijk is veroordeeld voor de in artikel 2.86 AW genoemde gronden. Het UEA dient in beginsel zonder verdere informatie en bewijsstukken te

165

7. Overweging 100 Richtlijn 2014/24/EU.

8. lid 6 noemt veroordelingen op grond van artikel 134a140, 140a, 177, 178, 225, 226, 227, 227a, 227b, 273f, 285, derde lid, 323a, 328ter, tweede lid, 420bis, 420ter of 420quater van het Wetboek van Strafrecht, of veroordelingen wegens overtreding van de in artikel 83 van het Wetboek van Strafrecht bedoelde misdrijven, indien aan het bepaalde in dat artikel is voldaan.

9. art. 2.86 lid 6 Aw 2012 noemt immers ‘in ieder geval’, waaruit blijkt dat het niet limitatief is en dat het uitgangspunt bij de veroordelingen als genoemd in lid 2 ligt. Zie ook MvT, *Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 79*.

10. In het vervolg van het stuk wordt gesproken over aanbestedende diensten, het deel van de overheid dat onder de reikwijdte van artikel 1.1 van de Aw 2012 valt en overheidsopdrachten dient aan te besteden.

11. Het gebruik van de Eigen Verklaring is wettelijk verplicht gesteld in art. 2.85 Aw 2012.

12. Het gaat om verificatie van de gegevens van de onderneming via onderliggende bewijsstukken. Dit zijn in het geval van een openbare procedure de gegevens van de (voorlopige) winnaar van de aanbesteding en in een niet-openbare procedure de gegevens van de geselecteerde partijen.

13. Indien het UEA niet eerlijk wordt ingevuld, kan dit worden aangemerkt als het indienen van een valse verklaring, wat uitsluiting tot gevolg kan hebben. Een facultatieve uitsluitingsgrond, die kan leiden tot drie jaar uitsluiting.

worden ingediend door de onderneming. Slechts van de winnaar van de aanbesteding en, in het geval van een procedure met voorselectie zoals de niet-openbare procedure, de geselecteerde partijen, worden de gegevens uit het UEA geverifieerd via onderliggende bewijsstukken. Dit heeft een transactiekostenverlagend effect.

Er zijn situaties waarin enkel de verklaring onvoldoende is voor de aanbestedende dienst om zich er zeker van te stellen dat de onderneming te goeder trouw is. De aanbestedende dienst kan op grond van artikel 2.101 e.v. Aw 2012 te allen tijde bewijsstukken verlangen met betrekking tot de gegevens en inlichtingen die middels het UEA zijn verstrekt. Een bewijsstuk dat door de aanbestedende dienst in dit kader opgevraagd kan worden, is de Gedragsverklaring aanbesteding ('GVA'). De GVA wordt aangevraagd bij en uitgegeven door screeningsautoriteit Dienst Justis namens de minister van Veiligheid en Justitie. Op de aanvraag volgt een onderzoek naar de aanvrager, waarbij het Justitiele Documentatie Systeem wordt geraadpleegd en gecontroleerd op onherroepelijke veroordelingen. Ook worden beschikkingen van de nationale mededingingsautoriteiten zoals de ACM en de Europese Commissie getoetst.¹⁴ Vervolgens wordt, indien er geen grond is om de verklaring niet te verstrekken, de GVA verstrekt. Zij wordt eveneens verstrekt als een (rechts)persoon veroordeeld is tot een (on)voorwaardelijke gevangenisstraf, hechtenis, taakstraffen of geldboete, maar deze een gezamenlijke waarde van minder dan € 35.000 betreft. De GVA is vanaf het moment van verstrekking twee jaar geldig en toont aan dat op de onderneming geen uitsluitingsgronden die betrekking hebben op onherroepelijke veroordelingen of beschikkingen vanuit een mededingingsautoriteit van toepassing zijn.¹⁵

4. Gedwongen onderzoek (ingevolge een derde)?

De aanbestedende dienst kan, ondanks het UEA en de bewijsmiddelen die daarop kunnen volgen, twijfelen aan de verklaring en de bewijzen. Het systeem is immers niet volledig sluitend en geeft geen volledige zekerheid aan de aanbestedende dienst aangaande de goede trouw van de onderneming. Het UEA kan alsnog een onjuiste verklaring bevatten waarbij een strafrechtelijke veroordeling wordt verzwegen, zij het bewust of onbewust. Naast de onjuistheid op het UEA, biedt ook de GVA

geen volledige zekerheid. De geldigheidsduur van de GVA is immers gesteld op twee jaar vanaf het moment van verkrijging en houdt geen rekening met veroordelingen die gedurende twee jaar na afgifte hebben plaatsgevonden. Zij is een momentopname.

De twijfel over de juistheid van de ingediende verklaring en de accuraatheid van de GVA kan voortvloeien uit eerdere ervaringen met deze onderneming. Er kunnen echter ook signalen van andere aanbestedende diensten binnen komen, of informatie vanuit het publieke domein. Een melding van een andere onderneming, al dan niet betrokken bij de aanbesteding, kan ook twijfel zaaien. Met deze twijfel dient zij gelet op het feit dat de aanbestedende dienst niet naar willekeur mag handelen, zorgvuldig om te gaan.

Onder voorwaarden bestaat de plicht om de juistheid van de verklaring en de overige verstrekte informatie nader te onderzoeken. Een en ander volgt uit artikel 2.113a Aw 2012. Deze bepaling ziet ingevolge de wetstekst op de gunningscriteria en niet op een toets aan uitsluitingsgronden. In jurisprudentie is echter bepaald dat het artikel eveneens als grondslag heeft te gelden voor de plicht van de aanbestedende dienst om de uitsluitingsgronden te toetsen.¹⁶ Daarnaast moet er sprake zijn van gerede twijfel.¹⁷ Een melding van een concurrent van de onderneming die op voorhand reeds ongehoofwaardig is, voldoet niet aan deze component. Daarbij moet immers beseft worden dat een concurrent een andere positie inneemt ten opzichte van de onderneming dan de aanbestedende dienst.

De aanbestedende dienst heeft bij gerede twijfel eveneens op andere grondslag de plicht om nader onderzoek te verrichten. Deze plicht vloeit voort uit de aanbestedingsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit beginsel dient te garanderen dat de overheid zorgvuldig onderzoek uitvoert alvorens rechtsgevolgen te verbinden aan haar keuzes.

Doet zich gerede twijfel naar de ingediende verklaring en de bewijsmiddelen voor, dan bestaat er een inspanningsverplichting om de juistheid van de verklaring en de bewijsmiddelen na te gaan.¹⁸ Zij heeft betrekking op de twijfel en de stellingname, aannames of feiten die ten grondslag liggen aan deze twijfel. Deze kunnen weggenomen worden door aanvullende motiveringen van de onderneming. Deze aanvullende motivering moet worden getoetst en dient de gerede twijfel weg te nemen. Er kan eveneens nadere informatie verstrekt worden, waarvoor hetzelfde geldt.

14. Zie art. 4.7 Aw 2012 voor de limitatieve lijst met onherroepelijke veroordelingen en beschikkingen die getoetst worden.

15. Indien een buitenlandse onderneming zich inschrijft op een Nederlandse aanbesteding dan moet zij een aan de GVA vergelijkbare verklaring in te dienen, indien om een GVA wordt verzocht. Veel aanbestedende diensten bepalen in de aanbestedingsdocumenten dat er gedurende de gehele looptijd van de aanbesteding voldaan moet worden aan de uitsluitingsgronden. Wordt tijdens de procedure een uitsluitingsgrond van toepassing, dan moet er een herzien UEA ingediend worden.

16. Zo volgt onder meer uit Rb. Gelderland 4 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1494, Rb. Limburg 12 februari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:1107.

17. Zie naar analogie m.b.t. de inschrijving Rb. Midden-Nederland 25 januari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2019:245.

18. *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 81.

De toets blijft voorbehouden aan de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst. Hoewel meldingen van derden aanleiding kunnen zijn om bewijsmiddelen na te gaan indien zij tot gereede twijfel leiden, kan een derde de aanbestedende dienst niet verplichten over te gaan tot uitsluiting van de onderneming.

5. Bibob-onderzoek

In het voorgaande zijn de verklaringen en de bewijsstukken besproken, alsook het eventueel daaruit voortvloeiende nadere onderzoek. Het UEA en de daaropvolgende opgevraagde bewijsstukken geven de aanbestedende dienst in beginsel een grote mate van zekerheid over de goede trouw van de onderneming. Bestaat gereede twijfel, dan kan nader onderzoek uitgevoerd worden. Indien echter naar aanleiding van het nader onderzoek de twijfel niet is weggenomen, bestaat onder omstandigheden nog een, meer vergaande, toetsingsmogelijkheid.

Er kan in een dergelijk geval een zogenaamd Bibob-onderzoek uitgevoerd worden. Het kan enkel toegepast worden mits de mogelijkheid tot een dergelijk onderzoek in de aanbestedingsstukken is genoemd. De juridische grondslag voor dit onderzoek volgt uit de Wet Bibob en beoogt te voorkomen dat een overheidsopdracht wordt gegund aan criminele ondernemingen. Het Bibob-onderzoek wordt uitgevoerd door het Landelijk Bureau Bibob ('LBB'). Alvorens de aanbestedende dienst het LBB kan benaderen, heeft hij zelf de plicht om een eigen onderzoek naar de onderneming te verrichten om te toetsen of er omstandigheden zijn die ertoe aanleiding geven dat de overheidsopdracht mogelijk voor criminele activiteiten wordt benut. Dit eigen onderzoek loopt voornamelijk via het door de onderneming in te vullen Bibob-vragenformulier dat de aanbestedende dienst aan de onderneming toe zal zenden, waarin inzicht in het justitiële verleden wordt uitgevraagd.

Aanvullend dient de aanbestedende dienst niet enkel de vragenlijst te toetsen, maar ook actief de (verruimde) onderzoeksmogelijkheden toe te passen.¹⁹ Hij raadpleegt daarbij openbare bronnen. Sinds de verruiming van de Wet Bibob heeft de aanbestedende dienst niet enkel de mogelijkheid tot inzicht in de gegevens van de onderneming zelf, maar is hij verruimd tot onder meer natuurlijke personen of rechtspersonen die (in)direct leiding (hebben) (ge)geven binnen de onderneming of die (in)direct financiën hebben verschaft.²⁰

Als de aanbestedende dienst naar aanleiding van het eigen onderzoek redenen heeft te twijfelen aan de integriteit van de onderneming, kan hij het LBB inschakelen met het verzoek om een onderzoek in te stellen.

Enkel als de aanbestedende dienst zowel de vragenlijst heeft opgevraagd en getoetst én de in de Wet Bibob gegeven onderzoeksmogelijkheden heeft uitgevoerd, mag hij het LBB inschakelen. Het LBB heeft ruimere bevoegdheden dan de aanbestedende dienst en heeft toegang tot de gesloten bronnen.²¹ Het onderzoek van het LBB ziet evenals het onderzoek van de aanbestedende dienst zelf, niet enkel op de rechtspersoon maar ook op de natuurlijke personen in de organisatie. In de systemen van onder meer de Justitiële Informatiedienst, de FIOD, het Openbaar Ministerie, de ACM en diverse inspecties zoals de Inspectie SZW en NVWA wordt de rechtspersoon en de natuurlijke personen in de organisatie die (in)direct leiding (hebben) (ge)geven binnen de onderneming of die (in)direct financiën hebben verschaft, doorgelicht. Hierbij wordt onderzocht of er feiten en omstandigheden van toepassing zijn die redelijkerwijs doen vermoeden dat de (rechts)persoon betrokken is bij strafbare feiten of daartoe in relatie staat. Hier valt in ieder geval een veroordeling wegens een strafbaar feit onder, maar eveneens een onherroepelijke strafbeschikking en het vervallen van het recht tot strafvordering op grond van een transactie als bedoeld in artikel 74 van het Wetboek van Strafrecht.

Een Bibob-onderzoek geeft daarmee onder meer inzicht in onherroepelijke veroordelingen van de onderneming of de natuurlijke persoon in de organisatie, en daarmee verband houdend het van toepassing zijn van een dwingende uitsluitingsgrond. Indien uit het Bibob-onderzoek blijkt dat geen sprake is van dergelijke feiten die zien op de zes strafrechtelijke veroordelingen onder de dwingende uitsluitingsgrond, kan geen uitsluiting volgen op deze uitsluitingsgrond. De aanbestedende dienst blijft verantwoordelijk voor dit besluit. Hij dient immers gelet op zijn bevoegdheden volgend uit de Aw 2012 het besluit tot uitsluiting te nemen.²²

Het Bibob-onderzoek kan echter ook andere zaken inzichtelijk maken die niet vallen onder de dwingende uitsluitingsgrond met betrekking tot strafrechtelijke veroordelingen. Zoals in het voorgaande aangegeven, bestaat het stelsel van uitsluitingsgronden niet enkel uit de dwingende uitsluitingsgronden. Indien het Bibob-onderzoek zaken aan het licht brengt die de integriteit van de onderneming ernstig in twijfel trekken, kan dit feit uitsluiting rechtvaardigen. Onder deze situatie kan bijvoorbeeld een beschikking van de ACM, een onherroepelijke strafbeschikking of een transactie als bedoeld in artikel 74 van het Wetboek van Strafrecht vallen. Hier wordt onder 8 op teruggekomen.

19. Dit is een verruiming ingevolge de aanpassing van de Wet Bibob van 1 augustus 2020, *Stb.* 2020, 279.

20. art. 15 lid 1 sub b en lid 2 Besluit justitiële en strafvorderlijke gegevens

21. Zoals bronnen van de politie, FIOD en de Belastingdienst (art. 27 Wet Bibob).

22. Zie bijvoorbeeld ABRvS 17 oktober 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2642 (*Haaglandia*).

6. Proportionaliteit in uitsluiting

Indien er een uitsluitingsgrond op de onderneming van toepassing is en zij dit heeft aangegeven in haar UEA, leidt het feit dat deze grond van toepassing is niet per definitie tot uitsluiting van de aanbesteding. De wetgever heeft zich gerealiseerd dat een onvoorwaardelijke uitsluiting van een partij grote gevolgen heeft. Haar voortbestaan kan immers verbonden zijn aan het al dan niet verkrijgen van de opdracht. De uitsluitingsgronden worden bij elke opvolgende aanbesteding wederom getoetst. Een partij kan derhalve in theorie voor een periode van vijf jaar uitgesloten worden van overheidsopdrachten.²³ Ingevolge het adagium dat het middel niet erger mag zijn dan de kwaal, is voorzien in een stelsel waarin proportionaliteit van de uitsluiting wordt getoetst.

Voor een deel van de dwingende uitsluitingsgronden geldt dat de aanbestedende dienst niet tot uitsluiting over kan gaan indien dit kennelijk onredelijk is, de hardheidsclausule. Dit geldt voor de uitsluitingsgrond die ziet op het niet betalen van belasting en de sociale zekerheidspremies. Ingevolge de bij aanbestedingen verplicht toe te passen Gids Proportionaliteit, die adviezen en voorschriften bevat over op welke wijze invulling dient te worden gegeven aan het proportionaliteitsbeginsel, wordt het niet proportioneel geacht een onderneming uit te sluiten bij een betalingsachterstand van slechts kleine bedragen.²⁴

De hardheidsclausule geldt niet voor de overige dwingende uitsluitingsgronden, zoals strafrechtelijke veroordelingen. Hoewel de hardheidsclausule niet van toepassing is op strafrechtelijke veroordelingen, voorziet de wet in artikel 2.88 Aw 2012 echter wel in een proportionaliteitstoets. Er kan afgezien worden van uitsluiting indien uitsluiting naar het oordeel van de aanbestedende dienst niet proportioneel is gelet op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.²⁵ De proportionaliteit van de uitsluiting wordt ingevolge dit artikel getoetst aan de tijd die sinds de veroordeling is verstreken en de aard van de opdracht. Dit is evenwel een beperkte toets, waarbij de ernst van de gedraging geen rol speelt ingevolge de wettelijke bepaling.

Hoewel deze toets beperkt is, kan hij soelaas bieden voor de onderneming waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is. Als de aanbestedende dienst op basis van deze toets uitsluiting niet proportioneel acht, wordt de onderneming niet uitgesloten en blijft zij kans houden

23. De terugkijktermijn van de dwingende uitsluitingsgrond is in art. 2.86 Aw 2012 gesteld op vijf jaar. Bij elke opvolgende aanbesteding bestaat wederom de mogelijkheid om deel te nemen en om zelfreinigende maatregelen te laten toetsen, zo volgt uit HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855 (*Vossloh Laeis*), r.o. 40. NB Bij de facultatieve uitsluitingsgronden is de terugkijktermijn gesteld op drie jaar.

24. Gids Proportionaliteit, paragraaf 3.5.1.1.

25. art. 2.88 Aw 2012.

op de overheidsopdracht. De proportionaliteitstoets kan echter ook tégen een onderneming die strafrechtelijk is veroordeeld werken. Zo oordelen diverse rechters dat herhaaldelijke betrokkenheid bij strafrechtelijke veroordelingen, verdenkingen en vervolgingen (die deels liggen vóór de terugkijktermijn van vijf jaar), ernstig genoeg zijn om tot uitsluiting over te gaan. Zo werd in een zaak uit 2016 duidelijk middels een Bibob-onderzoek door het LBB dat een onderneming beboet was voor overtreding van de Wet Milieubeheer wegens op een onjuiste wijze verwerken van asbest, dat uit registratie van de politie-eenheid Midden-Nederland naar voren is gekomen dat de bestuurder vermoedelijk betrokken is geweest bij valsheid in geschrift, een 100 procent dochter in een tweetal gevallen valsheid in geschrift heeft gepleegd en dezelfde dochter herhaaldelijk is veroordeeld voor handelen in strijd met de Arbowet. Daarnaast is de bestuurder wegens het opzettelijk onjuist doen van aangiften vennootschapsbelasting veroordeeld tot twaalf maanden gevangenisstraf. Een groot deel van deze overtredingen werd gepleegd buiten de terugkijktermijn van vijf jaar, maar de rechter achtte het meewegen van deze gronden proportioneel, mede namens het feit dat het een patroon betrof en de feiten ernstig genoeg mogen worden geacht.²⁶

In de aanbestedingsdocumenten kan de proportionaliteitstoets echter uitgesloten worden. Artikel 2.88 Aw 2012 is geformuleerd als een kan-bepaling. Indien in de aanbestedingsstukken expliciet is uitgesloten dat een proportionaliteitstoets wordt uitgevoerd voorafgaand aan uitsluiting, dan mag niet geoordeeld worden over de proportionaliteit. Feitelijk is in een dergelijk geval een situatie van strijdigheid tussen twee aanbestedingsbeginselen, te weten het evenredigheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Het Europees Hof van Justitie heeft geoordeeld dat in een dergelijk geval het beginsel van gelijke behandeling en transparantie, waarbij de letterlijke tekst van de aanbestedingsdocumenten een grote rol speelt, boven de toets naar proportionaliteit gaat.²⁷ Het feit dat de tekst van de aanbestedingsdocumenten leidend is, houdt eveneens in dat een aanbestedende dienst zich aan deze tekst moet conformeren. Hij mag niet alsnog een proportionaliteitstoets uitvoeren indien hij dit zelf expliciet heeft uitgesloten.

7. Zelfreinigende maatregelen

Naast de proportionaliteitstoets die de aanbestedende dienst uit kan voeren, geldt onvoorwaardelijk het zelfreinigingsrecht. De onderneming heeft daarmee de mogelijkheid om aan te tonen maatregelen te hebben genomen die zodanig zijn dat uitsluiting niet meer rechtvaardig is. Het zelfreinigingsrecht heeft te gelden als dwingend recht en kan niet in de aanbestedingsstuk-

26. Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187.

27. HvJ 14 december 2016, C-171/15, ECLI:EU:C:2016:948 (*Connexion/ Staat*).

ken uitgesloten worden. Dit biedt mijns inziens om twee redenen meer kansen om uitsluiting te voorkomen dan de eerdergenoemde proportionaliteitstoets. Ten eerste wegens het dwingende karakter van deze bepaling; zij kan niet in de aanbestedingsstukken uitgesloten worden omdat zij in artikel 2.87a Aw 2012 als dwingend recht heeft te gelden. Daarnaast wegens het feit dat de onderneming zelf meer invloed heeft op de uitsluiting. Op de proportionaliteitstoets als bedoeld in voorgaande heeft de partij geen invloed. Bij de zelfreinigende maatregelen houdt toegang tot de aanbesteding rechtstreeks verband met de maatregelen die de onderneming zelf neemt.

Het stelsel werkt als volgt. Een onderneming waarop een (dwingende) uitsluitingsgrond van toepassing is, bijvoorbeeld een strafrechtelijke veroordeling, wordt in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat zij voldoende maatregelen heeft genomen om haar betrouwbaarheid aan te tonen. Deze maatregelen moeten op het UEA ingevuld zijn. Welke maatregelen getroffen worden, hangt af van de uitsluitingsgrond die van toepassing is. De onderneming dient zelf de maatregelen te bepalen, rekening houdend met de ernst van de inbreuk. Het kan daarbij gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslagleggings- en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving, en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding.²⁸

De genoemde maatregelen kunnen aanleiding zijn voor de aanbestedende dienst om aanvullend onderzoek naar deze maatregelen te doen. Er mag verlangd worden dat de maatregelen die zijn getroffen geschikt en voldoende zijn om inbreuk in de toekomst te voorkomen. Er moet zekerheid gegeven worden dat het risico op herhaling gemitigeerd is en dat de onderneming zich bewust is van de ernst van de inbreuk. Er zullen derhalve feiten moeten worden aangeleverd die aannemelijk maken dat herhaling voorkomen kan worden. Dit aanvullend onderzoek mag echter niet verder reiken dan strikt noodzakelijk om te bepalen of de maatregelen voldoende zijn.²⁹ De onderneming mag eveneens zelf verzoeken dat haar maatregelen nader worden onderzocht, indien zij informatie heeft dat de aanbestedende dienst niet zorgvuldig genoeg toetst.

Als voldoende garantie geboden is, kan de onderneming niet langer wegens deze uitsluitingsgrond ter zijde worden gelegd. De beoordeling of de genomen maatregelen voldoende zijn om het risico op herhaling te voorkomen is voorbehouden aan de aanbestedende dienst. Als hij alsnog overgaat tot uitsluiting van de onderneming, dan dient dit besluit deugdelijk gemoti-

veerd te zijn. De keuze is een discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst die, mocht zij getoetst worden door een rechter als een onderneming de uitsluiting voor de rechter brengt, marginaal wordt getoetst. Zo bleek ook recent uit een uitspraak van de rechtbank Amsterdam.

Een aandeelhouder en bestuurder van een onderneming bleek zich veelvuldig schuldig te hebben gemaakt aan omkoping van een ambtenaar. Zij valt onder artikel 177 Wetboek van Strafrecht, een dwingende uitsluitingsgrond ingevolge artikel 2.86 lid 6, maar de aandeelhouder en bestuurder was op het moment van aanbesteding nog niet onherroepelijk veroordeeld. De onderneming had op het moment van inschrijving zelfreinigende maatregelen genomen door de aandeelhouder uit zijn functie als bestuurder te ontheffen en de onderneming was voornemens een gedragscode te implementeren. Ook zou de aandeelhouder zijn aandelen verkopen. Op het moment van inschrijving bezat de aandeelhouder echter nog de aandelen en was de gedragscode nog niet geïmplementeerd. Dit is naar het oordeel van de aanbestedende dienst te beperkt om het integriteitsrisico weg te nemen. De rechtbank volgt de aanbestedende dienst hierin door te oordelen dat de onderneming onvoldoende heeft aangetoond dat de maatregelen afdoende zijn om het integriteitsrisico weg te nemen. De rechtbank voegt daaraan toe dat het van groot belang is dat de gemeente in haar hoedanigheid als overheidslichaam enkel samenwerkt met betrouwbare ondernemingen aangezien een overheidsopdracht met publieke middelen tot stand komt, en in redelijkheid tot uitsluiting op grond van de facultatieve uitsluitingsgronden mocht overgaan.³⁰

8. Geen onherroepelijke veroordeling, geen uitsluiting?

In het voorgaande is uiteengezet op welke wijze een onherroepelijke veroordeling die valt onder een dwingende uitsluitingsgrond kan leiden tot uitsluiting van (verdere) deelname aan aanbestedingen. Maar een onderneming is niet geheel vrijaf als geen sprake is van een dergelijke onherroepelijke veroordeling. Een strafrechtelijke inbreuk die (nog) niet heeft geleid tot een onherroepelijke veroordeling door een rechterlijke uitspraak of die niet ziet op een van de situaties als genoemd in de dwingende uitsluitingsgronden, kan op een andere wijze alsnog tot uitsluiting leiden. Dat geldt eveneens voor strafrechtelijke inbreuken die hebben geleid tot een strafbeschikking of een transactie als bedoeld in artikel 74 Wetboek van Strafrecht. Zij vallen niet onder een onherroepelijke veroordeling door een rechterlijke instantie, waar de dwingende uitsluitings-

28. Overweging 102 van Richtlijn 2014/24/EU

29. HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855 (Vossloh Laeis) r.o. 28 en r.o. 32.

30. Rb. Amsterdam 5 februari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2018:9689

grond op ziet. Zij vallen, zoals uiteengezet onder 5, echter wel onder de reikwijdte van het onderzoek van het LBB en kunnen daarmee ook inzichtelijk worden voor de aanbestedende dienst.³¹ Deze situaties kunnen in bepaalde situaties aangemerkt worden als een ernstige beroepsfout als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c. Als deze facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is verklaard, dan kan deze grond alsnog tot uitsluiting leiden, mits aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan die nader uiteengezet zullen worden.

Wat verstaan wordt onder een ernstige beroepsfout is niet verder uitgewerkt in de Richtlijn en in de Aw 2012. Jurisprudentie geeft verdere invulling aan dit begrip. Het Hof van Justitie heeft hier nader handen en voeten aan gegeven. Een fout heeft als ernstige fout in het licht van deze uitsluitingsgrond te gelden als zij kwalificeert als onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de onderneming. Doorgaans gaat het hierbij om gedrag dat kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst in zich heeft.³²

Meer dan eens komt het in het geval van een strafrechtelijke inbreuk tot een strafbeschikking of een transactie als bedoeld in artikel 74 Wetboek van Strafrecht in plaats van tot een veroordeling. De inbreuk leidt dan niet tot een onherroepelijke veroordeling door een rechter waar de dwingende uitsluitingsgrond op ziet, zoals in voorgaande uiteengezet. Een strafbeschikking of een transactie kan echter wel aangemerkt worden als een ernstige beroepsfout in de zin van de Aw 2012.³³ Dat de inbreuk is afgedaan voordat zij voor de rechter is gebracht, neemt immers niet weg dat de professionele geloofwaardigheid van deze onderneming zodanig gekreukt is dat de aanbestedende dienst deze uit wenst te sluiten.

Daarnaast geldt dat de onherroepelijke veroordeling als dwingende uitsluitingsgrond ziet op een limitatief aantal categorieën. Een onherroepelijke veroordeling kan echter ook zien op een ander strafbaar feit dan genoemd in de dwingende uitsluitingsgronden. Er kunnen zich omstandigheden voordoen waarin wegens een dergelijke veroordeling de integriteit van de onderneming dusdanig in twijfel wordt getrokken dat zij wordt aangemerkt als een ernstige beroepsfout. Dat kan een veroordeling betreffen wegens overtreding van beroepsgedragsregels, of een tuchtrechtelijke veroordeling.³⁴ Een veroordeling die wel onder de dwingende uitsluitingsgronden valt, maar niet onherroepelijk geworden is, kan eveneens onder een facultatieve uitsluitingsgrond vallen. De toets of dergelijke situaties de professionele geloofwaardig-

heid van de onderneming in het gedrang brengen, wordt bepaald door de aanbestedende dienst. Hij valt daarmee binnen zijn discretionaire bevoegdheid.

Informatie verkrijgen over deze kwesties, is voor de aanbestedende dienst geen sinecure. Getroffen strafbeschikkingen of transacties kunnen wegens de beperkte openbaarmaking moeilijk inzichtelijk zijn voor de aanbestedende dienst. Veelal wordt enkel een (verplicht) persbericht vanuit het Openbaar Ministerie uitgebracht, dat weinig concreet is. Dat geldt ook voor een veroordeling op een andere categorie dan genoemd in de dwingende uitsluitingsgronden. Het UEA voorziet hier immers niet direct in en bij het verstrekken van de GVA worden veroordelingen op andere gronden maar beperkt getoetst.

De onderneming dient zelf te bepalen of de kwestie die op de onderneming van toepassing is, haar professionele geloofwaardigheid in twijfel trekt. Nadere gegevens dienen vervolgens op het UEA gemeld te worden. Ook bij de ernstige beroepsfout geldt, evenals voor de dwingende uitsluitingsgrond van de onherroepelijke veroordeling, een recht om middels zelfreinigende maatregelen aan te tonen dat de onderneming verschoond is van het niet-integer handelen. Indien deze maatregelen onderbouwd en voldoende overtuigend zijn, mogen zij niet tot uitsluiting leiden.

De aanbestedende dienst moet hierbij grotendeels varen op de informatie die de onderneming zelf verstrekt. Doet de onderneming dit niet juist, dan kan dit grote consequenties hebben. Dit geldt eveneens als de aanbestedende dienst op andere wijze, via eigen onderzoek of eerdere ervaringen met de onderneming, weet dat er een uitsluitingsgrond van toepassing is op de onderneming. Het op het UEA niet vermelden van een van de situaties als genoemd in voorgaande kan immers aangemerkt worden als een valse verklaring. Dit kan eveneens uitsluiting tot gevolg hebben aangezien een valse verklaring eveneens een facultatieve uitsluitingsgrond is die van toepassing kan zijn verklaard. Opzettelijk handelen is niet vereist om op grond van een valse verklaring uit te worden gesloten.³⁵ Voldoende is dat de onderneming verantwoordelijk is voor de nalatigheid van haar verklaring en dat deze nalatigheid een beslissende invloed kan hebben op de uitsluiting van de onderneming. Bij het niet opnemen van informatie die door de aanbestedende dienst aangemerkt zou kunnen worden als een ernstige beroepsfout, is sprake van een nalatigheid die invloed heeft op de keuze tot uitsluiting. Dergelijke valse verklaringen zijn in jurisprudentie grond genoeg geacht om tot uitsluiting over te gaan.³⁶

31. Artikel 3a Wet Bibob.

32. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*) en HvJ EU 18 december 2014, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469 (*Generali*).

33. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2019/20, 26485, nr. 305 (Kamerbrief).

34. Zie bijvoorbeeld HvJ EU 20 december 2017, C-178/16, ECLI:EU:C:2017:1000, waarin de beroepsgedragsregels overtreden zijn.

35. HvJ EU 4 mei 2017, C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338 (*Esaprojekt*).

36. HvJ EU 20 december 2017, C-178/16, ECLI:EU:C:2017:1000 (*Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA*).

9. Afronding

In het voorgaande is de wijze waarop het strafrecht zijn doorwerking heeft op het aanbestedingsrecht uiteengezet. Een onherroepelijke veroordeling die valt in de categorie dwingende uitsluitingsgrond, zoals omkoping van een ambtenaar of valsheid in geschrift, leidt in beginsel tot uitsluiting. De aanbestedende dienst dient, indien hij dit niet expliciet heeft uitgesloten, allereerst te toetsen of uitsluiting proportioneel is. Vervolgens toetst hij of genomen zelfreinigende maatregelen voldoende zijn.

Ook als een strafrechtelijke inbreuk niet heeft geleid tot een onherroepelijke veroordeling door een rechtelijke instantie, maar bijvoorbeeld ziet op een boete van een Inspectie of tot een strafbeschikking of een transactie als bedoeld in artikel 74 van het Wetboek van Strafrecht, kan een inbreuk via ernstige beroepsfout tot uitsluiting leiden. Zij kan dusdanig de integriteit hebben geschaad dat een aanbestedende dienst in redelijkheid tot uitsluiting over mag gaan. Het niet opnemen van een dergelijke situatie door de onderneming in het UEA kan eveneens tot uitsluiting leiden, doordat dit aan te merken is als een valse verklaring.

Ter afsluiting worden vanuit dit kader enkele aanbevelingen gegeven aan zowel de ondernemingen die deelnemen aan aanbestedingen als aan de overheden die ze vormgeven.

Ondernemingen waarop een uitsluitingsgrond wegens een strafrechtelijke veroordeling van toepassing is, doen er goed aan dit aan te geven op het UEA. Ga als onderneming na welke zelfreinigende maatregelen naar aanleiding van het incident genomen zijn en licht zo duidelijk mogelijk toe hoe de genomen maatregelen herhaling in de toekomst zullen voorkomen. De maatregelen moeten passen bij en in verhouding staan tot de inbreuk. Indien dit niet beschreven wordt in het UEA bestaat het risico dat de aanbestedende dienst via de tot zijn beschikking staande onderzoeksmethoden alsnog tot de conclusie komt dat een uitsluitingsgrond van toepassing is. In een dergelijk geval is een valse verklaring ingediend, wat uitsluiting tot gevolg zal hebben.

Voor aanbestedende diensten geldt dat zij gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel na moeten gaan of een uitsluitingsgrond op een onderneming van toepassing is. Wordt getwijfeld over de integriteit van de onderneming, dan dienen de ingediende bewijsmiddelen en eventuele meldingen van derden getoetst te worden. Maak waar nodig gebruik van de onderzoeksmaatregelen die ter beschikking staan op basis van de Wet Bibob. Toets per geval deugdelijk of door de onderneming genomen maatregelen afdoende zijn. Zij zijn afdoende als het integriteitsrisico weggenomen is. Aanbestedende diensten kennen hierin een discretionaire bevoegdheid. Neem de belangen van integer handelen en het grote belang van samenwerken met betrouwbare ondernemingen in de overweging mee, maar zet dit af tegen de

belangen die deze specifieke onderneming heeft. Haar lot kan immers afhangen van overheidsopdrachten. Toets derhalve per geval of de genomen maatregelen voldoende zijn en toets of uitsluiting proportioneel is. Verklaar derhalve niet categorisch dat geen proportionaliteitstoets zal worden uitgevoerd indien een uitsluitingsgrond van toepassing is.