

**Publicatie**

Auteurs: M.S. Houweling en B.T. Tonino  
Verschenen in: Vastgoedrecht (VGR), 2021-1  
Datum: 6 januari 2021  
Titel: Inschrijven op een aanbesteding met twee groepsentiteiten; voorkom een ernstige beroepsfout!

## **Inschrijven op een aanbesteding met twee groepsentiteiten; voorkom een ernstige beroepsfout!**

### **1. Inleiding**

In veel aanbestedingsprocedures - met name in de GWW-sector - is het mogelijk om met meerdere groepsentiteiten van een concern in te schrijven. Logischerwijs verhoogt dit de kans om als concern in de prijzen te vallen en de opdracht gegund te krijgen. Echter, er zijn ook risico's. Indien uit de inschrijvingen van de groepsentiteiten zou kunnen blijken dat er sprake is van afstemming, dan ligt het risico van uitsluiting op de loer op grond van het begaan van een ernstige beroepsfout, dit op de voet van art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012). Afstemming tussen groepsentiteiten over de inschrijvingen bij een aanbestedingsprocedure kan kwalificeren als concurrentievervalsing. Dat een aanbestedende dienst een beroep kan doen op de uitsluitingsgrond van een ernstige beroepsfout, kan worden voorkomen door als concern de *compliance* op een juiste wijze in te richten. Wat de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout behelst, op welke wijze een inschrijver zijn betrouwbaarheid kan aantonen en hoe aan de hiervoor bedoelde *compliance* vorm kan worden gegeven, staat in dit artikel centraal.

### **2. Algemeen kader uitsluitingsgronden**

De ernstige beroepsfout betreft een facultatieve uitsluitingsgrond. In algemene zin geldt dat een aanbestedende dienst na het verlopen van de inschrijvingstermijn de ontvangen inschrijvingen toetst aan de verplichte én facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.86-2.87 Aw 2012). Ook toetst zij aan de geschiktheidseisen (art. 2.90 e.v. Aw 2012) en eventuele selectiecriteria (art. 2.99-2.100 Aw 2012). Een verplichte uitsluitingsgrond (zie art. 2.86 Aw 2012<sup>1</sup>) brengt met zich dat een inschrijver van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure wordt uitgesloten, indien aan een van de verplichte uitsluitingsgronden wordt voldaan, bijv. een onherroepelijk geworden rechterlijke veroordeling vanwege fraude of witwassen (art. 2.86 lid 1 Aw 2012 jo. art. 2.86 lid 2 sub c en d Aw 2012). Een facultatieve uitsluitingsgrond (art. 2.87 Aw 2012) betekent dat een aanbestedende dienst *kan* besluiten tot uitsluiting van verdere deelname aan een aanbestedingsprocedure. Zowel de verplichte als de facultatieve uitsluitingsgronden dienen te worden toegepast bij overheidsopdrachten boven de aanbestedingsdrempel voor een Europees openbare aanbestedingsprocedure.<sup>2</sup> Voor opdrachten onder

<sup>1</sup> Zie art. 2.86 lid 4 jo. art. 2.86a Aw 2012 voor een uitzondering hierop.

<sup>2</sup> Op het moment van het gereedkomen van dit artikel

geldt een drempel van € 5 350 000 voor werken, € 139 000 voor leveringen en diensten voor centrale overheid en € 214 000 voor leveringen en diensten voor

de aanbestedingsdrempels bestaan geen formele beperkingen voor wat betreft de uitsluitingsgronden, zolang deze in overeenstemming zijn met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van proportionaliteit, gelijke behandeling, transparantie en subsidiariteit.<sup>3</sup> Overigens is in het kader van het transparantiebeginsel van belang dat alle uitsluitingsgronden - en daarmee ook de facultatieve uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout - ondubbelzinnig en op niet mis te verstane wijze in de aanbestedingsdocumenten van de aanbestedende dienst moeten zijn vermeld.<sup>4</sup>

### 3. Ernstige beroepsfout

Bij inschrijving op een aanbestedingsprocedure met twee of meer entiteiten uit hetzelfde concern ligt één facultatieve uitsluitingsgrond op de loer, te weten de 'ernstige beroepsfout' (art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012). Een inschrijver *kan* immers worden uitgesloten, indien de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken dat de inschrijver of gegadigde in de uitoefening van zijn beroep een ernstige beroepsfout heeft begaan waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken.

Het begrip 'ernstige beroepsfout in de uitoefening van het beroep' wordt in de Aw 2012 niet omschreven, maar uit de wetsgeschiedenis volgt het volgende:

'Het begrip beroepsfout is ruimer dan bij voorbeeld bouwfouten of andere technische fouten. 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 [worden] aangemerkt.'<sup>5</sup>

Een belangrijk en richtinggevend arrest over op welke wijze moet worden vastgesteld of er sprake is van een ernstige beroepsfout als bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 (implementatiewetgeving van art. 45 lid 2 sub d Richtlijn 2004/18/EG)<sup>6</sup> betreft het arrest *Forposta* van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU).<sup>7</sup> In dit arrest is door het HvJ EU overwogen dat het begrip 'ernstige beroepsfout' ziet op het gedrag van een inschrijver, welk gedrag wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Volgens het HvJ EU bevat het begrip elk onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer.

Tegen deze achtergrond kan een ernstige beroepsfout bij inschrijvingen van meerdere groepsentiteiten bij een aanbestedingsprocedure worden begaan, indien de groepsentiteiten van de inhoud van de inschrijving (bijv. prijsbepaling of de invulling van kwaliteit) van de ander op de hoogte (zouden kunnen) zijn en de inschrijvingen daarmee op elkaar (zouden kunnen) zijn afgestemd. Afstemming tussen twee inschrijvers kan bij een aanbestedingsprocedure een ongelijk speelveld - ook wel: concurrentievervalsing - met zich brengen. Om die reden is onderlinge afstemming te kwalificeren als een inbreuk op het mededingingsrecht (een verboden (prijs)afspraken), met name wanneer de inbreuk met een geldboete is bestraft. Op grond van het arrest *Generali* kan een inbreuk op het mededingingsrecht

---

decentrale overheid, zie Gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828 van de Commissie van 30 oktober 2019 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen (*PbEU* 2019, L 279/25).

<sup>3</sup> Ook het HvJ EU acht dit toelaatbaar, zo volgt uit HvJ EU 16 december 2008, ECLI:EU:C:2008:731, C-213/07

(*Michaniki*).

<sup>4</sup> HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*Staat/KPN*).

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 80.

<sup>6</sup> Zie ook: art. 57 lid 4 sub c Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>7</sup> HvJ EU 13 december 2020, ECLI:EU:C:2012:801, C-465/11 (*Forposta*).

aanbestedingsrechtelijk als een ‘ernstige beroepsfout’ kwalificeren.<sup>8</sup>

Het risico van concurrentievervalsing is aanbestedingsrechtelijk niet te ondervangen door groepsentiteiten nimmer toe te staan op dezelfde aanbestedingsprocedure in te schrijven. De aanbestedingsrechtelijke wet- en regelgeving kent géén verbod op inschrijvingen van verschillende groepsentiteiten bij één aanbestedingsprocedure. Sterker, uit vaste jurisprudentie volgt juist dat het in het belang van het Unierecht is om de grootst mogelijke deelneming van inschrijvers aan een aanbesteding te waarborgen.<sup>9</sup> Het is derhalve afhankelijk van de aanbestedingsdocumenten of het is toegestaan dat verbonden ondernemingen inschrijven op dezelfde aanbestede opdracht. Echter, als een dergelijke inschrijving is toegestaan en als de ‘ernstige-beroepsfout-uitsluitingsgrond’ in de aanbestedingsdocumenten is opgenomen, dan bestaat dus het risico op uitsluiting, mochten de groepsentiteiten zich schuldig maken aan de ernstige beroepsfout van concurrentievervalsing.<sup>10</sup>

Het HvJ EU heeft in het hierboven aangehaalde arrest *Forposta* bepaald dat indien een ernstige beroepsfout wordt begaan, het niet is toegestaan dat inschrijvers onder dwingende voorwaarden automatisch worden uitgesloten. De aanbestedende dienst moet, aldus het HvJ EU, de ernst van het beweerde onrechtmatige gedrag van de marktdeelnemer per geval beoordelen. Het is een aanbestedende dienst dus niet toegestaan bij een enkel vermoeden van concurrentievervalsing een

inschrijver direct uit te sluiten. In het arrest *Lloyd’s of London* overwoog het HvJ EU:

‘Een dergelijke automatische uitsluiting berust immers op een onweerlegbaar vermoeden van onderlinge beïnvloeding bij de respectieve aanbiedingen voor dezelfde opdracht van ondernemingen waartussen een afhankelijkheidsverhouding bestaat of die in een vereniging zijn verbonden. Een dergelijke regel van automatische uitsluiting belet deze gegadigden of inschrijvers aldus aan te tonen dat hun aanbiedingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen en is dus in strijd met het belang dat de Unie erbij heeft, ervoor te zorgen dat zoveel mogelijk ondernemingen inschrijven op een aanbesteding.’<sup>11</sup>

Kortom: een beweerdelijke ernstige beroepsfout in de vorm van concurrentievervalsing zal op individuele basis moeten worden onderzocht en uitsluiting mag niet automatisch plaatsvinden, althans inschrijvers moeten in de gelegenheid worden gesteld om aan te tonen dat hun aanbiedingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen. Uit nationale jurisprudentie vallen enkele factoren te distilleren, op basis waarvan een aanbestedende dienst oordeelt, althans kan oordelen, of er ten aanzien van inschrijvingen door twee of meer inschrijvers afkomstig uit één concern, sprake is van een ernstige beroepsfout.

Uit het arrest van het gerechtshof Den Haag van 31 maart 2020<sup>12</sup> kan worden afgeleid dat een

<sup>8</sup> HvJ EU 18 december 2014, ECLI:EU:C:2014:2469, C-470/13 (*Generalì*).

<sup>9</sup> HvJ EU 19 mei 2009, ECLI:EU:C:2009:317, punt 28, C-538/07 (*Assitur*); HvJ EU 23 december 2009, ECLI:EU:C:2009:808, C-376/08, punt 38-40 (*Serrantoni en Consorzio stabile edili*) en HvJ EU 22 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:721, C-425/14, punt 36-38 (*Impresa Edilux en SICEF*).

<sup>10</sup> In de praktijk zal een aanbestedende dienst eerst controleren of dergelijke inschrijvingen geen concurrentievervalsing of ernstige beroepsfout opleveren. Zie hierover nader paragraaf 4.

<sup>11</sup> HvJ EU 8 februari 2018, ECLI:EU:C:2018:78, C-144/17,

punt 36 (*Lloyd’s of London*); HvJ EU 19 mei 2009, ECLI:EU:C:2009:317, C-538/07, punt 26 (*Assitur*); HvJ EU 23 december 2009, ECLI:EU:C:2009:808, C-376/08, punt 40 (*Serrantoni en Consorzio stabile edili*) en HvJ EU 22 oktober 2015, ECLI:EU:C:2015:721, C-425/14, punt 36 (*Impresa Edilux en SICEF*).

<sup>12</sup> Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851, r.o. 8.1-8.4, JAAN 2020/93, m.nt. L.J. Vermeulen en A.B.B. Gelderman. Zie ook: Rb. Den Haag 5 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14608, r.o. 4.2-4.3, JAAN 2020/48, m.nt. L.J. Vermeulen en A.B.B. Gelderman.

belangrijke indicator is of de ondernemingen (uit dezelfde groep) van elkaar wisten, althans hadden kunnen weten, welke prijs er bij de inschrijving door de ondernemingen zou worden gehanteerd. Meer concreet oordeelde het gerechtshof dat de handelingen van de ondernemingen in die zaak, bestaande uit het gezamenlijk gebruik van één centrale bidbibliotheek en één centrale bidmanager, een nalatigheid van een zekere ernst oplevert die kwalificeert als ernstige beroepsfout. Dat er geen (kwaad) opzet bij de ondernemingen in het spel was, maakt dit niet anders.

#### 4. Aantonen betrouwbaarheid

Indien bij een aanbestedende dienst het vermoeden bestaat dat een inschrijver zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige beroepsfout, dient de aanbestedende dienst de inschrijver in de gelegenheid te stellen te bewijzen dat voldoende maatregelen zijn genomen om de betrouwbaarheid aan te tonen (art. 2.87a lid 1 Aw 2012).<sup>13</sup> Zoals in paragraaf 3 aangehaald, mogen met elkaar verbonden ondernemingen c.q. groepsentiteiten op basis van het *Forposta*-arrest van het HvJ EU niet automatisch worden uitgesloten. De aanbestedende dienst komt een discretionaire bevoegdheid toe bij haar beslissing of zij dit bewijs wel/niet toereikend acht en dus of al dan niet tot uitsluiting wordt overgegaan.

Het voorgaande betekent voor groepsentiteiten dat zij desgevraagd door middel van overlegging van stukken zouden kunnen bewijzen dat de inschrijvingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen,<sup>14</sup> zij geen (*online*) toegang hebben gehad tot elkaars (concept)inschrijvingen en/of er (op concernniveau) maatregelen ter voorkoming van concurrentievervalsing zijn genomen. Voorbeelden van deze documenten zouden kunnen zijn: een accountantsverklaring, een geheimhoudingsverklaring of bewijs van intern

(prijs)beleid ter waarborging van het voorkomen van concurrentievervalsing.

Daarnaast geldt dat indien een aanbestedende dienst in haar aanbestedingsdocumenten opneemt dat dochterondernemingen/werkmaatschappijen van één concern afzonderlijk kunnen inschrijven, vaak uit de bewijsstukken zal moeten volgen dat de afhankelijkheidsrelatie het gedrag van deze ondernemingen niet heeft beïnvloed. Hiermee wordt gewaarborgd (ook jegens de overige inschrijvers) dat er geen sprake is van concurrentievervalsing.

#### 5. Gevolg van het begaan van een ernstige beroepsfout

Onvoldoende (degelijk) bewijs van de waarborging van onafhankelijkheid tussen twee groepsentiteiten bij de inschrijving op een aanbesteding kan met zich brengen dat beide groepsentiteiten worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Het gevolg hiervan is in beginsel bovendien dat bij een volgende aanbesteding de groepsentiteiten bij de inschrijving moeten erkennen dat de onafhankelijkheid tussen twee groepsentiteiten niet is gewaarborgd en er sprake is geweest, al dan niet gezamenlijk met een onderneming uit dezelfde groepsentiteit, van een uitsluiting omdat een ernstige beroepsfout is geconstateerd. Met andere woorden: een inschrijver zal - gelet op de huidige stand van de jurisprudentie<sup>15</sup> - bij een volgende inschrijving het boetekleed moeten aantrekken en de ernstige beroepsfout moeten melden. Het is hiervoor niet nodig dat er (bijvoorbeeld) een boete van de Autoriteit Consument en Markt vanwege schending van art. 6 Mededingingswet is opgelegd of dat de inschrijver strafrechtelijk is veroordeeld (zijnde de verplichte uitsluitingsgrond van art. 2.86 lid 2 sub c Aw 2012 en de facultatieve uitsluitingsgrond van art. 2.86 lid 1 sub d Aw 2012).

<sup>13</sup> Zie ook: *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, nr. 3, p. 71.

<sup>14</sup> Zie ook: *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, nr. 3, p. 71.

<sup>15</sup> Hof Den Haag 31 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:851, r.o. 8.1-8.4, *JAAN 2020/93*,

m.nt. L.J. Vermeulen en A.B.B. Gelderman . Zie ook: Rb. Den Haag 5 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14608, r.o. 4.2-4.3, *JAAN 2020/48*, m.nt. L.J. Vermeulen en A.B.B. Gelderman.

Een en ander betekent niet dat een inschrijver niet meer geldig zou kunnen inschrijven. Uit de considerans bij Richtlijn 2014/24/EU (par. 102) volgt:

‘Wel moeten ondernemers de mogelijkheid krijgen om maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend voorkomen. Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals (...), 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. Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten.’

Bij een nieuwe inschrijving bestaat de mogelijkheid om te kunnen aantonen dat er sinds het begaan van de ernstige beroepsfout maatregelen zijn genomen die de onafhankelijkheid waarborgen (art. 2.87a Aw 2012). In dat geval zal van de inschrijver worden verlangd dat hij de maatregelen beschrijft en hij aangeeft op welke wijze die maatregelen een extra waarborg voor onafhankelijkheid bieden.

Daarbij geldt dat wanneer wordt verzuimd bij een nieuwe inschrijving de aanbestedende dienst in kennis te stellen van de uitsluiting in een vorige aanbesteding op grond van een ernstige beroepsfout, dit andermaal een grond is om een inschrijver uit te sluiten. Wanneer tegen laatstbedoelde uitsluiting een kortgedingprocedure wordt gestart, lijkt niet alsnog de mogelijkheid te bestaan om de ernstige beroepsfout te betwisten. De ernstige beroepsfout staat in die situatie in beginsel vast.<sup>16</sup> Hier valt naar ons oordeel het een en ander op af te dingen, omdat van het starten van

een kortgedingprocedure ook om commerciële of financiële redenen kan worden afgezien; een inschrijver wil wellicht niet bij een aanbestedende dienst op een ‘verkeerde knop’ drukken of heeft simpelweg onvoldoende financiële middelen beschikbaar om de procedure door te zetten. Desondanks is het verwijt van een ernstige beroepsfout naar ons oordeel wel noodzakelijk direct te betwisten (uiteraard als daartoe voldoende grond is), mede vanwege het gevolg dat bij iedere volgende aanbestedingsprocedure de ernstige beroepsfout moet worden erkend en de zelfreinigende maatregelen daarbij naar voren moeten worden gebracht. Het heeft kortom nogal verstrekkende consequenties.

## **6. Voorkomen van een ernstige beroepsfout; *compliance***

Hoe kan een ernstige beroepsfout door verbonden ondernemingen worden voorkomen? Handvatten bij het voorkomen van een ernstige beroepsfout bij inschrijvingen door twee verbonden ondernemingen zijn in ieder geval dat op individueel en concernniveau maatregelen - kortweg: *compliance* - zullen moeten worden getroffen om de onafhankelijkheid te waarborgen (de hiervoor besproken zelfreinigende maatregelen).

Hierbij dient in elk geval te worden gedacht aan zgn. *chinese walls* tussen inkopers van hetzelfde concern; een fysieke en digitale scheiding. Eén inkoopafdeling voor alle groepsentiteiten - die bovendien (digitaal) toegang tot elkaars documenten (kunnen) hebben - zal in ieder geval de toets der kritiek niet kunnen doorstaan. Daarnaast zal het concern beleidsmatige maatregelen moeten nemen, zoals het mandaat verlenen om als groepsentiteit vrijelijk de inhoud van een inschrijving te bepalen, zonder enige toepassing van verplicht te volgen beleid bij prijs- en kwaliteitsaspecten van een inschrijving. Als bewijs hiervan zijn een accountantsverklaring en/of een

---

<sup>16</sup> Zie: Rb. Den Haag 5 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:14608, r.o. 4.2, JAAN 2020/48,

geheimhoudingsverklaring geschikt (eventueel toegespitst op een specifieke aanbestedingsprocedure). Uit de maatregelen en bewijsstukken zal moeten blijken dat er géén sprake is van een (financiële) afhankelijkheidsrelatie tussen de ondernemingen uit hetzelfde concern. Met deze maatregelen zouden groepsentiteiten voldoende voorbereid moeten (kunnen) zijn, wanneer een aanbestedingsprocedure de mogelijkheid biedt - of zelfs stimuleert - dat meerdere groepsentiteiten uit hetzelfde concern inschrijven en de groepsentiteiten dat ook doen.

Nogmaals - en dat is ook benadrukt in het *Specializuotas transportas*-arrest van het HvJ EU -, 'verbonden ondernemingen' die in dezelfde aanbestedingsprocedure zelfstandige inschrijvingen indienen, zijn niet verplicht uit eigen beweging aan de aanbestedende dienst mede te delen welke banden er tussen ze bestaan. Op de aanbestedende dienst rust de verplichting na te gaan of de inschrijvingen daadwerkelijk zelfstandig en onafhankelijk zijn opgesteld, indien de haar ter beschikking staande gegevens twijfel doen rijzen over het zelfstandige en onafhankelijke karakter van de inschrijvingen van bepaalde inschrijvers.<sup>17</sup> Slechts indien blijkt dat de inschrijvingen niet zelfstandig en niet onafhankelijk zijn opgesteld, kan de opdracht niet worden gegund aan die respectieve inschrijvers en zullen inschrijvers moeten worden uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.

## 7. Slot

Alertheid is geboden indien intra-concern met meerdere groepsentiteiten wordt ingeschreven op een aanbesteding. Het risico van uitsluiting wegens concurrentievervalsing ligt op de loer, hetgeen aanbestedingsrechtelijk kwalificeert als een beroepsfout op basis waarvan de inschrijver moet worden uitgesloten. Bovendien brengt een beroepsfout de plicht met zich om bij een latere aanbestedingsprocedure het boetekleed aan te

trekken én de aanbestedende dienst in kennis te stellen van de (getroffen) zelfreinigende maatregelen. Dit geeft wellicht onnodig veel administratieve lasten binnen een concern, zorgt voor een slechte naam in de markt en brengt - bovenal - een kleinere kans op de gunning van de aanbestede opdracht met zich. Door het treffen van voldoende (en daarmee de juiste) voorzorgsmaatregelen en aldus aandacht te besteden aan de *compliance*, kan het risico het hoofd worden geboden.

*Auteurs: M.S. Houweling en B.T. Tonino*

---

<sup>17</sup> HvJ EU 17 mei 2018, ECLI:EU:C:2018:324, C-531/16

*(Specializuotas transportas).*