

De ernstige beroepsfout: waar liggen de grenzen van de proportionaliteitstoets?

1. Inleiding

1.1 Op 1 maart 2016 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland¹ bepaald dat de provincie Gelderland ('de Provincie') juist heeft gehandeld door de inschrijving van eiseres uit te sluiten op grond van de facultatieve uitsluitingsgronden als genoemd in art. 2.87 lid 1 sub b, c en e, Aanbestedingswet 2012 ('Aw 2012'). De redenering van de voorzieningenrechter aangaande de uitsluitingsgronden van sub b (onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak) en sub e (valse verklaring) lijkt correct en zullen wij niet verder bespreken. Interessant is echter de wijze waarop de voorzieningenrechter omgaat met de door de Provincie vastgestelde ernstige beroepsfouten als bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 en de wijze waarop de voorzieningenrechter vervolgens de proportionaliteit van de uitsluiting toetst. De voorzieningenrechter kent in het kader van deze proportionaliteitstoets gewicht toe aan een patroon van feiten, die niet allemaal kwalificeren als ernstige beroepsfout en die zich bovendien zowel tijdens, als (ver) voor de wettelijke terugkijktermijn hebben voorgedaan. De vraag is of deze invulling van de proportionaliteitstoets zich nog wel houdt met de aanbestedingsrechtelijke uitgangspunten van gelijke behandeling en transparantie, alsook met het doel van de proportionaliteitstoets. In elk geval kan worden geconstateerd dat voorliggende uitspraak vragen oproept over de omvang van de proportionaliteitstoets.

2. Juridisch kader ernstige beroepsfout

2.1 Uit art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 volgt dat een aanbestedende dienst de mogelijkheid heeft een inschrijver uit te sluiten van de aanbesteding indien deze inschrijver een ernstige beroepsfout heeft begaan en de aanbestedende dienst dit aannemelijk kan maken.² De invulling van het begrip 'ernstige beroepsfout' is door de Europese wetgever en het Hof van Justitie overgelaten aan de lidstaten zelf.³ In Nederland betreft dit begrip een open norm, waaraan aanbestedende diensten op onduidelzinnige en op niet voor misverstand vatbare wijze invulling moeten geven in de aanbestedingsstukken.⁴ De Nederlandse wetgever heeft in de memorie van toelichting bij art. 2.87 Aw 2012 enige richting gegeven aan deze norm door de naar haar inzicht meest voorkomende ernstige beroepsfouten te vermelden.⁵

2.3 Voor de invulling van de ernstige beroepsfout kunnen aanbestedende diensten tevens aansluiting zoeken bij de Europese jurisprudentie. In het *Forposta*⁶-arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat voor uitsluiting op grond van een ernstige beroepsfout sprake moet zijn van 'onrechtmatig gedrag (...) dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer', waarbij het doorgaans zal gaan om 'gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst'.^{7,8}

1 V.zr. Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187, «JAAN» 2016/95.

2 Equivalent van art. 45 lid 2 sub d van Richtlijn 2004/18/EG.

3 Art. 45 lid 2 Richtlijn 2004/18/EG; HvJ EU 9 februari 2006, zaken C-226/04 en C-228/04 (*La Cascina*) en HvJ EU 10 juli 2014, zaak C-358/12 (*Consortio Stabile*).

4 V.zr. Rb. Den Haag 17 april 2013 bevestigd in Gerechtshof Den Haag 3 september 2013 ECLI:NL:GHDHA:2013:3723 en Hoge Raad, 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*KPN/Staat*).

5 Kamerstukken II, 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 80: overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijttijdenwet alsmede de Mededingingswet.

6 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*).

7 Bevestigd in HvJ EU 18 december 2014, C-470/13 (*Generali*) en Hoge Raad 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757 (*Valys*).

8 In zowel art. 57 lid 4 sub c van Richtlijn 2014/24/EU (de opvolger van Richtlijn 2004/18/EG), als in de (huidige) concepttekst van art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2016 is aansluiting gezocht bij het begrip uit het *Forposta*-arrest; het moet gaan om ernstige fout in de beroepsuitoefening waardoor de integriteit van de betreffende marktdeelnemer in twijfel kan worden getrokken.

2.4 Opvallend is dat uit de onderhavige uitspraak niet volgt of en op welke wijze de Provincie invulling heeft gegeven aan de ernstige beroepsfout in de aanbestedingsstukken. Het is dan ook de vraag of de Provincie voldoende transparantie heeft betracht bij het opnemen van de ernstige beroepsfout als facultatieve uitsluitingsgrond.⁹ Nu echter uit de uitspraak ook niet blijkt dat eiseres dit heeft aangevochten, laten wij dit verder onbesproken.

2.5 Zowel de voorzieningenrechter als de Provincie concluderen dat sprake is van drie van elkaar te onderscheiden ernstige beroepsfouten, te weten: de opzettelijke overtreding door eiseres van milieuvorschriften waarvoor een voorwaardelijke boete is opgelegd van € 1.500, en twee (vermoedelijke) schendingen van de Arbwet door de onderaannemer waarvoor twee boete-beschikkingen zijn afgegeven ter hoogte van € 5.400 en € 10.800.

2.6 Na het vaststellen van de ernstige beroepsfout moet de aanbestedende dienst steeds afwegen of uitsluiting van een inschrijver ook proportioneel is. Deze proportionaliteitstoets heeft tot doel om te bepalen of de uitsluiting als zodanig en de duur daarvan in verhouding staan tot de ernst van de bewuste gedraging en de aard en omvang van de aanbestede opdracht.¹⁰ Aan-gezien de aanbestedende dienst de bewuste gedraging 'in concreto en individueel' dient te be-oordelen,¹¹ betekent dit voor het onderhavige geval dat de voorzieningenrechter moet afwegen of uitsluiting van eiseres proportioneel is gelet op de omvang en aard van de incidenten die als ernstige beroepsfout zijn gekwalificeerd.

2.7 In voorliggende zaak heeft de Provincie uitsluiting proportioneel geacht vanwege een patroon aan overtredingen en onregelmatige gedragingen van eiseres, haar onderaannemer, haar be-stuurders en haar dochteronderneming uit het (verre) verleden.¹² De voorzieningenrechter toetst dit standpunt met de vraag: *'of in het kader van de proportionaliteitstoets deze facultatieve uitsluitingsgronden ook daadwerkelijk tot uitsluiting van de inschrijving van [eiseres] mochten leiden, en of daarbij ook andere voorvallen/feiten (uit het verleden) bij [eiseres], althans haar bestuursleden en/of dochtervennootschap mogen worden meegewogen'*.¹³

2.8 Door deze vraag te stellen en daarbij direct door te pakken naar het geconstateerde patroon van overtredingen, lijkt de voorzieningenrechter ervan uit te gaan dat de discretionaire bevoegd-heid van de aanbestedende dienst in het kader van de proportionaliteitstoets zo ver reikt dat ook perifere omstandigheden, die op zichzelf niet kwalificeren als ernstige beroepsfout, een doorslaggevende rol kunnen spelen bij de uitsluiting. Wij wagen te betwijfelen of een dergelijke ruime invulling van de proportionaliteitstoets in lijn is met de bedoeling van de (Europese en Nederlandse) wetgever en de beginselen van transparantie en gelijkheid. De uitgevoerde toets is immers niet enkel meer een afweging tussen de ernstige beroepsfout en de uitsluiting als zodanig. Daarnaast kan een en ander gemakkelijk leiden tot willekeur en favoritisme.

2.9 Door aanvullende onregelmatigheden in de proportionaliteitstoets te betrekken, lijkt de voorzieningenrechter de drie als ernstige beroepsfout gekwalificeerde overtredingen min of meer te verzwaren. Getwijfeld kan worden of de uitsluiting op grond van de als ernstige be-roepsfout gekwalificeerde overtredingen op zichzelf de proportionaliteitstoets zou hebben doorstaan. Bovendien is de vraag in hoeverre er (naar analogie) een begrenzing in tijd heeft te gelden indien aanbestedende diensten de vrijheid zouden hebben om op zichzelf niet als ern-stige beroepsfout gekwalificeerde onregelmatigheden in de proportionaliteitstoets te betrekken.

⁹ HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (KPN/ Staat).

¹⁰ Kamerstukken II, 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 81.

¹¹ HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta), r.o. 31.

¹² Het geconstateerde patroon van overtredingen bestaat onder meer uit het herhaaldelijk plegen van valsheid in geschrifte, het meermaals vervalsen van reisbewijzen, het opzettelijk onjuist doen van belastingaangifte en het handelen in strijd met de Arbeidsomstandighedenwet.

¹³ V.zr. Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187, r.o. 4.18 (onderhavige uitspraak).

3. Terugkijktermijn

3.1 Volgens de Europese wetgever kunnen kleine onregelmatigheden slechts in uitzonderlijke gevallen leiden tot uitsluiting van een inschrijver. Indien deze kleine incidenten zich echter herhaaldelijk voordoen, kan twijfel rijzen over de integriteit van de betrokken marktdeelnemer en kan uitsluiting niettemin proportioneel zijn.¹⁴ Een patroon van onregelmatigheden kan dus in beginsel mee worden genomen in de proportionaliteitstoets en zo een grond vormen voor uitsluiting van de betrokken ondernemer.

3.2 Opvallend aan deze zaak is dat de door de voorzieningenrechter in het kader van de proportionaliteitstoets meegewogen 'extra' omstandigheden zich uitspreiden over een periode van circa dertien jaar. Dit lijkt erg uit de pas te lopen met de wettelijke terugkijktermijn van vier jaar die geldt voor de facultatieve uitsluitingsgronden.¹⁵ Deze terugkijktermijn is het resultaat van een afweging van enerzijds de aard van betrokken feiten en het belang van de aanbestedende diensten om inschrijvers te kunnen uitsluiten en anderzijds het belang van ondernemers om niet jarenlang achtervolgd te worden met de gevolgen van vroegere onrechtmatige gedragingen.¹⁶ Het lijkt ons om deze achterliggende gedachte logisch om ook in het kader van de proportionaliteitstoets aansluiting te zoeken bij voornoemde termijn.

3.3 Door een langere terugkijktermijn te hanteren in het kader van de proportionaliteitstoets, creëert de voorzieningenrechter een grote mate van onzekerheid voor marktdeelnemers. Het is immers op voorhand niet duidelijk welke gedragingen uit het verleden bij de proportionaliteitstoets kunnen worden betrokken en hoe ver terug de aanbestedende dienst hierbij mag gaan. Fouten die door de terugkijktermijn van vier jaar niet kunnen worden meegenomen voor de kwalificatie van de ernstige beroepsfout, kunnen zo toch van invloed zijn op de uitsluiting van een marktdeelnemer.

4. Conclusie

4.1 Wij menen dat deze uitspraak vragen onbeantwoord laat en onbedoeld vragen oproept over de reikwijdte van de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst bij de afweging of uitsluiting proportioneel is. Een betere inkadering achten wij wenselijk. Ten aanzien van onderhavige zaak achten wij het begrijpelijk dat de Provincie de opdracht niet aan eiseres wilde gunnen, vanwege het patroon van (ernstige) feiten en het gesignaleerde gevaar op herhaling. Niettemin staat het teruggrijpen naar overtredingen en onregelmatigheden van jaren terug, op gespannen voet met de rechtszekerheid die de wetgever met de terugkijktermijn van vier jaar in het leven heeft willen roepen.

mr. M. van den Brink, advocaat bij CMS

mr. E.J.M. Brenders, advocaat bij CMS

¹⁴ Richtlijn 2014/24/EU overweging 101 considerans.

¹⁵ Art. 2.87 lid 2 Aw 2012.

¹⁶ *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 79.