234

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
6 oktober 2015, nr. 200.166.760,
ECLI:NL:GHARL:2015:7451
(mr. Evers, mr. De Vries, mr. Wind)
Noot mr. C.H. van Hulsteijn en mr. C.M.C. Wagemakers

Uitsluitingsgronden. Facultatieve uitsluitingsgronden. Ernstige beroepsfout. Kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Uitsluiting van toekomstige aanbestedingen. Proportionaliteit.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.87, 2.88; Richtlijn 2004/18/EG art. 45]

Gemeente Utrecht start in mei 2014 twee Europese niet-openbare aanbestedingen voor de opdrachten 'Bouwkundige aanpassingen en storingen' en 'Schilderwerkzaamheden', en een nationale niet-openbare aanbesteding voor de opdracht 'Daken, goten en storingen'. De Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) is van toepassing. Geïntimideerde schrijft op de drie aanbestedingen in en heeft verklaard dat zijn onderneming (waar blijkens de inschrijvingsleidraden ook haar medewerkers, vertegenwoordigers en ondergeschikten toe behoren) in de vier jaar voorafgaand aan de inschrijving in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan. In de inschrijvingsleidraad van de gemeente staat dat er in ieder geval sprake is van een ernstige beroepsfout als een inschrijver enig voordeel heeft verschaft aan een persoon die deel uitmaakt van de gemeente. In oktober 2014 bericht de gemeente aan geïntimeerde dat zij op grond van een ernstige beroepsfout, namelijk het verstrekken van een renteloze lening en het leveren van een laptop aan een persoon die deel uitmaakt van de gemeente, van de drie aanbestedingen is uitgesloten en dat zij ook voor toekomstige aanbestedingen is uitgesloten tot 28 oktober 2016.
*Geïntimeerde start hierop een kort geding (Vzr. Rb. Midden-Nederland 11 februari 2015, n.n.g.). Zij meent ten eerste dat zij geen ernstige beroepsfout heeft begaan, en ten tweede dat ook indien daar wel sprake van zou zijn, haar uitsluiting van de drie aanbestedingen en de algemene uitsluiting tot oktober 2016 daarvoor geen proportionele sancties zijn. De **voorzieningenrechter** oordeelt dat geïntimeerde alsnog moet worden toegelaten tot de aanbestedingen. In twee van de drie procedures is inmiddels een gunningsbeslissing genomen waarbij de opdracht niet aan geïntimeerde is gegund. Tegen deze gunningsbeslissingen is geïntimeerde niet opgekomen. In hoger beroep komt de gemeente met 10 grieven op tegen het vonnis van de voorzieningenrechter.*
*Het **hof** stelt voorop dat de algemene uitsluiting van geïntimeerde in aanbestedingen van de gemeente tot 28 oktober 2016 partijen nog verdeeld houdt. Partijen zijn het er over eens dat het relevante juridische toetsingskader (ook voor de nationale aanbesteding) wordt gevormd door art. 2.87 Aw 2012 en de in het kader van (art. 45 van de) Richtlijn 2004/18/EG gewezen jurisprudentie van het HvJ EU.*

Ernstige fout bij de beroepsuitoefening: Unierecht
De begrippen 'ernstige', 'fout' en 'bij de beroepsuitoefening' in art. 45 lid 2 eerste alinea aanhef en sub d Richtlijn 2004/18/EG dienen te worden gepreciseerd en verduidelijkt naar nationaal recht, evenwel met eerbiediging van het Unierecht. Voor de vaststelling dat sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening in de zin van die bepaling is geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist. Het begrip 'ernstige fout' ziet gewoonlijk op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. De vaststelling van een 'ernstige fout' vergt een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken marktdeelnemer (vgl. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801, Forposta).

Ernstige fout bij de beroepsuitoefening: nationaal en in het voorliggende geschil
In het Nederlandse aanbestedingsrecht vormen art. 2:87 en 2:88 Aw 2012 de omzetting naar nationaal recht van art. 45 Richtlijn 2004/18/EG. De Aw 2012 biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om een ernstige fout als facultatieve uitsluitingsgrond te hanteren (art. 2.87 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012). Indien een aanbestedende dienst ervoor kiest een facultatieve uitsluitingsgrond te hanteren, dient deze ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie te worden vermeld (Vgl. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, Staat/KPN). Art. 2.88 Aw 2012 bepaalt vervolgens dat de aanbestedende dienst in bepaalde gevallen van toepassing van uitsluiting kan afzien. De MvT (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 80-81) geeft een toelichting op art. 2.88 Aw 2012.

Met partijen gaat het hof er bij de beoordeling van hun stellingen van uit dat onder het regime van Aw 2012 de gemeente verplicht is om, indien er naar haar mening sprake is geweest van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening in de zin van de selectieleidraden en art. 2.87 Aw 2012, achteraf en naar aanleiding van de omstandigheden van het geval te beoordelen of 'daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan', met andere woorden te beoordelen of de uitsluiting ook proportioneel is.

Beoordeling

De gemeente heeft tijdens het pleidooi aangegeven dat zij de uitsluiting van geïntimeerde in de drie aanbestedingen wil laten rusten en niet door het hof beoordeeld wenst te zien. Geïntimeerde heeft daarop gereageerd met het verweer dat daarmee ook de grieven ten aanzien van de algemene uitsluiting tot 28 oktober 2016 moeten falen, omdat aan die uitsluiting de selectieleidraden van die drie aanbestedingen niet meer ten grondslag kunnen worden gelegd en er voor die algemene uitsluiting derhalve in het geheel geen grondslag meer is.
Dat verweer van geïntimeerde slaagt indien het beroep van de gemeente zo moet worden begrepen dat zij berust in het onderdeel van het dictum waarin de voorzieningenrechter de gemeente veroordeelt om de aanmeldingen van geïntimeerde in de drie aanbestedingen geldig te verklaren.
Indien de gemeente zo moet worden begrepen dat zij (toch) vernietiging van het gehele bestreden vonnis voorstaat, met inbegrip van bovenstaand onderdeel van het dictum, overweegt het hof als volgt.
Met geïntimeerde is het hof van oordeel dat de gemeente in dit geding niet, althans onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat sprake is van een ernstige fout bij de uitoefening van haar beroep door geïntimeerde, terwijl dat op grond van art. 2:87 lid 1 sub c Aw 2012 wel op de weg van de gemeente ligt.
Lening: De gemeente heeft niet aannemelijk gemaakt dat A, bestuurder van geïntimideerde, toen hij in 2010 vanaf zijn privé-bankrekening een bedrag van € 4000, – aan zijn vroegere collega en vriend B uitleende, anders dan uit vriendschappelijke overwegingen handelde. Van een ernstige fout bij de beroepsbeoefening, waarvoor is vereist dat wordt gehandeld met kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst is naar het oordeel van het hof derhalve geen sprake. Achteraf bezien is het verschaffen van deze lening wel ongelukkig te noemen, aldus het hof.
Daarmee verwerpt het hof ook de stelling van de gemeente dat het gedrag van A/geïntimeerde ten aanzien van de lening wel valt binnen het in de selectieleidraden opgenomen (ruimere) criterium 'enig voordeel verschaffen' en dat tegen die achtergrond sprake is van een ernstige fout van geïntimideerde die tot haar uitsluiting mocht leiden. Dit criterium in de selectieleidraden dient immers te worden uitgelegd in het licht van art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 en de jurisprudentie van het HvJ EU over het daaraan ten grondslag liggende art. 45 Richtlijn 2004/18/EG.
Laptop: De gemeente heeft ook niet aannemelijk gemaakt dat geïntimeerde enig voordeel heeft verschaft door het leveren van een laptop aan een persoon die deel uitmaakt van de gemeente.
Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

De publiekrechtelijke rechtspersoon *gemeente Utrecht* te Utrecht,
advocaat mr. S.C. Brackmann,
tegen
1. de besloten vennootschap *Aannemersbedrijf [geïntimeerde 1] BV*,
2. de besloten vennootschap *Loodgietersbedrijf [geïntimeerde 2] BV*, beiden te [vestigingsplaats],
advocaat mr. P.V. Kleijn.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 11 februari 2015 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 10 maart 2015 (met grieven en met producties),
- de memorie van antwoord (met producties),
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities.

Hierbij is akte verleend van de stukken die bij bericht van 19 augustus 2015 door mr. Brackmann namens de Gemeente zijn ingebracht.
2.2 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald.

3. De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten, mede in verband met de naar het oordeel van het hof (deels) slagende grieven 1 tot en met 4 van de zijde van de Gemeente, waarbij het

hof aantekent dat [geïntimeerde 1] zich aan het oordeel van het hof heeft gerefereerd wat betreft grief 1 en 3, van mening is dat grief 2 slaagt en ten aanzien van grief 4 heeft gewezen op productie 17 bij haar memorie van antwoord.
3.2 De Gemeente heeft een drietal aanbestedingsprocedures (hierna verder: de aanbestedingen) uitgeschreven. Het gaat respectievelijk om de Europese niet-openbare aanbestedingen van "Bouwkundige aanpassingen en storingen" (met het kenmerk [000000]) en "Schilderwerkzaamheden" (met het kenmerk [1111111]) en de nationale niet-openbare aanbesteding "Daken, goten en storingen" (met het kenmerk [222222]).
Voor ieder project is een selectieleidraad (hierna: de Selectieleidraad of Selectieleidraden) opgesteld waarin onder meer de selectieprocedure is beschreven en de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw) van toepassing is verklaard. In deze Selectieleidraden wordt in hoofdstuk 3.1 (telkens) het navolgende vermeld:
"Met de ondertekening van de Eigen Verklaring verklaart u dat uw onderneming, of een bestuurder ervan in de vier jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan. De gemeente Utrecht vindt dat uw onderneming in ieder geval een ernstige fout heeft begaan indien uw onderneming (waaronder ook haar medewerkers, vertegenwoordigers en ondergeschikten vallen) enig voordeel verschaft of heeft verschaft aan een persoon die deel uitmaakt van de Gemeente Utrecht of aan één van haar ondergeschikten of vertegenwoordigers. Met ondertekening van de Eigen Verklaring verklaart u dat hiervan geen sprake is. (...)
Elke aanmelding die niet voldoet aan de eisen en selectiecriteria, valt af"
3.3 [geïntimeerde 1] heeft in juni 2014 op deze drie aanbestedingen ingeschreven en heeft derhalve ook de Eigen Verklaring(en) ondertekend.
3.4 Eén van de (indirecte) bestuurders van [geïntimeerde 1] is de heer [A]. [A] is in 2001 bij [geïntimeerde 1] in dienst getreden nadat hij ongeveer 20 jaar (daaraan voorafgaand) bij de Gemeente heeft gewerkt. Daar is hij bevriend geraakt met zijn toenmalige collega [B], die tot 28 januari 2014 als ambtenaar bij de Gemeente werkzaam is geweest.
In 2010 heeft [A] op verzoek van [B] hem een bedrag van € 4000, - geleend. Dat bedrag is vanaf de privérekening van [A] en zijn echtgenote overgemaakt op de privérekening van [B].
[A] heeft in augustus 2013 aan de Gemeente gemeld dat hij in 2010 in privé een bedrag van € 4.000, - aan [B] heeft geleend.
3.5 [C], ambtenaar bij de Gemeente, heeft op 30 januari 2012 vanaf zijn zakelijke e-mailadres specificaties van een laptop aan een medewerker van [geïntimeerde 1] gezonden, waarop [A] eveneens op 30 januari 2012 per e-mail aan [C] het volgende heeft geantwoord:
"Ik heb jou gegevens doorgemaild naar onze inkooporganisatie. Zoals ik je al zei heb ik nog het nodige te verklaren waarom een Apple laptop terwijl alle laptops van ons van Dell zijn. De Apple laptop is bijna de helft duurder dan een Dell laptop.
Bijgaand tref je de prijs van een apple laptop die voldoet aan de door jou opgegeven specificaties. Ik heb hem in optie genomen als bestelling. Apple verzend hem pas na drie dagen. Het wordt dus vrijdag verwacht bij onze inkooporganisatie. Ik heb hem dan vrijdag of maandag. Ik kan zakelijk NIET direct kopen bij Apple shop of mediamarkt. Als ik mijn optie uiterlijk vanmiddag niet herroep gaat de bestelling gewoon door.
Ik hoor graag z.s.m. van je of het niet klopt. Hoor ik niets van je dan is de bestelling bij deze geplaatst."
Op 31 januari 2012 is door de controller van de Bouwcombinatie [D] B.V., waarvan [geïntimeerde 1] onderdeel uitmaakt, een Apple laptop besteld.
3.6 Op instigatie van de Gemeente is in het najaar van 2013 een onderzoek uitgevoerd door [E] Bedrijfsrecherche B.V. (hierna: [E]) nadat de Gemeente was gebleken dat aan de integriteit van één of meerdere medewerkers van de afdeling vastgoed/ de Utrechtse Vastgoed Organisatie (UVO) moest worden getwijfeld.
In het kader van dit onderzoek heeft [E] meerdere ambtenaren gehoord en zijn ook marktpartijen, in ieder geval [geïntimeerde 1], benaderd om verklaringen af te leggen.
3.7 In het rapport van [E] staat een weergave van het gesprek dat op 18 september 2013 met [B] is gevoerd. Daarin is onder meer het volgende vermeld:
"Ik heb wel eens van [A] van Bouwbedrijf [geïntimeerde 1] geld geleend. Het lenen van dit geld is een paar jaar geleden geweest. Een paar jaar is een

jaar of drie. Ik heb toen hooguit € 4.000,-- geleend. Ik heb dit geld contant van hem gehad. Ik had het geld onder andere nodig om vuurwerk te kunnen kopen. Ik heb het geld ook terugbetaald. [geïntimeerde 1] is een leverancier van de Gemeente, dat klopt. Wanneer ik het geld heb terugbetaald? Weet ik zo niet. Nu weet ik het weer. Twee maanden nadat ik het geld had geleend heb ik de € 4.000,- ook weer terugbetaald aan [A]. Ik weet honderd procent zeker dat ik het geleende geld contant van [A] heb ontvangen. Waarom bij [A] geleend? [A] heeft in het verleden ook bij de Gemeente gewerkt. Nee, achteraf gezien mag een ambtenaar van de Gemeente geen geld lenen van een leverancier. Wat het gevaar is? Hij kan er van mij wat voor terug verwachten. Waarom ik toen geld heb geleend? In die tijd had ik soms wel en soms geen geldproblemen. Het bedrag heb ik volgens mij in een keer terugbetaald. Nee, ik kan niet aantonen dat ik het geleende geld heb terugbetaald. Het was zwart geld. Nee, ik heb geen verklaring getekend dat ik het geld schuldig was. Ik weet niet of het geld, dat ik van [A] heb geleend, privé geld was of van [geïntimeerde 1]."

3.8 [A] is in september 2014 als verdachte door de Rijksrecherche gehoord over zijn e-mailwisseling met [C] en de laptop, alsmede over de lening aan [B]. Op pagina 10 van het door de Rijksrecherche wordt daarover onder meer vermeld:

"O: verbalisant [F] zag dat het serienummer vermeld op de factuur laptop overeenkwam met het serienummer van de laptop welke verdachte mij liet zien op maandag 13 oktober 2014. Verdachte verklaarde dat deze laptop tot zijn bedrijfsvoorraad behoort."

3.9 Bij (drie) brieven van 28 oktober 2014 heeft de Gemeente aan [geïntimeerde 1] te kennen gegeven dat [geïntimeerde 1] op grond van een ernstige beroepsfout in elk van de drie aanbestedingsprocedure is uitgesloten en dat de gemeente [geïntimeerde 1] - indien zij zich in de toekomst inschrijft of aanmeldt op een openbare aanbesteding van de gemeente, - in die procedure opnieuw op grond van die beroepsfout zal uitsluiten. De Gemeente acht deze (hierna ook te noemen: algemene) uitsluiting proportioneel tot 28 oktober 2016.

De Gemeente legt aan dit besluit blijkens haar (op dit punt gelijkluidende) brieven van 28 oktober 2014 het volgende ten grondslag:

"Uit intern onderzoek van de gemeente Utrecht en het onderzoek van [E] Bedrijfsrecherche, (reeds in uw bezit) waarin uw verklaring is opgenomen, wordt aannemelijk gemaakt dat uw onderneming in de periode van vier jaar voorafgaande aan uw verzoek tot deelname aan deze aanbesteding voordeel heeft verschaft aan een persoon die deel uitmaakt van de gemeente Utrecht en hiermee een ernstige beroepsfout heeft begaan. Het voordeel heeft in ieder geval bestaan uit het verstrekken van een renteloze lening en het leveren van een laptop aan een persoon die deel uitmaakt van de gemeente Utrecht. Uit de stukken blijkt dat het voordeel in ieder geval heeft voortgeduurd tot 13 september 2013. U heeft dan ook op dat punt de Eigen Verklaring ten onrechte ondertekend."

3.10 In de (ongedateerde) Openbare Besluitenlijst van het college van B&W van de Gemeente is het volgende vermeld:

" Het college van BW besluit

1 De drie partijen waarvan aannemelijk is gemaakt dat ze een ernstige beroepsfout hebben begaan, uit te sluiten van alle aanbestedingen en inkoopopdrachten van de gemeente Utrecht tot 28 oktober 2016.

Argumenten

1.1. Deze drie partijen hebben voordeel verschaft aan werknemers van de gemeente Utrecht

1.2. De vaste termijn van terugkijken naar veroordelingen of beroepsfouten is vier jaar.

1.3. De wettelijk voorgeschreven reactie bij toepassing van de uitsluitingsgrond is 4 jaar.

1.4. Uitsluiting voor de duur van 4 jaar is niet proportioneel met het voorwerp van de opdracht.

2. Lopende overeenkomsten met deze partijen ongemoeid te laten.

Argumenten

2.1. Uitgezonderd een nog lopende overeenkomst, zijn alle opdrachten en overeenkomsten met deze partijen afgerond.

2.2. Er zijn geen bewijzen bekend van het verschaffen van voordeel bij de ene nog lopende overeenkomst."

3.11 De afdeling bestuursrecht van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, heeft bij uitspraak van 25 augustus 2014 het beroep verworpen dat [C] had ingesteld tegen het hem gegeven strafontslag in november 2013. Uit die uitspraak volgt dat [C] als projectleider en technisch deskundige bij de afdeling Bouwzaken van de Gemeente, onder meer een aannemersbedrijf in de gelegen-

heid heeft gesteld een gunstige aanbieding te doen, bedrijfsinformatie heeft doorgestuurd, de werkgroep onjuiste informatie heeft verschaft en andere verwijtbare handelingen heeft gepleegd. In die procedure is het onderzoeksrapport van [E] ter sprake geweest.
3.12 De afdeling bestuursrecht van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, heeft bij uitspraak van 20 maart 2015 het beroep verworpen dat [B] had ingesteld tegen het hem gegeven strafontslag in januari 2014. Uit die uitspraak volgt dat [B] als technisch beheerder bij de afdeling UVO van de Gemeente, onder meer met (eigenaren van) bedrijven die diensten voor de Gemeente verrichten in privé leningen is aangegaan en andere verwijtbare handelingen heeft gepleegd. In die procedure is het onderzoeksrapport van [E] ter sprake geweest.
3.13 Naar aanleiding van het (voor haar ongunstige en door haar in dit hoger beroep bestreden) vonnis heeft de Gemeente [geïntimeerde 1] alsnog tot deelname aan de drie aanbestedingsprocedures toegelaten. In twee van de die aanbestedingsprocedures is inmiddels een gunningsbeslissing genomen waarbij de opdracht niet aan [geïntimeerde 1] is gegund. Tegen deze gunningsbeslissingen is [geïntimeerde 1] niet opgekomen.

4 Het geschil en de beslissing in eerste aanleg
4.1 [geïntimeerde 1] heeft in eerste aanleg samengevat gevorderd de Gemeente te gebieden haar aanmeldingen voor de (drie) door de Gemeente uitgeschreven aanbestedingen geldig te verklaren en de Gemeente te verbieden uitvoering te geven aan het besluit zoals neergelegd in de (drie) brieven van 28 oktober 2014 om haar uit te sluiten van aanbestedingen tot 28 oktober 2016. [geïntimeerde 1] heeft daartoe aangevoerd dat anders dan de Gemeente meent van een ernstige beroepsfout van de zijde van [geïntimeerde 1] geen sprake is en voorts dat ook indien wel van een ernstige beroepsfout sprake zou zijn, haar uitsluiting van de drie aanbestedingen alsmede de algemene uitsluiting daarvoor geen proportionele sanctie vormt.
De Gemeente heeft zich tegen deze vorderingen verweerd. Zij heeft daarbij gewezen op het voordeel dat [geïntimeerde 1] met de lening aan [B] en het aanschaffen van een laptop in opdracht van [C] aan gemeenteambtenaren heeft verschaft, waardoor [geïntimeerde 1] een ernstige beroepsfout in de zin van de toepasselijke Selectieleidraden heeft gemaakt, waarop uitsluiting in de drie aanbestedingen en daarnaast tot 28 oktober 2016 terecht is gevolgd. Door die algemene uitsluiting te beperken tot twee jaar in plaats van de toegestane vier jaar is bovendien ook voldaan aan de door de Gemeente in dit kader uit te voeren proportionaliteitstoets, aldus nog steeds de Gemeente.
4.2 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van [geïntimeerde 1] toegewezen en de Gemeente in het bestreden vonnis (onder 5.1) geboden de aanmeldingen van [geïntimeerde 1] op de drie aanbestedingen geldig te verklaren. Daarnaast heeft de voorzieningenrechter (onder 5.2 van het bestreden vonnis) de Gemeente verboden om uitvoering te geven aan haar besluit om [geïntimeerde 1] tot 28 oktober 2016 van andere aanbestedingen uit te sluiten, voorzover aan dat besluit dezelfde overwegingen ten grondslag liggen als aan de uitsluiting in de drie aanbestedingen. De Gemeente is voorts veroordeeld in proceskosten.
4.3 De Gemeente is onder aanvoering van tien grieven (de grieven zijn genummerd 1 tot en met 9, maar per abuis zijn er twee grieven 6 opgenomen, die hierna door het hof als grief 6-I en grief 6-II zullen worden aangeduid) tegen het bestreden vonnis in beroep gekomen en vordert vernietiging van het vonnis in eerste aanleg en (samengevat) haar toe te staan [geïntimeerde 1] vanaf de datum van het arrest van dit hof tot 28 oktober 2016 uit te sluiten. Desgevraagd heeft de Gemeente tijdens het pleidooi toegelicht dat haar petitum in de appeldagvaarding zo moet worden begrepen dat de Gemeente zich neerlegt bij de door de voorzieningenrechter geboden geldig verklaring van de aanbiedingen van [geïntimeerde 1] in de drie aanbestedingen en dat zij die aanbestedingen en de deelname daaraan door [geïntimeerde 1] laat rusten en deze aanbestedingen voor haar niet langer onderwerp van dit geschil zijn. Het gaat de Gemeente in hoger beroep nog slechts om de in haar brieven van 28 oktober 2014 aangekondigde algemene uitsluiting van [geïntimeerde 1] voor (andere) aanbestedingen tot 28 oktober 2016, welke uitsluiting de Gemeente in dit hoger beroep wenst te beperken tot de periode vanaf het moment van het arrest van dit hof tot 28 oktober 2016.
4.4 [geïntimeerde 1] heeft zich tegen het door de Gemeente gevorderde verweerd en in haar memorie van antwoord geconcludeerd tot afwijzing daarvan. Desgevraagd heeft [geïntimeerde 1] tijdens het pleidooi aangegeven dat de conclusie van

haar memorie van antwoord zo moet worden gelezen dat zij ook bekrachtiging van het bestreden vonnis wenst.

5. De beoordeling van de grieven en de vordering(en)

5.1 Bij de beoordeling van de grieven 5 tot en met 9 (waaronder grief 6-I en grief 6-II) stelt het hof het volgende voorop. De aanleiding voor het geschil dat partijen thans in hoger beroep nog verdeeld houdt (de uitsluiting van [geïntimeerde 1] in aanbestedingen van de Gemeente tot 28 oktober 2016) is gelegen in door de Gemeente in mei 2014 ingeleide aanbestedingen, waarvan er twee het karakter van een Europese niet-openbare aanbestedingen hebben en de derde een nationale niet-openbare aanbesteding is. Partijen zijn het er echter over eens dat het relevante juridische toetsingskader (ook voor de nationale aanbesteding) in hoger beroep vormt gevormd door zowel artikel 2.87 Aanbestedingswet (Aw) als door de in het kader van (artikel 45 van de) Richtlijn 2004/18/EG (hierna: de Richtlijn) gewezen jurisprudentie van het HvJ EU.

ernstige fout bij de beroepsuitoefening: Unierecht

5.2 De begrippen "ernstige", "fout" en "bij de beroepsuitoefening" in art. 45 lid 2, eerste alinea, aanhef en onder d, van de Richtlijn dienen te worden gepreciseerd en verduidelijkt naar nationaal recht, evenwel met eerbiediging van het Unierecht. Voor de vaststelling dat sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening in de zin van die bepaling is geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis vereist. Het begrip "ernstige fout" ziet gewoonlijk op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. De vaststelling van een "ernstige fout" vergt een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken marktdeelnemer. (Vgl. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801, Forposta).

ernstige fout bij de beroepsuitoefening: nationaal en in het thans voorliggende geschil

5.3 In het Nederlandse aanbestedingsrecht vormen artikel 2:87 en 2:88 Aw thans de omzetting naar nationaal recht van artikel 45 van de Richtlijn. De Aw biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om een ernstige fout als facultatieve uitsluitingsgrond te hanteren (art. 2:87 lid 1 aanhef en onder c Aw).

Indien een aanbestedende dienst ervoor kiest een facultatieve uitsluitingsgrond te hanteren, dient deze uitsluitingsgrond ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie te worden vermeld (Vgl. Hoge Raad, 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012: BW9233, Staat/KPN).

Art. 2.88 Aw bepaalt vervolgens dat de aanbestedende dienst van toepassing van (onder meer) art. 2:87 Aw (uitsluiting) kan afzien (a) om dwingende redenen van algemeen belang, (b) indien de gegadigde of inschrijver naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende maatregelen heeft genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen of (c) indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

De memorie van toelichting (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 80-81) bij art. 2.88 Aw vermeldt:

"De aanbestedende dienst zal in het concrete geval moeten bepalen of hij een onderneming wel of niet uitsluit op basis van de eigen verklaring en de eventueel op te vragen bewijsstukken. Indien een aanbestedende dienst constateert dat een onderneming verkeert in omstandigheden waarop de verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn, kan hij in speciale gevallen afzien van het uitsluiten van deze onderneming. Ingeval van onderdeel a gaat het erom dat naar objectieve maatstaven kan worden geoordeeld dat sprake is van dwingende redenen van algemeen belang. Bij de onderdelen b en c wordt discretionaire ruimte gegeven aan de aanbestedende dienst.

De beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan en de periode waarvoor een ondernemer na een veroordeling wordt uitgesloten moet, gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen, steeds proportioneel en niet-discriminatoir zijn. Proportioneel wil zeggen dat de uitsluiting als zodanig en de duur ervan in verhouding moeten staat tot de ernst van de gedraging in kwestie en tot de aard en de omvang van de opdracht (onderdeel c). De aanbestedende dienst zal dit telkens in het concrete geval moeten afwegen. Onderdeel b geeft de ruimte om bij voorbeeld in geval van de aanwezigheid van een verplichte uitsluitingsgrond te laten meewegen dat de onderneming aantoonbaar

maatregelen heeft genomen om herhaling van de desbetreffende of vergelijkbare gedragingen te voorkomen en nieuwe overtredingen zich niet meer hebben voorgedaan."
Met partijen gaat het hof er bij de beoordeling van hun stellingen in dit hoger beroep derhalve van uit dat onder het regime van de hier toepasselijke Aw de Gemeente in dit geval verplicht is om, indien er naar haar mening sprake is geweest van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening in de zin van de Selectieleidraden en artikel 2.87 Aw, achteraf en naar aanleiding van de omstandigheden van het geval te beoordelen of "daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan", met andere woorden te beoordelen of de uitsluiting ook proportioneel is.
5.4 Tegen deze achtergrond oordeelt het hof als volgt. De Gemeente heeft bij pleidooi in hoger beroep desgevraagd aangegeven dat zij de uitsluiting van [geïntimeerde 1] in de drie aanbestedingen wil laten rusten en niet door het hof beoordeeld wenst te zien. Deze aanbestedingen beschouwt de Gemeente voor het onderhavige geschil als afgedaan. [geïntimeerde 1] heeft daarop, eveneens tijdens het pleidooi, gereageerd met het verweer dat daarmee ook de grieven 5 tot en met 9 ten aanzien van de algemene uitsluiting tot 28 oktober 2016 moeten falen omdat aan die uitsluiting de Selectieleidraden in die drie aanbestedingen niet meer ten grondslag kunnen worden gelegd en er voor die algemene uitsluiting derhalve in het geheel geen grondslag meer is.
5.5 Dat verweer van [geïntimeerde 1] slaagt indien het beroep van de Gemeente na haar toelichting daarop bij het pleidooi zo moet worden begrepen dat zij berust in onderdeel 5.1 van het dictum (waarbij de voorzieningenrechter de Gemeente heeft veroordeeld om de aanmeldingen van [geïntimeerde 1] in de drie aanbestedingen geldig te verklaren) en zich alleen richt op vernietiging van onderdeel 5.2 tot en met 5.4 van het bestreden vonnis.
Met [geïntimeerde 1] is het hof van oordeel dat voor het kunnen uitsluiten van [geïntimeerde 1] op grond van de (facultatieve) uitsluitingsgrond "ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep" als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw een grondslag in aanbestedingsdocumentatie nodig is. Nu de drie aanbestedingen en daarmee de Selectieleidraden die in dat kader door haar zijn gehanteerd voor de Gemeente zijn afgedaan en deze volgens haar geen rol meer spelen in dit hoger beroep omdat zij berust in onderdeel 5.1 van het dictum, mist de algemene uitsluiting de vereiste (ondubbelzinnige en op niet voor misverstand vatbare wijze verwoorde) grondslag in de aanbestedingsdocumentatie en stuiten de grieven 5 tot en met 9, waaronder grief 6-I en 6-II, reeds daarop af.
5.6 Indien en voorzover het beroep en het petitum met toelichting van de Gemeente zo moet worden begrepen dat zij (toch) vernietiging van het gehele bestreden vonnis voorstaat, met inbegrip van onderdeel 5.1 van het dictum, overweegt het hof als volgt.
5.7 Met [geïntimeerde 1] is het hof van oordeel dat de Gemeente in dit geding niet, althans onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat sprake is van een ernstige fout bij de uitoefening van haar beroep door [geïntimeerde 1], terwijl zulks het op grond van het bepaalde in artikel 2:87 lid 1 sub c Aw wel op de weg van de Gemeente ligt.
Daarvoor geldt het volgende.
lening
5.8 De Gemeente heeft niet aannemelijk gemaakt dat [A] toen hij in 2010 vanaf zijn privé bankrekening een bedrag van € 4000, - aan [B] uitleende, anders dan uit vriendschappelijke overwegingen handelde. Van een ernstige fout bij de beroepsbeoefening, waarvoor in de regel is vereist dat wordt gehandeld met kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst is naar het oordeel van het hof derhalve geen sprake, althans dat is door de Gemeente niet aannemelijk gemaakt of anderszins gebleken.
Achteraf bezien is het verschaffen van deze lening, die zijn grondslag lijkt te vinden in de lange vriendschapsrelatie tussen beiden, wel ongelukkig te noemen. [A] had zich reeds in 2010 moeten realiseren dat deze vriendschap zich inmiddels, vanwege zijn eigen vertrek bij de Gemeente en het aanvaarden van een nieuwe functie als leidinggevende van een zakelijke dienstverlener/opdrachtnemer van de Gemeente, in een andere context afspeelde. Daarvan heeft [A] zich bij het verstrekken van de lening aan [B] onvoldoende rekenschap gegeven. Dat de lening via de privérekening is gelopen en dat de lening, volgens [geïntimeerde 1], geen opdrachten van de Gemeente aan haar tot gevolg heeft gehad, maakt dat niet anders, zo moet aan de Gemeente worden toegegeven. Het feit dat het bedrag van de lening van een privérekening is overgemaakt of het ontbreken van cau-

saal verband tussen een lening aan een ambtenaar van de (afdeling vastgoed van de) Gemeente en nadien door de Gemeente verleende opdrachten sluit een ernstige fout bij de beroepsuitoefening op zich immers niet uit.
De grieven kunnen echter niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis nu uit het voor overwogene blijkt dat het gedrag van [A] niet kwalificeert als een ernstige fout van [geïntimeerde 1], maar slechts als een ongelukkige handelwijze waarbij noch van kwaad opzet noch van nalatigheid van enige ernst bij [geïntimeerde 1] is gebleken. Het hof weegt daarbij mee dat [A] namens [geïntimeerde 1] in 2013, derhalve ruim voordat in 2014 deze aanbestedingen werden uitgezet, eigener beweging aan de Gemeente melding heeft gemaakt van deze lening.
5.9 Daarmee verwerpt het hof ook de in grieven besloten liggende stelling van de Gemeente dat het gedrag van [A]/[geïntimeerde 1] ten aanzien van de lening wel valt binnen het in de Selectieleidraden opgenomen (ruimere) criterium "enig voordeel verschaffen" en dat tegen die achtergrond sprake is van een ernstige fout van [geïntimeerde 1] die tot haar uitsluiting mocht leiden. Dit criterium in de Selectieleidraden dient immers, bij de beoordeling of in een concreet en individueel geval sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening, te worden uitgelegd in het licht van het bepaalde in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw en (de jurisprudentie van het HvJ EU terzake van het daaraan ten grondslag liggende) artikel 45 van de Richtlijn (zo erkent ook de Gemeente in haar pleitnota in hoger beroep onder 2.3). Die uitleg leidt ertoe dat moet worden bezien of sprake is van met kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst bij de marktdeelnemer. Dat is hier terzake van de lening niet gebleken. Dat betekent dat de (algemene) uitsluiting van [geïntimeerde 1] niet op de in 2010 aan [B] verstrekte lening kan worden gebaseerd. In zoverre falen de grieven 5 tot en met 9.
laptop
5.10 De Gemeente heeft, terwijl dat wel op haar weg lag, niet aannemelijk gemaakt dat [geïntimeerde 1] enig voordeel heeft verschaft door " *het leveren van een laptop aan een persoon die deel uitmaakt van de Gemeente Utrecht*", zoals zij aan de uitsluiting van [geïntimeerde 1] in haar brieven van 28 oktober 2014 (naast het verstrekken van de hierboven genoemde lening) ten grondslag heeft gelegd.
De Gemeente heeft geen feiten en omstandigheden aangedragen die dit verwijt aan [geïntimeerde 1] kunnen dragen. Uit hetgeen de Gemeente wel heeft gesteld en onderbouwd volgt niet meer dan dat haar (voormalig) medewerker [C] van de afdeling vastgoed/UVO in januari 2012 meerdere malen en in ieder geval op 30 januari 2012 bij [geïntimeerde 1] op de aanschaf van een Apple laptop heeft aangedrongen en dat het moederbedrijf van [geïntimeerde 1], Bouwcombinatie [D] B.V., op 31 januari 2012 een Apple laptop heeft besteld. Noch uit hetgeen de Gemeente heeft aangedragen, noch anderszins is aannemelijk geworden dat die Apple laptop door [geïntimeerde 1] op enig moment is " geleverd" aan een persoon die deel uitmaakt van de Gemeente. Daarbij acht het hof van belang dat de Gemeente tegenover de gemotiveerde betwisting van [geïntimeerde 1], onder meer in hoger beroep onderbouwd met een bladzijde uit het rapport van de Rijksrecherche (memorie van antwoord, productie 17), dat de Apple laptop steeds tot de bedrijfsvoorraad van Bouwcombinatie [D] B.V. heeft behoord, geen andere feiten of omstandigheden heeft aangevoerd die dit weerleggen of anderszins haar standpunt onderbouwen.
Het (in aanvulling op de brieven van 28 oktober 2014) door de Gemeente in deze procedure ingenomen standpunt dat een Apple laptop door [geïntimeerde 1] aan [C] ter beschikking is gesteld of in bruikleen is gegeven, heeft de Gemeente evenmin aannemelijk gemaakt, waarbij het hof thans in het midden laat of het aanbestedingsrecht toelaat dat de grondslag en motivering voor een uitsluiting, als hier aan de orde, door een aanbestedende dienst nadien met een extra grondslag (naast " *leveren* " ook " *ter beschikking stellen of in bruikleen geven* ") wordt uitgebreid.
5.11 Nu het verschaffen van enig voordeel in de zin van het leveren of op andere wijze ter beschikking stellen van een laptop aan een persoon die deel uitmaakt van de Gemeente Utrecht niet is komen vast te staan, kan deze grond de (algemene) uitsluiting van [geïntimeerde 1] evenmin dragen.
Ook in zoverre falen de grieven 5 tot en met 9.

6 De slotsom
6.1 De grieven 5, 7, 8 en 9 falen. De grieven 1 tot en met 4, grief 6-I en 6-II zijn (deels) weliswaar terecht voorgesteld, maar kunnen niettemin niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis zodat dit zal worden bekrachtigd.
6.2 Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof de Gemeente in de kosten van het hoger beroep, die worden vastgesteld op:
- griffierecht € 711, -
subtotaal verschotten € 711,-
- salaris advocaat € 2682,- (3 punten x tarief II)
Totaal € 3393,-

7 De beslissing
Het hof, recht doende in hoger beroep:
bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank te Midden-Nederland, locatie Utrecht van 11 februari 2015;
veroordeelt de Gemeente in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van [geïntimeerde 1] vastgesteld op € 711, - voor verschotten en op € 2682, - voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;
verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Invulling en toepassing 'ernstige beroepsfout'
Art. 45 lid 2, aanhef en onder d Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat een aanbestedende dienst een ondernemer kan uitsluiten van de aanbesteding, als deze een 'ernstige beroepsfout' heeft begaan. De lidstaten dienen overeenkomstig hun nationale recht en onder eerbiediging van het communautaire recht de voorwaarden te bepalen voor de toepassing van dit lid.[1] De Nederlandse wetgever heeft de invulling van de ernstige beroepsfout vooralsnog overgelaten aan aanbestedende diensten.[2] Doorgaans laten aanbestedende diensten echter na deze invulling in hun aanbestedingsdocumentatie (en dus vooraf) te geven, wat ertoe leidt dat voor ondernemers niet op voorhand duidelijk is wanneer zij wel of niet zullen worden uitgesloten vanwege het hebben begaan van een ernstige beroepsfout (hetgeen wat ons betreft strijd oplevert met het transparantiebeginsel).

Uit deze uitspraak blijkt dat de gemeente Utrecht ('de gemeente'), anders dan de meeste aanbestedende diensten, in elk geval in drie recente aanbestedingen het begrip 'ernstige beroepsfout' wel heeft ingevuld in haar aanbestedingsdocumentatie. De gemeente vindt dat een onderneming in elk geval een ernstige beroepsfout heeft begaan wanneer deze (waaronder ook haar medewerkers, vertegenwoordigers en ondergeschikten vallen) enig voordeel verschaft of heeft verschaft aan een persoon die deel uitmaakt van de gemeente of aan één van haar ondergeschikten of vertegenwoordigers.

In het licht van het transparantiebeginsel heeft de gemeente het hiermee wat ons betreft beter gedaan dan de meeste andere aanbesteders. Dat daarmee sprake is van een juiste toepassing van de uitsluitingsgronden, is echter nog niet gezegd. De door de gemeente gegeven invulling verhoudt zich wat ons betreft namelijk niet tot het Unierecht, dat in het bijzonder in het Europese *Forposta*-arrest is uitgelegd.[3]

In het *Forposta*-arrest heeft het Hof van Justitie onder meer overwogen dat het begrip 'ernstige fout' gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. De vaststelling van een 'ernstige fout' vergt een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken marktdeelnemer, aldus nog steeds het Hof van Justitie. Een automatische uitsluiting van ondernemers is niet toegestaan, dat wil zeggen een uitsluiting zonder dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid wordt gelaten om de ernst van

1 Art. 45 lid 2, tweede alinea, Richtlijn.
2 Gerechtshof Den Haag 3 september 2013, «JAAN» 2013/172 r.o. 3.4.
3 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Forposta*), «JAAN» 2013/4.

het beweerde onrechtmatige gedrag van deze marktdeelnemer bij de uitvoering van de vorige opdracht per geval te beoordelen.[4]

In het oog springt direct dat twee elementen die volgens het *Forposta*-arrest nodig zijn om een ernstige beroepsfout te kunnen aannemen, ontbreken in de invulling die de gemeente heeft gegeven. Ten eerste biedt de door de gemeente gegeven invulling geen ruimte om te beoordelen of het voordeel is gegeven met kwade opzet of dat sprake is van nalatigheid van een zekere ernst. De gemeente heeft immers aangekondigd dat zij elk verschaffen van enig voordeel als ernstige beroepsfout beschouwt, wat impliceert dat ook indien volledig te goeder trouw een voordeel wordt verschaft, naar het oordeel van de gemeente sprake is van een ernstige beroepsfout. Ten tweede voorziet de door de gemeente gegeven invulling niet in de mogelijkheid om een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken marktdeelnemer te laten plaatsvinden. Er is daarentegen sprake van een automatische uitsluiting (overigens wel met inachtneming van een proportionaliteitstoets).

Niet alleen ontbraken genoemde elementen in de door de gemeente in haar aanbestedingsdocumentatie gegeven invulling, maar ook in de daarop volgende toepassing door de gemeente van de ernstige beroepsfout op één van de deelnemers aan haar aanbestedingen ('Geïntimeerde 1'). De gemeente oordeelde namelijk dat Geïntimeerde 1 enig voordeel had verschaft aan (een onderdeel van) de gemeente, welk voordeel zou bestaan uit enerzijds een geldlening en anderzijds de aanschaf van een laptop, zodat daarmee (automatisch) sprake was van een ernstige beroepsfout aan de zijde van Geïntimeerde 1.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft voornoemde inconsistenties met het *Forposta*-arrest gerepareerd door de door de gemeente gegeven invulling uit te leggen c.q. toe te passen conform het *Forposta*-arrest. Bij de toets van de rechtmatigheid van de uitsluiting van Geïntimeerde 1 voegt het hof daarom voornoemde, ontbrekende elementen alsnog toe aan de door de gemeente gegeven invulling van de ernstige beroepsfout. Overigens besteedt het hof geen aandacht aan de overweging van het Europese Hof dat bij een ernstige beroepsfout 'gewoonlijk' sprake is van kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst – het woord 'gewoonlijk' zou kunnen impliceren dat kwade opzet of nalatigheid niet in alle gevallen noodzakelijk is.

Het hof heeft vervolgens beide vormen van voordeel beoordeeld als grondslag voor de uitsluiting van Geïntimeerde 1. Ten aanzien van de geldlening oordeelt het hof dat niet is gebleken van kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst aan de zijde van Geïntimeerde 1, omdat niet was gebleken dat de geldlening op andere dan vriendschappelijke overwegingen berustte (de betrokken personen waren in het verleden collega's geweest en op die manier bevriend geraakt). Het hof acht daarbij relevant dat Geïntimeerde 1 de geldlening ruim vóór de aankondiging van de aan de orde zijnde aanbestedingen vrijwillig had gemeld bij de gemeente.

Ten aanzien van de laptop komt het hof tot het feitelijke oordeel dat niet is gebleken dat Geïntimeerde 1 een laptop heeft geleverd aan een medewerker van de gemeente. Ook op die grond kon daarom geen ernstige beroepsfout worden aangenomen, omdat al geen sprake was van het verschaffen van enig voordeel (laat staan dat dat met kwade opzet was gebeurd of dat sprake was van nalatigheid van een zekere ernst).

Door de uitleg van de aan de ernstige beroepsfout gegeven invulling conform het Forpostaarrest heeft het hof uiteindelijk kunnen toetsen of de uitsluiting van Geïntimeerde 1 een rechtmatige basis kende.

De vraag rijst nog of de invulling die de gemeente heeft gegeven in haar aanbestedingsdocumentatie nu rechtmatig of onrechtmatig is. Indien de uitleg van die invulling conform het *Forposta*-arrest niet zou zijn toegestaan als die uitleg niet vooraf is aangekondigd (tot welk oordeel gekomen zou kunnen worden in het licht van het transparantiebeginsel), is de door de gemeente gegeven invulling wat ons betreft onrechtma-

4 Zie ook HvJ EU 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), HvJ EU 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*).

tig. Als echter aangenomen zou moeten worden dat een door een aanbestedende dienst gegeven invulling in alle gevallen uitgelegd en toegepast dient te worden conform het *Forposta*-arrest, lijkt ons de door de gemeente gegeven invulling niet onrechtmatig te zijn. In het laatste geval zou het echter de transparantie en rechtszekerheid ten goede komen als een aanbestedende dienst de criteria uit het *Forposta*-arrest direct verdisconteert in zijn invulling van de ernstige beroepsfout.

Conclusie (en enkele vuistregels voor de praktijk)

Het is toe te juichen dat er aanbestedende diensten zijn die (pogen) invulling (te) geven aan het begrip 'ernstige beroepsfout'. Deze uitspraak laat echter zien dat dit nog niet altijd gebeurt in overeenstemming met het Unierecht (wat echter wel zou moeten). Aanbestedende diensten zullen in elk geval rekening moeten houden met de criteria uit het *Forposta*-arrest, wat betekent dat als geen sprake is van kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst, uitsluiting (op de grond van de ernstige beroepsfout) niet mogelijk lijkt te zijn. Dat geldt ook ten aanzien van de formulering van de invulling: er mag geen sprake zijn van een automatische uitsluiting, omdat het concrete en individuele gedrag van de betrokken marktdeelnemer beoordeeld moet (kunnen) worden.

C.H. van Hulsteijn,
Advocaat bij CMS Derks Star Busmann

C.M.C. Wagemakers,
Advocaat bij CMS Derks Star Busmann