

LEGAL UPDATE

Strafrechtelijke inbreuk of beroepsfout kan je blijven achtervolgen

Datum: 13 november 2018

Het Hof van Justitie van de EU heeft in een recente [uitspraak](#) geoordeeld over de uitleg van artikel 57 lid 6 van [richtlijn 2014/24](#). Nederland heeft dit lid uit de richtlijn omgezet in [artikel 2.87a](#) van de Aanbestedingswet 2012. Hoewel de zaak speelde in Duitsland, zal het oordeel vermoedelijk ook relevant zijn voor de Nederlandse situatie.

Het ging in deze zaak om de vraag wanneer een ondernemer, als een uitsluitingsgrond op hem van toepassing is, toereikende 'zelfreinigingsmaatregelen' heeft genomen waardoor hij toch kan deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. De Aanbestedingswet bevat voor Europese aanbestedingen dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden. Een aanbestedende dienst móét een onderneming uitsluiten als deze in de afgelopen vijf jaar onherroepelijk is veroordeeld voor een strafrechtelijk delict, zoals opgesomd in artikel 2.86 lid 2 Aanbestedingswet (o.a. deelneming aan een criminele organisatie, omkoping, fraude, kinderarbeid, niet betalen van belastingen). De aanbestedende dienst mág kiezen voor het gebruik van facultatieve uitsluitingsgronden als opgesomd in artikel 2.87 lid 1 Aanbestedingswet (o.a. schendingen op het gebied van milieu, sociaal en arbeidsrecht, overtreding van de mededinging, valse verklaringen en ernstige fout in de beroepsuitoefening) om op grond hiervan een onderneming uit te sluiten.

Als er sprake is van een uitsluitingsgrond, moet de ondernemer de gelegenheid krijgen om te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Dit kan inhouden dat de ondernemer schade die voortvloeit uit veroordelingen voor strafbare feiten vergoedt, dat hij heeft bijgedragen aan opheldering van feiten en omstandigheden door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafbare feiten of fouten te voorkomen. De aanbestedende dienst mag oordelen of dit bewijs toereikend is om de ondernemer toch niet uit te sluiten (artikel 2.87a Aanbestedingswet). In principe moet de aanbestedende dienst zich, indien autoriteiten (zoals bijvoorbeeld de ACM) met het vervolgen van bepaalde inbreuken zijn belast, op de uitkomst van die procedure baseren voor de beoordeling van de bewijzen van de ondernemer. In het Duitse recht is echter bepaald dat de ondernemer naast actief meewerken met de onderzoekende autoriteiten, óók moet meewerken met de aanbestedende dienst.

Het Hof oordeelde in dit arrest dat de nationale wet mag bepalen dat de aanbestedende dienst ook deze medewerking mag vereisen van de ondernemer, maar dat dit in de praktijk beperkt dient te blijven tot de maatregelen die strikt noodzakelijk zijn voor het doel van artikel 57 lid 6 van richtlijn 2014/24 (artikel 2.87a Aanbestedingswet). Zo kan het dus zo zijn dat de kous voor een ondernemer, die eerder de mededinging heeft overtreden, nog niet af is als die actief heeft meegewerkt met het onderzoek van de mededingingsautoriteit en een boete heeft betaald. De aanbestedende dienst mag ook van de ondernemer vragen het betreffende besluit van de mededingingsautoriteit over te leggen. Ook kunnen bewijzen die de ondernemer aan de mededingingsautoriteit heeft moeten verstrekken opgevraagd worden door de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst moet ervan overtuigd worden dat de maatregelen die tegen de ondernemer zijn getroffen, geschikt zijn om herhaling van het verweten gedrag te voorkomen, gelet op de bijzondere omstandigheden waarin die inbreuken zijn gemaakt.

Hoewel de Nederlandse wet geen bepaling bevat waarin staat dat de ondernemer óók moet meewerken met de aanbestedende dienst, is het oordeel van het Hof wellicht toch relevant voor de Nederlandse situatie. Bij de toepassing van artikel 2.87a Aanbestedingswet gaat het er namelijk per saldo om of de aanbestedende dienst ervan overtuigd is dat de feiten en omstandigheden in verband met de strafrechtelijke inbreuk of met de fout volledig zijn opgehelderd. Ook in Nederland kan een strafrechtelijke inbreuk of beroepsfout je dus blijven achtervolgen.

Dit is een Legal Update van Walter Engelhart.

Voor meer informatie:

Walter Engelhart
+31 30 25 95 572
walterengelhart@vbk.nl