

# De Gedragsverklaring Aanbesteden vanuit strafrechtelijk perspectief

mr. B.W. Newitt<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het Nederlandse rechtssysteem kent verschillende door de overheid af te geven verklaringen die voor een onderneming in de praktijk onontbeerlijk zijn om een bepaalde functie te mogen vervullen of werkzaamheden te mogen uitoefenen. De Verklaring Omtrent het Gedrag voor Rechtspersonen en de Verklaring van Geen Bezwaar zijn alom bekend, maar er bestaan ook minder bekende overheidsverklaringen waarvan een weigering van afgifte door de overheid een zeer grote impact kan hebben op de bedrijfsvoering. In dit artikel zal ik aandacht besteden aan een van die minder bekende overheidsverklaringen, namelijk de Gedragsverklaring Aanbesteden (nader: GVA).

Voor het inschrijven op iedere overheidsaanbesteding van belang wordt inmiddels een GVA vereist van de inschrijvende partij door de aanbestedende dienst. Het mag daarom geen verrassing heten dat een weigering van zo een GVA voor ondernemingen die werkzaam zijn in sectoren die veelal draaien op overheidsaanbestedingen (zoals bijvoorbeeld de grondsanering) een ernstige bedreiging vormt voor de continuïteit van de bedrijfsvoering. Mede om deze reden dient bij het verlenen van rechtsbijstand in strafzaken aan (bestuurders van) dergelijke ondernemingen altijd goed in ogenschouw te worden genomen of een bepaalde wijze van afdoening geen gevaar vormt voor de toekomstige verkrijging van een GVA. Deze aandacht is des te meer geboden nu de verlening van de GVA zeer strenge toetsingscriteria kent die zien op zowel het bedrijf als de (voormalig) bestuurders, en de weigering van de GVA een zogenaamde *'gebonden beschikking'* betreft waarbij geen ruimte bestaat om rekening te houden met bijvoorbeeld de nadelige gevolgen van de weigering voor de onderneming.

## 2. Het systeem van de GVA

De afgifte of weigering van de aangevraagde GVA geschiedt wettelijk door de Minister van Justitie en

Veiligheid<sup>2</sup> (nader: de Minister), maar de aanvraag wordt in de praktijk behandeld door het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent het Gedrag (COVOG) van Dienst Justis.<sup>3</sup> Op grond van art. 4.1 Aanbestedingswet 2012 (nader: de Wet) is de GVA een verklaring van de Minister inhoudende dat uit onderzoek is gebleken dat tegen de betrokken (rechts)persoon geen bezwaren bestaan in verband met inschrijving op aanbestedingen.<sup>4</sup> Dit onderzoek richt zich op twee verschillende categorieën strafrechtelijke antecedenten:<sup>5</sup>

1. onherroepelijke veroordelingen wegens misdrijven genoemd in art. 2.86 lid 6 van de Wet;
2. onherroepelijke veroordelingen wegens bepaalde andere misdrijven aangewezen in artikel 8 van het Aanbestedingsbesluit (nader: het Besluit).

Indien de GVA wordt aangevraagd voor een rechtspersoon, wat veelal het geval zal zijn, beslaat het onderzoek van de Minister naast de antecedenten van de rechtspersoon zelf, tevens de antecedenten van de bestuurders.<sup>6</sup> Art. 4.7 lid 3 van de Wet breidt dit onderzoek verder uit naar *'voormalige bestuur-*

---

2. Art. 4.4 Aanbestedingswet 2012.

3. <https://www.justis.nl/producten/gva/gva-aanvragen/>.

4. Onder aanbestedingen dienen tevens verstaan te worden overheidsopdrachten, speciale-sectoropdrachten, concessieovereenkomsten voor openbare werken of prijsvragen.

5. Naast strafrechtelijke antecedenten richt het onderzoek zich tevens op afgegeven beschikkingen van de ACM op grond van art. 56 Mededingingswet, en afgegeven beschikkingen van de Europese Commissie op grond van de mededingingsvoorschriften van art. 101 en 102 VWEU. Ik zal in dit artikel aan de rol van die beschikkingen bij het beoordelen van de aanvraag van een GVA geen nadere aandacht besteden. Voor een nadere beschouwing van de mededingingsrechtelijke uitsluitingsgronden onder de Wet en de gevolgen daarvan voor de GVA verwijs ik naar: M. Essers en R. Fröger, 'Aanbestedingsrechtelijke uitsluitingsgronden en het mededingingsrecht: wat moet een mededingingsjurist weten van de mogelijkheden tot uitsluiting in het aanbestedingsrecht', *Markt & Mededinging* 2016, p. 227-237.

6. Waaronder tevens de vennoten, maten of beheerders van die rechtspersoon dienen te worden verstaan.

---

1. Brendan Newitt is advocaat bij De Roos & Pen BV.

ders', zijnde personen die in de 12 maanden voor de GVA-aanvraag een bestuurder van de rechtspersoon waren, en nog steeds een beleidsbepalende functie binnen de rechtspersoon bekleeden.<sup>7</sup>

Het GVA-onderzoek ziet, anders dan bijvoorbeeld het onderzoek ten behoeve van een Verklaring Omtrent het Gedrag,<sup>8</sup> enkel op onherroepelijke veroordelingen. Sepots, strafbeschikkingen of transacties spelen bij de beoordeling geen rol. De terugkijktermijn bedraagt daarbij vijf jaren vanaf de dag van de aanvraag voor onherroepelijke veroordelingen voor feiten die genoemd worden in art. 2.86 lid 6 van de Wet, en drie jaren vanaf de dag van de aanvraag voor alle misdrijven die zijn aangewezen in het Besluit.<sup>9</sup>

Art. 4.10 lid 2 van de Wet schrijft dwingend voor dat de Minister de aangevraagde GVA weigert indien ten aanzien van de rechtspersoon of diens bestuurders binnen de terugkijktermijn van vijf jaar vanaf de aanvraag een onherroepelijke veroordeling is uitgesproken voor één van de in art. 2.86 lid 6 van de Wet genoemde misdrijven. Waar een dergelijke veroordeling een voormalig<sup>10</sup> bestuurder betreft dient afgifte van de GVA te worden geweigerd indien deze voormalig bestuurder op het moment van het nemen van het besluit op de GVA-aanvraag nog steeds een beleidsbepalende functie binnen de aanvragende rechtspersoon vervult.<sup>11</sup>

Indien in de drie jaar voorafgaand aan de aanvraag een onherroepelijke veroordeling bestaat van de rechtspersoon of diens (voormalige)<sup>12</sup> bestuurders voor één van de in het Besluit aangewezen misdrijven, dient weigering van de GVA (dwingend) te volgen indien bij de veroordeling:<sup>13</sup>

- een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf is opgelegd; en/of
- geldboeten,<sup>14</sup> taakstraffen of voorwaardelijke vrijheidsstraffen zijn opgelegd met een gezamenlijke waarde van in totaal € 35.000,- of meer, waarbij één uur taakstraf wordt gerekend als een geldboete van € 80,- en één dag

voorwaardelijke vrijheidsstraf wordt gerekend als een geldboete van € 160,-.

Uit het voorgaande blijkt dat veroordelingen voor feiten opgesomd in het Besluit veel milder worden beoordeeld dan veroordelingen voor feiten genoemd in art. 2.86 lid 6 van de Wet. Bij de feiten opgesomd in art. 2.86 lid 6 van de Wet speelt een twee jaar langere terugkijktermijn en is een enkele veroordeling, dus zelfs een schuldigverklaring zonder straf, een voldoende (en dwingende) reden tot weigering van de GVA. Een veroordeling voor een feit genoemd in het Besluit is verbonden aan een kortere terugkijktermijn en leidt enkel (dwingend) tot een weigering indien daarbij een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, een flinke geldboete (meer dan € 35.000,-), een maximale taakstraf<sup>15</sup> ofwel een forse voorwaardelijke vrijheidsstraf (meer dan 219 dagen) is opgelegd. Aan de twee categorieën strafbare feiten zijn dus twee verschillende toetsingsregimes verbonden, waarvan één strenger en één milder is.

Men zou gezien het verschil in toetsingsregimes dan ook verwachten dat de delicten genoemd in art. 2.86 lid 6 van de Wet van ernstiger aard zijn dan de delicten genoemd in het Besluit, of dat de delicten genoemd in art. 2.86 lid 6 van de Wet redelijkerwijs een groter gevaar opleveren voor de integriteit van aanbestedingsprocedures of het uitvoeren van overheidsopdrachten. Een korte blik op de twee verschillende categorieën delicten leert echter dat dat niet zondermeer het geval is.

De strafbare feiten die worden genoemd in art. 2.86 lid 6 van de Wet betreffen de misdrijven criminele organisatie (art. 140 Sr), ambtelijke omkoping (art. 177 en 178 Sr) actieve niet-ambtelijke omkoping (art. 328ter lid 2 Sr), verschillende vormen van valsheid in geschrift, akten en opgaven (art. 225, 226, 227, 227a en 227b Sr), mensenhandel (art. 273f Sr), subsidiefraude (art. 323a Sr) en (schuld- en gewoonte) witwassen (art. 420bis, 420ter en 420quater Sr).<sup>16</sup>

De delicten die zijn aangewezen in het Besluit betreffen ten eerste een aantal fraudedelicten die betoogbaar even ernstig zijn als de fraudedelicten genoemd onder art. 2.86 lid 6 van de Wet, zoals onder meer (schuld en gewoonte-)heling (art. 416-417bis Sr), verduistering (art. 321-323 Sr), oplichting, bedrog en concurrentievervalsing (art. 326-328bis Sr), passieve niet-ambtelijke omkoping (art. 328ter lid 1), niet-ambtelijke omkoping in het vooruitzicht van een dienstbetrekking (art. 328ter lid 4 en 5 Sr), bedrieglijk handelen in de bouw (art. 331 Sr), faillissementsfraude (art. 340-349 Sr), en het doen van valse belastingaangifte (art. 69 Awr). Tevens wijst het Besluit een aantal delicten aan die betoogbaar

7. Art. 4.9 lid 2 van de Wet. Tevens volgt dit (betoogbaar ten overvloede) uit art. 4.7 lid 3 jo artikel 4.4 lid 2 sub b en d van de Wet.

8. Bij een reguliere VOG mag binnen de geldende terugkijktermijn de gehele justitiële documentatie in ogenschouw worden genomen, en mag dus ook gekeken worden naar strafbeschikkingen, transacties, sepots en zelfs naar openstaande zaken.

9. Art. 4.8 lid 1 en 2 van de Wet.

10. Hier wordt bedoeld op een voormalig bestuurder in de zin van art. 4.7 lid 3 AW, dus personen die in de 12 maanden voor de aanvraag een bestuurder van de rechtspersoon waren en nog een beleidsbepalende functie binnen de rechtspersoon bekleeden.

11. Art. 4.10 lid 3 van de Wet.

12. In de zin van art. 4.7 lid 3 van de Wet, dus personen die in de 12 maanden voor de aanvraag een bestuurder van de rechtspersoon waren en nog een beleidsbepalende functie binnen de rechtspersoon bekleeden.

13. Zie art. 4.10 lid 2 van de Wet.

14. Zowel voorwaardelijke als onvoorwaardelijke geldboeten worden hierbij meegeteld.

15. De voorgeschreven omrekenwijze zou een enkele taakstraf van dan 4375 uur als maximum hanteren. De maximaal op te leggen taakstraf voor een feit bedraagt ex art. 22c Sr 240 uur.

16. Alsmede enige terroristische (voorbereidings-)misdrijven die ik hier verder buiten beschouwing zal laten.

veel ernstiger zijn, en in ieder geval met een veel hogere strafmaat worden bedreigd, dan de misdrijven genoemd in art. 2.86 lid 6 van de Wet, waaronder (betrokkenheid bij) aanslagen op het koningshuis, regering en staatshoofden (art. 92-96, 108, 115, 117 Sr) alsmede moord en doodslag (art. 287-289a Sr).

Naast de schijnbare willekeur van de indeling in één van beide categorieën voor wat betreft de ernst van de delicten, kan ook niet gezegd worden dat de misdrijven die onder het strengere toetsingsregime vallen redelijkerwijs een relevantere gevaarstelling opleveren voor de integriteit van aanbestedingsprocedures (of het uitvoeren van overheidsopdrachten) dan de misdrijven die onder het mildere toetsingsregime vallen. De voor die gevaarstelling toch zeer relevante misdrijven als concurrentievervalsing, oplichting en bedrieglijk handelen in de bouw, vallen bijvoorbeeld onder het mildere toetsingsregime.

Daarnaast valt op dat eenzelfde feitencomplex al naar gelang de voorkeur van de betrokken officier soms vervolgd zou kunnen worden onder bepaalde delictsomschrijvingen die ofwel onder het strengere, ofwel onder het mildere toetsingsregime vallen. Eenzelfde samenstel van handelingen kan vaak bijvoorbeeld zowel onder de delictsomschrijving van witwassen als onder de delictsomschrijving van heling worden gebracht. Daarenboven is sprake van enkele schijnbaar niet goed verdedigbare indelingskeuzen, waarbij bijvoorbeeld actieve niet-ambtelijke omkoping gedurende een dienstbetrekking (art. 328ter lid 2 Sr) onder het strengere toetsingsregime is geplaatst, en actieve niet-ambtelijke omkoping *in het vooruitzicht van een dienstbetrekking* (art. 328ter lid 5 Sr) onder het mildere regime, terwijl beide delictsomschrijvingen dezelfde gedraging behelzen, hetzelfde belang beschermen, en met eenzelfde straf bedreigd worden.<sup>17</sup>

De achtergrond van deze schijnbare willekeur is ietwat opaak. Ik zal voor een beter begrip van het aangebrachte onderscheid daarom nader uitweiden over de toepasselijke EU-Richtlijn waarin het verschil in toetsingscategorieën zijn oorsprong vindt.

### 3. Implementatie Richtlijn 2014/24/EU

Een groot deel van de bepalingen waarop de toetsingsmaatstaven van de GVA zijn gebaseerd,<sup>18</sup> heeft te gelden als implementatie van art. 57 van Richtlijn 2014/24/EU (nader: de Richtlijn). Art. 57 van de Richtlijn regelt zowel de dwingende uitsluitingsgronden die zijn geïmplementeerd middels art. 2.86

lid 2 van de Wet<sup>19</sup> als de facultatieve (nationale) uitsluitingsgronden die zijn geïmplementeerd middels art. 2.87 van de Wet en art. 8 van het Besluit.<sup>20</sup>

Art. 57 lid 1 van de Richtlijn<sup>21</sup> luidt kort gezegd dat overheidsaanbestedingen niet mogen worden gegund aan ondernemers die veroordeeld zijn voor deelname aan een criminele organisatie of die zich schuldig hebben gemaakt aan omkoping, fraude ten nadele van de financiële belangen van de EU, opzetwitwassen<sup>22</sup> of mensenhandel.<sup>23</sup> Deze limitatieve dwingende uitsluitingsgronden zijn onder verwijzing naar de specifieke Europese regelgeving haast gelijklopend overgenomen in art. 2.86 lid 2 van de Wet. Aan deze dwingende uitsluitingsgronden wordt door de Richtlijn<sup>24</sup> een terugkijktermijn verbonden van vijf jaren.

Art. 57 lid 4 van de Richtlijn<sup>25</sup> staat toe dat ook aangetoonde betrokkenheid bij andere strafbare feiten in de nationale wetgeving kan worden opgenomen als facultatieve uitsluitingsgrond.<sup>26</sup> Aan nationaal voorgeschreven facultatieve uitsluitingsgronden verbindt de Richtlijn een maximale terugkijktermijn van drie jaren.<sup>27</sup>

Tot zover roept de Richtlijn en de implementatie daarvan weinig vragen op. De Richtlijn schrijft ten aanzien van aanbestedingen een limitatief aantal dwingende uitsluitingsgronden voor en staat tevens toe dat de nationale autoriteiten een aantal facultatieve uitsluitingsgronden hanteren, zij het met een kortere terugkijktermijn. De Richtlijn kent als zodanig geen systeem van een gedragsverklaring, maar de Nederlandse wetgever die wel voor zo een systeem gekozen heeft, merkt de uitsluitingsgronden voor aanbestedingen begrijpelijkerwijs (tevens) aan als weigeringsgronden voor een GVA.

Art. 2.86 lid 6 van de Wet voert zoals eerder uiteengezet echter een groot aantal strafbare feiten op, die volgens dat artikellid '*in ieder geval*' zouden moeten worden aangemerkt als vormen van de in art. 57 lid

17. Goed betoogbaar is overigens dat veroordeling voor alle vormen van niet-ambtelijke omkoping op grond van art. 57 lid 1 ahf en sub b van Richtlijn 2014/18/EU (zie hierna) als dwingende uitsluitingsgrond hadden dienen te worden geïmplementeerd.

18. Het betreft hier enkel de toetsingsmaatstaven voor het weigeren van de GVA, de richtlijnen kennen als zodanig niet een instrument als de GVA.

19. De dwingende uitsluitingsgronden staan in art. 57 lid 1 en 2 van de Richtlijn. De dwingende uitsluitingsgrond van art. 57 lid 2 van de Richtlijn ziet op niet betalen van belastingen en premies en zal ik in dit strafrechtelijk ingestoken artikel buiten beschouwing laten.

20. J<sup>o</sup> art. 2.87 van de Wet. Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 78.

21. Alsmede overweging 100 van de preambule van de Richtlijn.

22. Art. 1 van Richtlijn 2005/60/EG waarnaar art. 57 lid 1 sub e Richtlijn verwijst beperkt zich tot opzetwitwassen.

23. Alsmede enige terroristische (voorbereidings-)misdrijven waaraan ik hier verder geen aandacht zal besteden.

24. Art. 57 lid 7 van de Richtlijn.

25. Geïmplementeerd middels art. 2.87 lid 1 sub van de Wet.

26. Voornamelijk middels het aanmerken daarvan als aangetoonde ernstige beroepsfout in de zin van art. 57 lid 4 ahf en sub c van de Richtlijn, geïmplementeerd in art. 2.87 ahf en sub c van de Wet.

27. Art. 57 lid 7 van d Richtlijn.

1 van de Richtlijn<sup>28</sup> limitatief opgesomde dwingende uitsluitingsgronden, waaronder schuldwitwassen, subsidiefraude en de verschillende vormen van valsheid in geschrift, akten en opgaven, ook indien daarbij kennelijk geen belangen van de EU zijn gemeoid. Hiermee lijkt *de facto* tot een uitbreiding van de dwingende uitsluitingsgronden te zijn gekomen, welke strijdig lijkt met het limitatieve karakter van de opsomming van art. 57 lid 1 van de Richtlijn.<sup>29</sup> Sommige van de delicten waarmee de Nederlandse wetgeving de dwingende uitsluitingsgronden uitbreidt, zijn daarenboven met enig recht *prosecutor's darlings* te noemen (met name schuldwitwassen en valsheid in geschrifte) waarbij ook relatief welwillende en eerzame ondernemingen en bestuurders onder kwade omstandigheden betrokken kunnen raken. Men zou verwachten dat voor deze uitbreiding dan ook een duidelijke rechtvaardiging te vinden is in de wetsgeschiedenis.

#### 4. Wetsgeschiedenis

In de wetsgeschiedenis kan voor deze *de facto* uitbreiding in kennelijke strijd met de Richtlijn echter niet eenvoudig een afdoende verklaring worden gevonden.

De aan art. 2.86 lid 6 van de Wet voorafgaande Nederlandse implementatie<sup>30</sup> van delicten waarvoor een veroordeling een dwingende uitsluitingsgrond zou opleveren was art. 45 van het Besluit aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten 2005 (nader: Bao).<sup>31</sup> De Nota van Toelichting<sup>32</sup> bij dit besluit besteedde weinig aandacht aan het onderwerp en leek er (ten onrechte) eenvoudigweg vanuit te gaan dat al de in art. 45 Bao genoemde misdrijven per definitie telkens een dwingende uitsluitingsgrond als bedoeld in het betreffende artikel van de (toenmalige) richtlijn<sup>33</sup> hadden te gelden.

Meer specifiek stelde de Nota van Toelichting in dat kader:<sup>34</sup> *'De in artikel 45, eerste lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG genoemde gedragingen zijn strafbaar gesteld in de in artikel 45, eerste lid, van dit besluit genoemde artikelen van het Wetboek van Strafrecht, zodat in dit besluit volstaan kan worden met een verwijzing naar die artikelen. De artikelen verwijzen respectievelijk naar deelneming aan een criminele organisatie (artikel 140 WvSr), omkoping van ambtenaren (artikelen 177 en 177a WvSr), valsheid in geschrifte, val-*

*se opgave in authentieke akte en verstrekking onjuiste gegevens (artikelen 225, 227, 227a en 227b WvSr), valselijk aanwenden van een subsidie van de EG (artikel 323a WvSr), steekpenningen (artikel 328ter, tweede lid, WvSr), heling (artikelen 416, 417, 417bis WvSr) en witwassen (artikelen 420bis, 420ter of 420quater WvSr)'. Het is hieruit niet goed af te leiden hoe de Kroon in kennelijke afwijking van de destijds geldende Richtlijn 2004/18/EG tot de overtuiging kwam dat al deze misdrijven telkens als dwingende uitsluitingsgrond in de zin van die richtlijn zouden hebben te gelden.*

Ook de Memorie van Toelichting bij de Wet geeft geen rechtvaardiging voor de opname van al deze misdrijven in de enumeratie van delicten die onder art. 2.86 lid 6 van de Wet steeds zouden hebben te gelden als vormen van de in art. 57 lid 1 van de Richtlijn opgesomde strafbare feiten waarvan veroordeling dwingt tot uitsluiting. De Memorie van Toelichting merkt daarover enkel op:<sup>35</sup> *'Om de toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden op Nederlandse gegadigden of inschrijvers te vergemakkelijken somt het [zesde lid]<sup>36</sup> op welke veroordelingen uit het Wetboek van Strafrecht als veroordelingen als bedoeld in het tweede lid worden aangemerkt. Deze opsomming was ook al opgenomen in het Bao en het Bass.'* Ook op deze toelichting valt wel enige kritiek te uiten. Ten eerste mag worden opgemerkt dat het *'vergemakkelijken'* van de toepassing van dwingende uitsluitingsgronden bezwaarlijk een afdoende rechtvaardiging biedt voor het in kennelijke strijd met een Richtlijn uitbreiden van die dwingende uitsluitingsgronden. Een rechtvaardiging voor de uitbreiding kan evenmin redelijkerwijs gevonden worden in de genoemde omstandigheid dat deze opsomming van misdrijven reeds eerder aanwezig was in de voorafgaande AMvB's (het Bao en het Bass). Zulks in ieder geval niet nu de Nota van Toelichting bij het Bao tevens geen rechtvaardiging bood voor deze *de facto* uitbreiding van de limitatief bedoelde dwingende uitsluitingsgronden van de Richtlijn.<sup>37</sup>

Daarenboven mag worden opgemerkt dat de vaststelling in de Memorie van Toelichting inhoudende dat de opsomming van misdrijven van art. 2.86 lid 6 van de Wet reeds aanwezig was in het Bao, niet volledig in overeenstemming lijkt met de werkelijkheid. De opsomming van misdrijven van art. 45 Bao noemde gedurende zijn gehele geldingsduur<sup>38</sup> de helingsbepalingen van art. 416 t/m 417bis Sr als misdrijven waarvoor een veroordeling te gelden had als dwingende uitsluitingsgrond. Bij invoer-

28. En art. 2.86 lid 2 van de Wet.

29. Vgl. HvJ EU 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04, ECLI:EU:C:2006:94 (*La Cascina en Zilch*).

30. Dit betreft de implementatie van art. 45 van Richtlijn 2004/18/EG (oud) welke als rechtsvoorganger te gelden heeft van art. 57 van Richtlijn 2014/24/EU.

31. Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten). *Stb.* 2005, 408.

32. *Stb.* 2005, 408, p. 56 e.v.

33. Dit betreft art. 45 van Richtlijn 2004/18/EG (oud).

34. *Stb.* 2005, 408, p. 80.

35. *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, 3, p. 79.

36. In de MvT wordt dit nog het derde lid genoemd, maar inmiddels betreft dit na een latere wijziging het zesde lid.

37. Het Bass (Besluit Aanbesteding Speciale Sectoren) verwees voor de uitsluitingsgronden die met strafrechtelijke antecedenten verband hielden naar art. 45 BAO, dus aan het Bass zal ik hier geen aparte aandacht besteden.

38. Tot aan diens intrekking bij de invoering van de Wet.



ring van de Wet<sup>39</sup> werden die helingsbepalingen echter niet langer opgenomen in de opsomming van dwingende uitsluitingsgronden van art. 28.6 lid 6,<sup>40</sup> maar werden deze helingsartikelen plots als facultatieve uitsluitingsgronden opgenomen in art. 8 van het Aanbestedingsbesluit.<sup>41</sup> Dit terwijl de onderliggende Richtlijn in de betreffende periode ter zake geen wijzigingen had ondergaan. Zelfs de stelling uit de Memorie van Toelichting inhouden de dat de opsomming van art. 2.86 lid 6 van de Wet rechtstreeks is overgenomen van de opsomming van art. 45 Bao is daarmee niet volledig te volgen. Geconcludeerd lijkt daarom te moeten worden dat de wetsgeschiedenis geen toereikende verklaring bevat voor de *de facto* uitbreiding in art. 2.86 lid 6 van de Wet van de limitatief opgesomde dwingende uitsluitingsgronden van de Richtlijn.

## 5. Richtlijnconforme interpretatie / buiten toepassing laten met Richtlijn strijdige bepalingen

Op grond van al het bovenstaande is aldus betoogbaar dat sprake is van een op delen onjuiste implementatie van de Richtlijn. Waar de Richtlijn een limitatieve opsomming geeft van de dwingende weigeringsgronden met betrekking tot overheidsaanbestedingen, heeft Nederland in art. 2.86 lid 6 van de Wet deze limitatieve weigeringsgronden in strijd met de richtlijnen uitgebreid door daar tevens onder te verstaan schuldwitwassen alsmede subsidiefraude en de verschillende vormen van valsheid in geschrift, akten en opgaven, ook indien daarbij kennelijk geen belangen van de EU zijn gemoeid. Dit, aldus de wetsgeschiedenis, om '*de toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden op Nederlandse gegadigden of inschrijvers te vergemakkelijken*'. De vraag rijst daarmee of deze nationale uitbreiding van de dwingende uitsluitingsgronden houdbaar is, of dat de Minister (of in beroep de rechtbank) gehouden is de Richtlijn te laten prevaleren middels ofwel richtlijnconforme interpretatie ofwel het buiten toepassing laten van met de richtlijn strijdige bepalingen. Deze vraag is volgens de mij beschikbare bronnen niet eerder door de rechtspraak beantwoord.

### *Richtlijnconforme interpretatie*

Wanneer na afloop van de omzettingstermijn een richtlijn niet correct is omgezet (of incorrect wordt toegepast) moeten de nationale autoriteiten beoordelen of richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht mogelijk is.<sup>42</sup> Dit geldt ook in het geval

naar nationaal recht sprake is van een gebonden beschikking, zoals in het onderhavige geval.<sup>43</sup> De nationale autoriteiten dienen daartoe binnen hun bevoegdheden, gelet op het gehele interne recht, al het mogelijke te doen om de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doestelling.<sup>44</sup> Om te komen tot een richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht moeten zo nodig alle mogelijke nationale uitleggingsmethoden worden gebruikt.<sup>45</sup> Een van de hoofddoelstellingen van de Richtlijn is het bevorderen van daadwerkelijke mededinging bij aanbestedingen van overheidsopdrachten.<sup>46</sup> Deze doelstelling wordt onder meer bereikt door een verplichting voor de lidstaten om slechts een limitatief aantal dwingende uitsluitingsgronden voor te schrijven, met daaraan verbonden een maximale terugkijktermijn van vijf jaren, en aan (nationaal) voorgeschreven facultatieve uitsluitingsgronden een maximale terugkijktermijn van drie jaren.<sup>47</sup> Op deze wijze worden niet meer ondernemingen uitgesloten van het inschrijven op aanbestedingen dan strikt noodzakelijk, hetgeen de door de Richtlijn beoogde mededinging bevordert. Om volle werking van de Richtlijn te verzekeren hebben de nationale autoriteiten daarmee de plicht om alle mogelijke uitleggingsmethoden van het nationale recht toe te passen om art. 2.86 lid 6 van de Wet te lezen in conformiteit met (de doelstelling van) de Richtlijn. De Minister zou daarmee in beginsel de plicht hebben om bij beoordeling van een GVA-aanvraag te bezien of het binnen de nationale uitleggingswijzen mogelijk is om art. 2.86 van de Wet zo uit te leggen dat een veroordeling voor schuldwitwassen geen dwingende uitsluitingsgrond oplevert, en dat subsidiefraude en de verschillende vormen van valsheid in geschrift, akten en opgaven, enkel te gelden hebben als een dwingende uitsluitingsgrond indien bij de delicten relevante belangen van de EU waren gemoeid. Mede indachtig de door de wetgever niet nader gemotiveerde verplaatsing van de verschillende vormen van heling van de dwingende uitsluitingsgronden, naar de facultatieve uitsluitingsgronden bij invoering van de Wet, zou het wellicht mogelijk zijn om een veroordeling voor de feiten waarmee art. 2.86 lid 6 van de Wet in strijd is met de Richtlijn is uitgebreid, niet op te vatten een dwingende uitsluitingsgrond ex art. 2.86 lid 6 van de Wet maar als facultatieve uitsluitingsgrond ex art. 8 van het Besluit.<sup>48</sup>

gen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht, p. 207-226.

39. Bekendmaking *Stb.* 2012, 542, iwtr. 1 april 2013, *Stb.* 2013, 57.

40. Bij invoering van de Wet betrof dit art. 2.86 lid 3 van de Wet.

41. Vgl. Bleeker, T&C Aanbestedingswet 2012, aantekening 2 bij artikel 4.7.

42. R. Widdershoven. '*De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde*' (2012), H.R.B.M. Kummeling, (ed.), De samengestelde Besselink. Brug-

43. HvJ EU 15 september 2011 (Müksch), ECLI:EU:C:2011:585, AB2011, 322.

44. HvJ EU 24 mei 2012, C-97/11 (*Amia Spa t. Provincia Regionale di Palermo*).

45. HvJ EU 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*).

46. Zie overweging 2 van de preambule bij 2004/18/EG en overweging in van de preambule bij 2014/24/EU.

47. Art. 57 lid 5 van de Richtlijn.

48. J° art. 2.87 lid 1 sub c en art. 4.7 lid 1 sub b van de Wet.

Deze delicten richtlijnconform interpreteren als een facultatieve uitsluitingsgrond heeft als voordeel dat de Minister nog steeds Justitiële Documentatie met betrekking tot deze feiten kan meewegen in zijn beoordeling van GVA-aanvragen, en daarmee de kennelijke wens van de wetgever ter zake recht doen, zonder in directe strijd te handelen met de Richtlijn. Gevolg van zo een richtlijnconforme interpretatie zou zijn dat met betrekking tot deze feiten het mildere toetsingsregime dient te worden toegepast.<sup>49</sup>

#### *Buiten toepassing laten met richtlijn strijdige bepalingen*

De omzettingstermijn van de Richtlijn is reeds geruime tijd verstreken en de bepaling van art. 57 van de Richtlijn omtrent de toepassing en de terugkijktermijn mag voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk worden genoemd. Hierdoor zou aan de Richtlijn in beginsel rechtstreekse werking toekomen.<sup>50</sup> Indien een nationale bepaling niet richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd dient de nationale bepaling in beginsel buiten toepassing te worden gelaten voor zover deze strijdig is met de richtlijn.<sup>51</sup>

Indien de Minister (of de rechter in geval van beroep) aldus mocht menen dat een richtlijnconforme uitleg binnen alle bestaande Nederlandse interpretatiemogelijkheden niet mogelijk is, is betoogbaar dat de bepaling van art. 2.86 lid 6 van de Wet voor zover deze in strijd is met de Richtlijn, veroordeling voor bepaalde misdrijven aanmerkt als een dwingende uitsluitingsgrond, buiten toepassing moet worden gelaten wegens strijdigheid met een rechtstreeks werkende bepaling van de Richtlijn. In zo een geval zouden eerdere veroordeling voor feiten die in strijd met de Richtlijn zijn opgenomen in art. 2.86 lid 6 van de Wet in het geheel niet meer meegewogen worden bij het beoordelen van een GVA-aanvraag.<sup>52</sup>

Hoewel dit specifieke vraagstuk zoals eerder opgemerkt volgens de mij beschikbare bronnen niet eerder aan een rechter is voorgelegd, mag worden opgemerkt dat het HvJ EU wel eerder in een gelijksoortige Italiaanse kwestie heeft bepaald dat een buitentoepassingstelling van een nationale 'vergemakkelijking' van een bepaling van de destijds geldende aanbestedingsrichtlijn geboden was.

In de zaak *Costanzo*<sup>53</sup> was door de lokale autoriteiten bij een aanbesteding met betrekking tot een voet-

balstadion de Italiaanse omzettingswet toegepast die uitvoering gaf aan de toenmalige aanbestedingsrichtlijn 71/305. Art. 29 lid 5 van die richtlijn schreef voor dat de aanbestedende dienst in geval van een duidelijk abnormaal lage inschrijving verplicht was de samenstelling daarvan te onderzoeken, en desgevallend de inschrijver om nadere inlichtingen te verzoeken. De Italiaanse omzettingswet had verkozen deze bepaling te 'vergemakkelijken' en schreef de automatische afwijzing voor van inschrijvingen die een bepaald percentage lager waren dan de gemiddelde afwijking van het referentiebedrag. Door dit vergemakkelijken van de richtlijn in diens belangen geschade onderneming (die door zijn lage inschrijving de aanbesteding was misgelopen) begon een procedure waarin prejudiciële vragen werden gesteld. Het HvJ EU besliste daarop dat art. 29 lid 5 van aanbestedingsrichtlijn 71/305 rechtstreekste werking had, en dat de nationale vereenvoudiging daarmee in strijd was. De nationale omzettingswet moest daarom op dat punt buiten toepassing moest worden gelaten.

De gelijkenissen tussen deze uitspraak van het HvJ EU en de Nederlandse uitbreiding van de dwingende uitsluitingsgronden zijn mijns inziens reëel. In beide gevallen is sprake van een 'vergemakkelijken' van de aanbestedingsrichtlijn die ondernemingen in hun directe belangen kan raken. Het is daarmee niet denkbeeldig dat ook art. 2.86 lid 6 van de Wet buiten toepassing gelaten zou dienen te worden<sup>54</sup> voor zover deze ten onrechte veroordeling voor bepaalde misdrijven aanwijst als een dwingende uitsluitingsgrond in de zin van art. 57 van de Richtlijn.

## 6. Afsluitende lessen voor de praktijk

Indien men een verdachte onderneming bijstaat wiens werkzaamheden in relevante mate voortvloeien uit aanbestedingen, of een (voormalig)<sup>55</sup> bestuurder van zo een onderneming, is het niet enkel raadzaam, maar tevens noodzakelijk om de gevolgen voor de GVA-afgifte van enige afdoening van de zaak in ogenschouw te houden.

Het feit dat enkel onherroepelijke veroordelingen in de beoordeling van de GVA-aanvraag worden meegewogen, vormt een sterk (aanvullend) argument om een transactie, voorwaardelijk sepot of strafbeschikking als uitkomst van de zaak te bijveren en het niet op een inhoudelijke zitting aan te laten komen. Tevens valt het, indien een afdoening buiten rechte niet mogelijk blijkt, te overwegen om met Openbaar Ministerie af te stemmen dat waar mogelijk niet een strafbaar feit uit art. 2.86 lid 6 van de Wet ten laste wordt gelegd, maar een ge-

wetgeving: enkele beschouwingen over driehoeksverhoudingen, rechtstreekse werking, richtlijnconforme interpretatie en het arrest Wells', *RegelMaat*, 2005/1, p. 266.

54. Vgl. HR 18 September 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, NJ 2016/166.

55. In de zin van art. 4.7 lid 3 van de Wet.

49. Gezegd kan worden dat dit ook zou stroken met het kennelijk doel van de GVA zoals omschreven in art. 2.89 van de Wet.

50. Zaak 26/62 (*Van Gend en Loos*) *Jur.* 1963, p. 3 en zaak 8/81 (*Becker*) *Jur.* 1982.

51. HvJ EU 12 oktober 2010, C499/08 (*Dansk Industri*) ECLI:EU:2010:600.

52. Althans niet totdat deze worden opgenomen en artikel 8 van het Besluit.

53. Zaak 103/88 (*Costanzo*), *Jur.* 1989, p. 1839. Tevens is geput uit de nadere toelichting op dit arrest in: Mr. S. Belhaj en prof. dr. B. Hessel: 'De rol van de decentrale overheden bij met EG-richtlijnen strijdige nationale

lijksoortig artikel genoemd in het Besluit.<sup>56</sup> Indien een enkele geldboete of zelfs een 9a wordt opgelegd voor bijvoorbeeld schuldwitwassen (genoemd in art. 2.86 lid 6 van de Wet) is de Minister immers gedwongen tot weigering van de GVA, terwijl indien het gelijksoortige schuldheiling (genoemd in het Besluit) ten laste zou zijn gelegd, een maximale taakstraf of een voorwaardelijke vrijheidsstraf van maximaal 218 dagen nog geen bezwaar zou vormen voor het toekennen van een GVA.

Indien een onderneming in reactie op diens aanvraag een voornemen tot weigering ontvangt in verband met de justitiële documentatie van een voormalig bestuurder die nog steeds beleidsbepaler is, kan de onderneming in overweging nemen of het afscheid nemen van die voormalig bestuurder als beleidsbepaler binnen de organisatie een offer is welke de onderneming bereid is te maken. Een dergelijk afscheid van de voormalig bestuurder kan dan in de zienswijze naar aanleiding van het voornemen tot afwijzing worden aangevoerd, waarna de afgifte van de GVA weer mogelijk wordt. Indien men geconfronteerd wordt met een situatie waarin een (voornemen tot) afwijzing van een aangevraagde GVA speelt omdat de onderneming of een (voormalig) bestuurder binnen de terugkijktermijn veroordeeld is voor schuldwitwassen, dan wel subsidiefraude of de verschillende vormen van valsheid in geschrift, akten en opgaven (indien daarbij kennelijk geen belangen van de EU zijn gemoeid) is minst genomen betoogbaar dat deze feiten in afwijking van de Wet niet onmiddellijk dienen te leiden tot weigering van de GVA. Middels een beroep op richtlijnconforme interpretatie dan wel buiten toepassing laten van met supranationaal dwingend recht strijdige bepalingen zou mogelijk alsnog tot afgifte van de GVA gekomen kunnen worden.

---

56. Betoogbaar is dat zelf het voorstellen van het ten laste laten leggen van een op papier ernstiger feit uit het Besluit in het kader van het verkrijgen van een GVA in het voordeel kan zijn van het bedrijf.