

Overheidsopdrachten. Valse verklaringen van een derde op wiens draagkracht men beroep doet: automatische uitsluiting van de inschrijver?



Mr. Jens Debievre

Partner

jens.debievre@lydian.be

Het overheidsopdrachtenrecht laat kandidaten en inschrijvers toe om beroep te doen op derden teneinde de gestelde selectiecriteria te voldoen en dit ongeacht de rechtsband met deze derde (onderaannemer, verbonden onderneming, volstreekte derde). Voor deze derde moet, voor zover het een Europees bekend te maken opdracht betreft, het Uniform Europees Aanbestedingsdocument worden ingevuld, zodat kan worden nagegaan of deze derde niet moet worden uitgesloten o.g.v. de uitsluitingsgronden. Hierin kan de betrokken derde zich bezondigen aan valse verklaringen. In zijn arrest van 3 juni 2021 (CURIA - List of results (europa.eu)) heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken over hoe de aanbestedende dienst moet omgaan met valse verklaringen vanwege derden op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan.

1 BEROEP OP DE DRAAGKRACHT VAN EEN DERDE | INVULLEN UEA

Indien een kandidaat of inschrijver zelf niet kan voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria die de aanbestedende dienst heeft opgelegd voor een bepaalde overheidsopdracht, kan hij zich beroepen op de draagkracht van andere entiteiten om alsnog hieraan te voldoen (cf. art. 78 Wet Overheidsopdrachten van 17 juni 2016). Hierbij moet de kandidaat of inschrijver aantonen dat hij daadwerkelijk beroep kan doen op deze draagkracht, door het voorleggen van een verbintenis vanwege deze derde (art. 73 KB Plaatsing 18 april 2017). Tevens moet in dit geval het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) worden ingevuld voor deze derde (art. 73 §1 Wet Overheidsopdrachten). Ontbreekt dit UEA, zal dit leiden tot de niet-selectie cq. onregelmatigheid van de offerte (zie o.a. RvS 10 juli 2018, nr. 242.902). Voor elke entiteit op wiens draagkracht men zich beroept, zal een afzonderlijk UEA moeten worden ingevuld (zie o.a. RvS 24 augustus 2018, nr. 242.220).

2 UITSLUITINGSGRONDEN T.A.V. EEN DERDE OP WIENS DRAAGKRACHT BEROEP WORDT GEDAAN

De uitsluitingsgronden zoals van toepassing op de kandidaat of inschrijver, zijn evenzeer van toepassing op elke entiteit op wiens draagkracht de inschrijver beroep wenst te doen (art. 64, 3° KB Plaatsing). Wordt in hoofde van de derde entiteit een verplichte uitsluitingsgrond tegengeworpen (bv. sociale en fiscale schulden) of wordt hem verweten aan het selectie criterium waarvoor zijn draagkracht wordt ingeroepen, niet te voldoen, moet de aanbestedende dienst de vervanging van die derde eisen. Betreft het een facultatieve uitsluitingsgrond (bv. ernstige beroepsfout), kan de aanbestedende dienst deze vervanging vragen. Geeft de kandidaat of inschrijver geen gevolg aan dit verzoek tot vervanging, wordt deze geweerd (art. 73 KB Plaatsing). Een van de facultatieve uitsluitingsgronden is het in ernstige mate afleggen van valse verklaringen m.b.t. de uitsluitingsgronden of selectiecriteria (art. 69, 8° Wet Overheidsopdrachten).

3 HET RAD SERVICE – ARREST VAN 3 JUNI 2021

In een Italiaanse plaatsingsprocedure werd een inschrijver uitgesloten, omdat de derde entiteit waarop hij zich beriep een valse verklaring had afgelegd in diens UEA, m.n. een in kracht van gewijsde gegaan vonnis had verzwegen waarin deze derde een straf werd opgelegd. Hierdoor achtte de Italiaanse aanbestedende overheid de verplichting om in het UEA te antwoorden op de vraag of er ernstige beroepsfouten zijn begaan, geschonden (cf. art. 69, 3° Wet Overheidsopdrachten). Onder het Italiaanse overheidsopdrachtenrecht moet de inschrijver in dergelijk geval van rechtswege worden uitgesloten, zonder dat de inschrijver de kans krijgt om de betrokken derde te vervangen. Het Hof van Justitie werd gevraagd de bestaanbaarheid van deze oplossing met de EU overheidsopdrachtenrichtlijnen na te gaan.

Volgens het Hof vloeit uit de regels m.b.t. de corrigerende maatregelen (art. 70 Wet Overheidsopdrachten) voort dat slechts subsidiair, indien geen enkele corrigerende maatregel werd genomen of deze maatregelen onvoldoende werden geacht, de vervanging van de derde entiteit kan worden geëist. Dit is des te meer het geval bij facultatieve uitsluitingsgronden, zoals toegepast op derde entiteiten, waarover de kandidaat of inschrijver geen zeggenschap heeft (cf. HvJ 30 januari 2020, C-395/1). Het Hof wijst o.m. de werking van het proportionaliteitsbeginsel, zoals vervat in overweging 101 voorafgaand aan Richtlijn 24/2014/EU.

Kortom, de Italiaanse, automatische sanctie van de uitsluiting van een inschrijver die zich beroept op de draagkracht van een derde die een valse verklaring aflegt in diens UEA m.b.t. eerdere strafrechtelijke veroordelingen (die de professionele integriteit aantasten), is strijdig met de overheidsopdrachtenrichtlijnen. De aanbestedende dienst moet rekening houden met de middelen waarover de inschrijver beschikt om de waarachtigheid van de verklaringen van de betrokken derde na te gaan. Bovendien is voorgeschreven dat de aanbestedende dienst de mogelijkheid heeft om de vervanging van deze derde te vragen, zodat een automatische

sanctionering van de inschrijver, met de disproportionele straf van de uitsluiting, onevenredig is met het nagestreefde doel van de betrokken regels. Wel wijst het Hof erop dat bij gebeurlijke vervanging van de derde dit niet mag leiden tot de wijziging van de offerte, teneinde de gelijke behandeling der inschrijvers en de transparantie van de procedure te waarborgen.

4 LES VOOR DE BELGISCHE PRAKTIJK

De Belgische overheidsopdrachtenregels kennen niet de hierboven besproken automatische uitsluiting. Sterker nog, ook derde entiteiten moeten kunnen genieten van de mogelijkheid tot corrigerende maatregelen (cf. art. 73, §1, tweede lid KB Plaatsing). Echter, artikel 70 Wet Overheidsopdrachten vereist dat de corrigerende maatregelen op eigen initiatief door de kandidaat of inschrijver worden aangereikt (zie onze eerdere e-zine). Dit is mogelijk problematisch wat betrokken derden betreft. De voorzichtige kandidaat of inschrijver bevroegt de derde op wiens draagkracht hij beroep doet dus best op voorhand, d.w.z. bij de opmaak van het UEA voor deze derde, over de noodzaak om corrigerende maatregelen te melden. Verder kan natuurlijk in de verbintenis die deze derde moet aangaan, worden verduidelijkt wat staat te gebeuren als de kandidaat of inschrijver achter het net vist t.g.v. bv. valse verklaringen van die derde.