

# Uitsluitingsgronden uitputtend geregeld of toch niet?

In het arrest Assitur van 19 mei jl. heeft het Hof van Justitie zich, net als in het arrest Michaniki van 16 december 2008, uitgelaten over de vraag in hoeverre de in de aanbestedingsrichtlijn opgenomen uitsluitingsgronden limitatief zijn. Mag een lidstaat buiten de in de aanbestedingsrichtlijn genoemde uitsluitingsgronden geen enkele andere uitsluitingsgrond in zijn nationale regelgeving opnemen of zijn er omstandigheden die dat wel mogelijk maken? En wat zijn de beperkingen? Kort gezegd: wat mag wel en wat mag niet?

## De feiten

Op 30 september 2003 schrijft de Italiaanse Kamer van Koophandel te Milaan een openbare aanbesteding uit voor het verzorgen van koeriersdiensten. Het betreft een gunning op basis van de laagste prijs. Drie gegadigden schrijven in: de SDA Express Courier SpA (SDA), Poste Italiane SpA en Assitur.

Assitur verzoekt de aanbestedende dienst om de overige twee inschrijvers van deelneming uit te sluiten in verband met de tussen deze vennootschappen bestaande nauwe banden. Het maatschappelijk kapitaal van SDA is namelijk volledig in handen van Attivita Mobiliari SpA, die op haar beurt een 100% dochter is van Poste Italiane. De aanbestedende dienst onderzoekt of de banden die tussen de twee vennootschappen bestaan tot schending van de mededinging heeft geleid. De aanbestedende dienst meent dat daar geen sprake van is en gunt de opdracht aan SDA, omdat haar offerte de laagste prijs heeft.

Assitur laat het er niet bij zitten en stapt naar de rechter. De Italiaanse wetgeving verbiedt namelijk dat ondernemingen waartussen een bepaalde afhankelijkheidsrelatie bestaat gelijktijdig aan een aanbesteding deelnemen. Het gaat dan om ondernemingen waarvan een andere vennootschap de meerderheid van de stemrechten bezit en een overheersende invloed kan uitoefenen via het aantal stemrechten of als gevolg van bijzondere contractuele banden.

## Prejudiciële vraag

De hoogste Italiaanse rechter vraagt zich af of een nationale bepaling die alle partijen met een afhankelijkheidsrelatie verbiedt gelijktijdig op een aanbesteding in te schrijven wel verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht, in het bijzonder het

limitatieve stelsel van uitsluitingsgronden (thans artikel 45 van de Richtlijn).

## Oordeel Hof van Justitie

In lijn met eerdere jurisprudentie bevestigt het Hof van Justitie dat de in de Richtlijn opgenomen uitsluitingsgronden, voor zover zij betrekking hebben op de professionele kwaliteiten van de ondernemer, limitatief zijn.<sup>1</sup> Net als in de Michaniki-zaak oordeelt het Hof dat deze limitatieve opsomming evenwel niet de bevoegdheid van de lidstaten uitsluit om, naast deze uitsluitingsgronden, materieelrechtelijke voorschriften te handhaven of uit te vaardigen, waarmee onder meer moet worden gewaarborgd dat voor overheidsopdrachten het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers en het transparantiebeginsel in acht worden genomen. Voorwaarde is wel dat dergelijke maatregelen niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Het Hof is van oordeel de Italiaanse bepaling duidelijk tot doel heeft elke mogelijke collusie tussen de inschrijvers in eenzelfde aanbestedingsprocedure uit te sluiten en daarmee de gelijke behandeling van de inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen. De in de richtlijn opgenomen bepaling met uitsluitingsgronden staat er niet aan in de weg dat een lidstaat andere uitsluitingsgronden vaststelt. Vervolgens concludeert het Hof dat de Italiaanse regelgeving wel in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Er is namelijk sprake van een absoluut verbod voor de betreffende vennootschappen om tegelijk en als concurrenten aan eenzelfde aanbesteding mee te doen, zonder dat deze vennootschappen de mogelijkheid hebben om aan te tonen dat deze verhouding hun respectieve gedrag in het kader van deze aanbesteding niet heeft beïnvloed. Dit druist in tegen een doeltreffende toepassing van het gemeenschapsrecht, namelijk de verwezen-



lijking van een interne markt waarin het vrije verkeer is gewaarborgd en een einde is gemaakt aan de mededingingsbeperkingen. Systematische uitsluiting van verbonden ondernemingen leidt tot een aanzienlijke vermindering van de mededinging op gemeenschapsniveau.

## Commentaar

Dit is de tweede uitspraak in korte tijd over dit onderwerp. De lijn van het Hof is duidelijk. De uitsluitingsgronden die zien op de professionele kwaliteit van de inschrijver zijn uitputtend. Wel is het mogelijk om uitsluitingsmaatregelen te hanteren ter handhaving van het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Zulke maatregelen moeten dan wel proportioneel zijn.

## Limitatieve uitsluitingsgronden

Voor zover de uitsluitingsgronden zien op de professionele beroepsbekwaamheid van de ondernemer zijn deze limitatief. De uitsluitingsgronden die betrekking hebben op de professionele beroepsbekwaamheid zijn opgesomd in artikel 45 van de Richtlijn en in Nederland geïmplementeerd in artikel 45 van het Bao. Er wordt onderscheid gemaakt tussen dwingende uitsluitingsgronden en facultatieve uitsluitingsgronden. Bij de dwingende uitsluitingsgronden gaat het om ernstige criminele veroordelingen, zoals fraude en witwassen van gelden. De facultatieve uitsluitingsgronden betreffen faillissement, surseance van betaling, niet betalen van fiscale of sociale premies, een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep en een delict in strijd met de beroeps gedragsregels.

Het is lidstaten niet toegestaan deze categorie uitsluitingsgronden in eigen wetgeving aan te vullen.

## Overige uitsluitingsmaatregelen toegestaan

Voor zover lidstaten uitsluitingsmaatregelen willen nemen in het kader van de transparantie of gelijkheid van inschrijvers is dit geoorloofd, zolang dergelijke maatregelen maar niet disproportioneel zijn. Deze disproportionaliteits eis was door het Hof al tot uiting gebracht in het Fabricom-arrest<sup>2</sup>, waarin het Hof kort gezegd oordeelde dat een algemeen verbod van deelneming aan een aanbesteding door een gegadigde die bepaalde voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, niet objectief gerechtvaardigd is en in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. In feite komen in de uitspraak Assitur en in de eerdere uitspraak Michaniki<sup>3</sup>, de uitspraken La Cascina en Fabricom samen.

In Nederland kennen we geen generieke regelgeving waarin uitsluitingsmaatregelen zijn opgenomen die de gelijkheid en transparantie waarborgen. Daarom zien we dergelijke 'spelregels' veelal in aanbestedingsdocumenten opduiken. Te denken valt aan bepalingen waarin het voorafgaand aan een aanbesteding verrichten van voorbereidende werkzaamheden ten behoeve van de aan te besteden opdracht of het benaderen van de verkeerde contactpersoon met uitsluiting wordt bestraft. Bij gebreke van nationale wetgeving lijken aanbestedende diensten daartoe in beginsel wel bevoegd.<sup>4</sup> Met name als uitsluitingsgronden dienen ter voorkoming van oneerlijke mededinging en beogen het gelijkheids- en transparantiebeginsel te waarborgen, dat (mede) in het Bao is verankerd, past het opnemen van dergelijke maatregelen binnen het wettelijk kader. Echter wel met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel.

## Proportionaliteit

Een aanbestedende dienst dient bij het opnemen van alternatieve uitsluitingsmaatregelen het proportionaliteitsbeginsel in acht te nemen; een beginsel dat in de nieuwe Aanbestedingswet een belangrijke plaats krijgt toegedicht en als basisprincipe wordt opgenomen. Proportionaliteit houdt in dat de aan een aanbesteding gerelateerde handeling en keuze in relatie moet staan tot het doel wat met de handeling of keuze wordt beoogd. Absolute verboden passen daar niet in. Bovendien zijn deze in strijd met de Europese rechtspraak en de doelstelling van het Gemeenschapsrecht. Gegadigden moeten op zijn minst kunnen weerleggen dat van concurrentievervalsing geen sprake is. Helaas is dat (nog) niet altijd het geval.<sup>5</sup> De thans in de aanbestedingsdocumenten opgenomen anti-collusiemaatregelen worden vaak zo geformuleerd dat als niet aan de regel wordt voldaan, dit per definitie leidt tot uitsluiting. De gegadigde wordt veelal niet in gelegenheid gesteld verweer te voeren en aan te tonen dat de mededinging niet in het geding is. Absolute uitsluiting met andere woorden, terwijl uit de Europese jurisprudentie volgt dat uitsluitingsmaatregelen die de gelijkheid en transparantie waarborgen niet al te rigide mogen worden toegepast.

In de praktijk betekent dit dat aanbestedende diensten in de aanbestedingsdocumenten niet zonder meer kunnen bepalen dat ondernemingen die tot één concern behoren niet beide mogen inschrijven. Ondernemingen moeten desgevraagd wel in staat zijn aan te tonen dat de concurrentie niet in gevaar is gekomen doordat zij beiden aan de aanbesteding mee doen. Inschrijvers zullen

met name aannemelijk moeten kunnen maken dat de inschrijvingen onafhankelijk van elkaar tot stand zijn gekomen en dat over en weer geen inzage in elkaars bieding is verkregen.

## Tot slot

Naar onze mening heeft het Hof van Justitie met het arrest Assitur een logische uitspraak gedaan, die past binnen de doelstelling van het gemeenschapsrecht, te weten vrij verkeer met gelijke kansen voor een ieder. Het hanteren van spelregels teneinde de gelijkheid en de transparantie te waarborgen is wenselijk. Wel moet, meer dan nu, worden bewaakt dat deze regels de mededinging niet onnodig beperken.

mr. Petra F.C. Heemskerk (advocaat) en mr. Jitske Tamminga (professional support lawyer)  
CMS Derks Star Busmann

## Noten

1. C-226/04 en C-228/04 HvJ-EG 9 februari 2009, La Cascina en C-213/07 HvJ-EG 16 december 2008, Michaniki.
2. HvJEG 3 maart 2005 C-21/03 en C-34/03 r.o. 27-36, Fabricom.
3. HvJ-EG 16 december 2008 C-213/07, Michaniki.
4. RvA 18 oktober 2002, BR 2003/528. Zie Ook: Paul Kreijger, Fabricom - een nieuw hoofdstuk in de rechtspraak over belangenverstengeling, in: TAAN, oktober 2005, p. 208-215 en Pijnacker, Aanbestedingsrecht, H. 10.2.3., p. 222 en H. 15.4, p. 359.
5. Voorzieningenrechter rechtbank Arnhem d.d. 1 juni 2006, LJN: AY0430; Voorzieningenrechter rechtbank Assen d.d. 17 februari 2009, LJN: BI3870.