

## LEGAL UPDATE

### Is een strafbeschikking OM een uitsluitingsgrond in een aanbesteding?

Datum: 1 september 2021

Op 18 augustus 2021 heeft de [Rechtbank Den Haag](#) beoordeeld of een strafbeschikking van het OM een uitsluitingsgrond in een aanbesteding is. De zaak ging over een aanbesteding van zwemvervoer. De gemeente Den Haag wilde deze opdracht gunnen aan een vervoersbedrijf, waarvan de bestuurder vorig jaar een onherroepelijke strafbeschikking van het OM opgelegd heeft gekregen vanwege betrokkenheid bij niet-ambtelijke omkoping. Een andere inschrijver, BAB-VIOS, is het niet eens met de voorlopige gunningsbeslissing. Volgens BAB-VIOS had de gemeente het vervoersbedrijf moeten uitsluiten, onder andere omdat een strafbeschikking van het OM naar haar mening gelijk staat aan een rechterlijke veroordeling en dus een verplichte uitsluitingsgrond (artikel 2.86 lid 2 sub b Aanbestedingswet) oplevert.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente het vervoersbedrijf niet had moeten uitsluiten. Allereerst is er volgens de rechter geen sprake van een verplichte uitsluitingsgrond ex artikel 2.86 lid 2 sub b Aanbestedingswet. Deze uitsluitingsgrond geldt alleen als het gaat om een veroordeling in een onherroepelijk vonnis voor het begaan voor in het artikel benoemde delicten. Een strafbeschikking van het OM is volgens de rechter niet zo'n onherroepelijke veroordeling. Daarbij speelt onder andere mee dat het OM geen rechter is en er dus geen contradictoir proces plaatsvindt. Als de wetgever een strafbeschikking gelijk had willen stellen met een rechterlijke uitspraak, dan had dit in de wet(-geschiedenis) moeten zijn benoemd.

Daarnaast is er volgens de rechter ook geen sprake van de facultatieve uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' ex artikel 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet. Bij deze uitsluitingsgrond worden alleen ernstige fouten betrokken die zich in de drie jaar voorafgaand aan de inschrijving hebben voorgedaan. Zie in dit kader ook onze [noot](#). De verweten gedragingen van de bestuurder vonden plaats voor deze 'terugkijktermijn'. Dat de strafbeschikking nog wel binnen de terugkijktermijn is opgelegd, leidt niet tot een ander oordeel. Omdat de uitsluitingsgrond van een 'ernstige beroepsfout' niet van toepassing is, heeft het vervoersbedrijf zich ook niet schuldig gemaakt aan een valse verklaring door het niet benoemen van de strafbeschikking in haar inschrijving.

Tot slot benoemt de voorzieningenrechter nog dat ook als wél een uitsluitingsgrond op het vervoersbedrijf van toepassing zou zijn geweest, dit niet zonder meer tot uitsluiting had hoeven te leiden. De gemeente had de inschrijver dan in gelegenheid moeten stellen te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen (artikel 2.87a Aanbestedingswet). Ook had de gemeente kunnen afzien van toepassing van de uitsluitingsgronden, als uitsluiting naar haar oordeel niet proportioneel zou zijn geweest gezien de verstreken tijd sinds de fout/veroordeling en het voorwerp van de opdracht (artikel 2.88 Aanbestedingswet).

De beslissing om tot uitsluiting over te gaan is een beslissing waar de aanbestedende dienst zelf veel beoordelingsruimte bij heeft. De rechter toetst slechts marginaal.

Dit is een Legal Update van Walter Engelhart.

Voor meer informatie:

Walter Engelhart  
+31 30 25 95 572  
[walterengelhart@vbk.nl](mailto:walterengelhart@vbk.nl)