

# 84. Collusie bij overheidsopdrachten, de Commissie-mededeling en de Nederlandse Aanbestedingswet 2012

G. VAN DER WAL EN D. NINCK BLOK

In dit artikel bespreken de auteurs of de Aanbestedingswet 2012 een juiste interpretatie is van Richtlijn 2014/24/EU voor wat betreft de facultatieve uitsluitingsgronden die zien op mededingingsrechtelijke overtredingen. Het gaat er om hoe de Nederlandse wetgever art. 2.87 aanhef en lid 1 sub d Aanbestedingswet ('vervalsing van de mededinging') heeft vormgegeven en of dit strookt met de nadere duiding, zoals de Europese Commissie nu in haar recente 'Mededeling over tegengaan van collusie bij overheidsopdrachten' geeft.

## Inleiding

De Europese Commissie heeft op 18 maart 2021 de 'Mededeling over instrumenten ter bestrijding van collusie bij overheidsopdrachten en over richtsnoeren voor de toepassing van de desbetreffende uitsluitingsgrond' (hierna: 'Mededeling over tegengaan van collusie bij overheidsopdrachten' of 'mededeling')<sup>1</sup> gepubliceerd. De mededeling biedt de aanbestedende diensten richtsnoeren hoe zij manipulatie van aanbestedingsprocedures kunnen bestrijden, waaronder handvatten bij de toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden in de Europese Aanbestedingsrichtlijnen (Richtlijn 2014/24/EU,<sup>2</sup> Richtlijn 2014/23/EU<sup>3</sup> en Richtlijn 2014/25/EU<sup>4</sup>). De mededeling over het tegengaan van collusie bij overheidsopdrachten verduidelijkt onder welke omstandigheden een aanbestedende dienst een

ondernemer van een aanbestedingsprocedure kan uitsluiten.<sup>5</sup>

In dit artikel wordt besproken of de Nederlandse wetgever de facultatieve uitsluitingsgrond in art. 2.87 aanhef en lid 1 sub d Aanbestedingswet 2012 ('AanbW' of 'Aanbestedingswet') ('vervalsing van de mededinging') in overeenstemming is met art. 57 lid 4 sub d Richtlijn 2014/24/EU ('richtlijn') en met de nadere duiding van de Europese Commissie in haar mededeling. Het lijkt erop dat de Nederlandse wetgever zich bij de implementatie niet bewust is geweest dat de richtlijn twee verschillende categorieën (facultatieve) uitsluitingsgronden voor mededingingsrechtelijke overtredingen onderscheidt: collusie tijdens de aanbesteding (in welk geval er ingevolge art. 57 lid 4 sub d Richtlijn 2014/24/EU onmiddellijk mag worden uitgesloten als er voldoende aanwijzingen zijn) en mededingingsrechtelijke overtredingen die door de Autoriteit Consument en Markt ('ACM') dan wel de Europese Commissie ('Commissie') worden vastgesteld (in welk geval er ingevolge art. 57 lid 4 sub c Richtlijn 2014/24/EU uitgesloten kan worden).

In de Nederlandse praktijk kan met het huidige regelgevend kader de situatie ontstaan dat mededingingsrechtelijke overtredingen, die gekwalificeerd zijn door de ACM dan wel de Commissie onder de sub c-grond (ernstige beroepsfout) van art. 2.87 lid 1 AanbW vallen en wanneer deze overtredingen onherroepelijk zijn geworden (ook) onder de sub d-grond (vervalsing mededinging) van art. 2.87 lid 1 AanbW kunnen vallen. Tegelijkertijd lijkt de Aanbestedingswet geen duidelijke uitsluitingsgrond te bieden voor

1 Mededeling van de Europese Commissie van 18 maart 2021 over instrumenten ter bestrijding van collusie bij overheidsopdrachten en over richtsnoeren voor de toepassing van de desbetreffende uitsluitingsgrond, *PbEU* 2021, C 91/01. Deze mededeling is een instrument dat was aangekondigd in 2017 door de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité van de Regio's (Succesvolle overheidsopdrachten in en voor Europa), d.d. 3 oktober 2017, par. 4.D.

2 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *PbEU* 2014, L 94/65.

3 Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU* 2014, L 94/1.

4 Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG, *PbEU* 2014, L 94/243.

5 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *PbEU* 2014, L 94/65, art. 57 lid 4 sub d (voorheen art. 45 lid 2 sub d Richtlijn 2004/18/EG).