

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummers : 200.126.056/01 en 200.127.146/01
Zaaknummer rechtbank : C/09/438258

Arrest van 3 september 2013

inzake

in de zaak 200.126.056/01

1. **TRANSVISION B.V.**,
gevestigd te Gorinchem,
2. **ROTTERDAMSE MOBILITEIT CENTRALE RMC B.V.**,
gevestigd te Rotterdam
3. **ZORGVERVOERCENTRALE NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
appellanten.

hierna gezamenlijk te noemen de Combinatie en ieder afzonderlijk Transvision, RMC en ZCN,
advocaat: mr. P.F.C. Heemskerk te Utrecht,

tegen

1. **CONNEXION TAXI SERVICES B.V.**,
gevestigd te IJsselmuiden,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Connexion,
advocaat: mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam,
2. **STAAT DER NEDERLANDEN** (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport),
zetelende te Den Haag,
geïntimeerde,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. H.M. Fahner te Den Haag, en

in de zaak 200.127.146/01

STAAT DER NEDERLANDEN (het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport),
zetelende te Den Haag,
appellant,
hierna te noemen: de Staat,
advocaat: mr. H.M. Fahner te Den Haag.

tegen

1. **CONNEXION TAXI SERVICES B.V.**,
gevestigd te IJsselmuiden,
geïntimeerde,

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

2

hierna te noemen: Connexxion,
advocaat: mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam
en

2. **TRANSVISION B.V.**,
gevestigd te Gorinchem,
3. **ROTTERDAMSE MOBILITEIT CENTRALE RMC B.V.**,
gevestigd te Rotterdam
4. **ZORGVVERVOERCENTRALE NEDERLAND B.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerden.

hierna gezamenlijk te noemen de Combinatie en ieder afzonderlijk Transvision, RMC en ZCN,
advocaat: mr. P.F.C. Heemskerk te Utrecht.

Het geding

in de zaak 200.126.056/01:

Bij spoedappeldagvaarding van 22 april 2013 is de Combinatie in hoger beroep gekomen van het vonnis van 17 april 2013 dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag tussen Connexxion en de Staat, met de Combinatie als tussenkomende partij, heeft gewezen. Daarbij heeft de Combinatie onder overlegging van één productie dertien grieven tegen het vonnis aangevoerd en haar eis aangevuld, zoals hieronder nader weer te geven. De grieven van de Combinatie zijn door Connexxion bij memorie van antwoord zijn bestreden. De Staat heeft de grieven bij afzonderlijke memorie van antwoord deels bestreden en deels onderschreven.

in de zaak 200.127.146/01:

Bij spoedappeldagvaarding van 14 mei 2013 is de Staat eveneens in hoger beroep gekomen van voormeld vonnis van 17 april 2013. Daarbij heeft de Staat vier grieven aangevoerd, die door Connexxion bij memorie van antwoord zijn bestreden. De Combinatie heeft op haar beurt bij memorie van antwoord tevens houdende producties de grieven van de Staat deels bestreden en deels onderschreven.

in beide zaken:

Ter zitting van dit hof van 9 juli 2013 hebben partijen hun standpunten doen bepleiten aan de hand van overgelegde pleitnotities, de Combinatie door mr. Heemskerk en mr. C.H. van Hulsteijn, Connexxion door mr. Van Nouhuys en de Staat door mr. Fahner. Vervolgens hebben partijen arrest gevraagd. Arrest wordt gewezen op de ten behoeve van het pleidooi overgelegde procesdossiers. Partijen hebben tijdens het pleidooi te kennen gegeven dat alle stukken geacht moeten worden in beide zaken te zijn ingebracht.

Beoordeling van het hoger beroep

In beide zaken

1. Met inachtneming van grief 13 van de Combinatie gaat het in dit geding om het volgende.

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

3

1.1. Het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna: VWS) heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de "dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking" (hierna: de opdracht). Het product, bekend onder de naam 'Valys', houdt in dat personen binnen de doelgroep een reisbudget aan taxikilometers krijgen, waarmee zij vrijelijk gedurende het jaar kunnen reizen. De opdracht heeft een minimale looptijd van drie jaar en negen maanden en vertegenwoordigt een waarde van ongeveer € 60.000.000,- per jaar. Op de aanbestedingsprocedure is het Besluit aanbesteding overheidsopdrachten (Bao) van toepassing. Het gunningscriterium is de "economisch meest voordelige inschrijving".

1.2. De aanbestedingsprocedure is nader omschreven in het "Beschrijvend document 'Europese openbare aanbesteding van de dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking' ten behoeve van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport" van 10 juli 2012 (hierna: het Beschrijvend Document). In het Beschrijvend Document is in de paragraaf "Uitsluitingsgronden en Geschiktheidseisen" onder 3.1. onder meer het volgende opgenomen:

"Een Inschrijving waarop een Uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling."

Voor de uitsluitingsgronden wordt verwezen naar de als bijlage bijgevoegde Uniforme eigen verklaring aanbestedingen (hierna: Eigen Verklaring), die door de inschrijvers moet worden ingevuld en als verplichte bijlage aan de inschrijving moet worden toegevoegd. Het Beschrijvend Document vermeldt in dit verband:

"Hiermee (...) verklaart Inschrijver dat op hem geen Uitsluitingsgronden (zie punt 2 en 3 van de Uniforme eigen verklaring aanbestedingen) van toepassing zijn door ondertekening van de Uniforme eigen verklaring aanbestedingen."

1.3. De Eigen Verklaring verwijst naar artikel 45 Bao en maakt onderscheid tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. In de Eigen Verklaring staat vermeld welke facultatieve uitsluitingsgronden bij de beoordeling van de aanbesteding worden betrokken. Van inschrijvers wordt onder meer gevraagd te verklaren dat:

"3.4 zijn onderneming, of een bestuurder ervan in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan;

(...)

3.6 zijn onderneming, bij het verstrekken van inlichtingen die door de aanbestedende dienst van hem waren verlangd in het kader van aanbestedingsprocedures, zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen of zijn onderneming deze inlichtingen niet, of niet volledig heeft verstrekt.

(...)

Ondertekening

6.1 hij deze verklaring onvoorwaardelijk en zonder enig voorbehoud heeft ondertekend; hij zich ervan bewust is dat het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een valse verklaring in de zin van punt 3.6 (...) en dat dit kan leiden tot een onvoorwaardelijke uitsluiting voor de resterende duur van deze aanbestedingsprocedure;"

1.4. De inschrijving diende uiterlijk 24 augustus 2012, om 12.00 uur, te worden ingediend. Onder meer Connexxion en de Combinatie, bestaande uit Transvision, RMC en ZCN, hebben aan de onderhavige aanbestedingsprocedure deelgenomen.

1.5. Bij brief van 8 oktober 2012 heeft VWS aan Connexxion meegedeeld dat haar inschrijving op de tweede plaats is geëindigd en dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan de Combinatie.

1.6. Op 20 november 2012 heeft de Raad van de (voormalige) Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de NMa) op de voet van artikel 56 lid 1 Mededingingswet (Mw) boetebeschikkingen (hierna: de boetebeschikkingen) vastgesteld in de zaken 7130 en

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

4

7131. In deze zaken, die beide zien op taxivervoer in de regio Rotterdam, zijn wegens overtreding van artikel 6 Mw aan RMC boetes opgelegd van € 4.564.000,- en € 3.741.000,- en aan de BIOS-groep, waarvan ZCN deel uitmaakt, een boete van € 643.000,-. Daarnaast zijn aan zes leidinggevendenden van (onder meer) RMC en de BIOS-groep boetes opgelegd tot € 120.000,- per persoon. De geconstateerde overtredingen betreffen enerzijds afspraken tussen RMC en de BIOS-groep, gemaakt in de periode tussen 18 december 2007 en 27 augustus 2010, en anderzijds afspraken tussen RMC en een derde, inmiddels gefailleerde, partij in de periode van 17 april 2009 tot 1 maart 2011.

1.7. In een door Connexxion aanhangig gemaakt kort geding heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank 's-Gravenhage (onder zaak-/rolnummer 429610 / KG ZA 12-1164) bij vonnis van 18 december 2012 de vorderingen van Connexxion strekkende tot ongedaanmaking van de gunningsbeslissing afgewezen.

1.8. Eind november 2012 heeft RMC een kort geding aanhangig gemaakt tegen VWS en de NMa en gevorderd de openbaarmaking van de boetebeschikkingen op te schorten. Bij vonnis van 7 februari 2013 heeft de voorzieningenrechter RMC niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering. In de in het vonnis gegeven samenvatting van de onderbouwing van de vorderingen van RMC staat onder meer met volgende vermeld:

"Openbaarmaking van de primaire besluiten op de door de NMa voorgenomen wijze zal er naar verwachting toe leiden dat (...) van deelname aan aanbestedingsprocedures wordt uitgesloten wegens een ernstige professionele fout, met alle onherstelbare schadelijke gevolgen voor haar van dien."

1.9. Bij brief van 18 februari 2013 heeft VWS aan Connexxion en de andere inschrijvers meegedeeld dat hij ondanks voormelde boetebeschikkingen zijn eerdere gunningsbeslissing handhaaft. In deze brief schrijft VWS dat uitsluitingsgrond 3.6 (valse eigen verklaring) zich niet voordoet en dat uitsluiting op grond van uitsluitingsgrond 3.4 (ernstige beroepsfout) niet proportioneel zou zijn. De brief vermeldt - voor zover hier relevant - het volgende:

"Op grond van het Europese en nationale recht kan slechts uitsluiting wegens één of meer van de gronden als genoemd in onderdeel 3 van de Uniforme eigen verklaring volgen indien die maatregel gegeven de specifieke omstandigheden van het geval proportioneel is. Bij de in dat verband te maken afweging dienen naar het oordeel van VWS in ieder geval de navolgende aspecten te worden betrokken:

- i. de ernst van de overtredingen;*
- ii. de mate van betrokkenheid bij de overtredingen van leidinggevendenden;*
- iii. de sinds de overtredingen verstreken tijd;*
- iv. een verband met de onderhavige aanbesteding;*
- v. de wegens de overtredingen opgelegde sancties;*
- vi. de maatregelen die getroffen zijn om herhaling te voorkomen;*
- vii. de omvang van de aambestede opdracht;*
- viii. de houding/opstelling van de Combinatie.*

(...)

Uit de boetebeschikkingen volgt dat twee van de drie combinanten (RMC en ZCN) zich schuldig hebben gemaakt aan overtreding van artikel 6, eerste lid Mw. De personen die volgens de NMa feitelijk leiding hebben gegeven aan de door haar vastgestelde overtredingen zijn nog steeds werkzaam bij de betrokken ondernemingen in dezelfde functies en zullen dat blijven hangende de aanhangig gemaakte bezwaar en mogelijk aanhangig te maken beroepsprocedure. In dit verband heeft de Combinatie echter uitdrukkelijk verklaard dat deze personen zich ten volle committeren aan de vóór 1 april 2013 in te voeren Compliance Programma's.

Bovendien heeft de Combinatie aangegeven dat bij de uitvoering van de opdracht niet de beboete combinanten, maar Transvision een leidinggevende en coördinerende rol heeft en

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

5

als primaire contact voor VWS zal fungeren. De Combinatie heeft voorts verzekerd dat de dagelijkse leiding over Transvision berust en zal berusten bij personen die niet door de NMa zijn aangemerkt als feitelijk leidinggevend van de door haar vastgestelde overtredingen. (...) Verder zal het statutair bestuur van Transvision vóór 1 april 2013 zodanig worden gewijzigd dat geen behoefte rechtspersonen daarvan deel uitmaken.

(...)

Voorts heeft de Combinatie uitdrukkelijk bevestigd dat RMC, ZCN en Transvision zich sedert de data waarop volgens de NMa de overtredingen in de zaken 7130 en 7131 tot een einde zijn gekomen, te weten 27 augustus 2010 en 1 maart 2011, noch in het kader van de aanbesteding van de onderhavige opdracht noch overigens schuldig hebben gemaakt aan handelingen in strijd met de Mededingingswet.

(...)

Uit de door de Combinatie verstrekte informatie blijkt voorts dat RMC, ZCN en Transvision ver gevorderd zijn met de voorbereiding van een uitgebreid Compliance Programma dat vóór 1 april 2013 in werking zal treden.

(...)

VWS is tevens van mening dat belang moet worden gehecht aan de waarde van de opdracht. Deze is aanzienlijk gelet op de minimale duur van 3 jaar en 9 maanden en de geraamde waarde van € 60 miljoen op jaarbasis. Een beslissing tot uitsluiting van de Combinatie zou daarmee grote financiële gevolgen hebben. De financiële gevolgen zouden boven op de door NMa opgelegde boetes komen.

(...)

Gelet op de houding en opstelling van de combinanten, waaronder hun op het voorkomen van nieuwe overtredingen van de Mededingingswet gerichte inzet, en mede gelet op de aanzienlijke omvang van de onderhavige opdracht en daarmee de financiële gevolgen voor de Combinatie van uitsluiting, is VWS van mening dat uitsluiting van de Combinatie van de onderhavige opdracht niet proportioneel zou zijn, mits wordt voldaan aan de navolgende combinatie van voorwaarden die tevens in de met de Combinatie te sluiten overeenkomst worden opgenomen:

I. de Compliance Programma's van RMC, ZCN en Transvision zullen, in aanvulling op de door de Combinatie verwoorde uitgangspunten, voldoen aan de navolgende vereisten:

a. (...)

b. (...)

(...)

VII. onverminderd hetgeen in de overeenkomst (...) is bepaald over tussentijdse beëindiging, opzegging en intrekking van de overeenkomst, heeft VWS het recht om de overeenkomst op ieder moment door schriftelijke opzegging te beëindigen indien:

i. de informatie die de Combinatie heeft verstrekt, en waarop VWS zijn besluit tot handhaving heeft gebaseerd, onjuist blijkt;

ii. één of meer van de hiervoor sub I t/m VI genoemde voorwaarden niet (tijdig) door RMC, ZCN en/of Transvision wordt nagekomen;

(...)

De Combinatie is bij brief d.d. 15 februari 2013 over deze beslissing geïnformeerd. In het vervolg daarop heeft de Combinatie schriftelijk bevestigd dat zij ongeclausuleerd akkoord gaat met deze voorwaarden in combinatie met het opnemen van deze voorwaarden in de overeenkomst."

2.1. Connexxion vordert, kort samengevat: (primair) een verbod aan de Staat om de opdracht aan de Combinatie te gunnen; (subsidiair): een gebod aan de Staat om tot herbeoordeling van de ontvangen inschrijvingen over te gaan; (primair en subsidiair) op

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

6

straffe van verbeurte van een dwangsom, kosten rechtens. Volgens Connexxion hebben RMC en ZCN (als onderdeel van de BIOS-groep) een ernstige beroepsfout begaan (hetgeen zou blijken uit voormelde boetebeschikkingen) en had de Combinatie hiervan melding moeten maken in de Eigen Verklaring. Daarom dient de Combinatie, conform het Beschrijvend Document, op grond van de uitsluitingsgronden 3.4 en 3.6 te worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure, aldus Connexxion.

2.2. De Combinatie is in eerste aanleg in de procedure tussengekomen en vordert niet-ontvankelijkverklaring van Connexxion in haar vorderingen, althans afwijzing van die vorderingen.

2.3. Bij vonnis van 17 april 2013 heeft de voorzieningenrechter de primaire vordering van Connexxion toegewezen en de vordering van de Combinatie afgewezen. De Staat is verboden om de opdracht aan de Combinatie te gunnen. De Staat en de Combinatie zijn in de proceskosten veroordeeld.

2.4. In appel heeft de Combinatie haar vordering aangevuld, in die zin dat zij thans behalve afwijzing van de vorderingen van Connexxion, ook vordert een gebod aan de Staat om de opdracht, zo hij deze nog wenst te vergeven, te gunnen aan (geen ander dan) de Combinatie, subsidiair om de aanbesteding te staken en gestaakt te houden en de opdracht opnieuw aan te besteden, indien hij deze nog wenst te vergeven. Deze eiswijziging, waartegen geen bezwaar is gemaakt, wordt toegelaten.

Herroeping gunningsvoornemen nog mogelijk na 18 december 2012?

3.1. Met grief 1 betoogt de Combinatie primair dat VWS zijn voornemen om aan haar te gunnen hoe dan ook niet had kunnen herroepen op grond van omstandigheden (boetebeschikkingen november 2012) die op het moment van inschrijving (augustus 2012) niet bekend waren bij de Combinatie. Volgens de Combinatie zou zij hierdoor namelijk onrechtmatig worden benadeeld. Uit r.o. 4.11. van het bestreden vonnis leidt het hof af dat de Combinatie dit ter zitting in eerste aanleg ook al heeft betoogd, onder verwijzing naar het KPN-arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 (LJN: BW9233). Zoals de voorzieningenrechter echter terecht heeft overwogen, ging het in die zaak om de situatie waarin de gunningsbeslissing tardief wordt aangevuld met nieuwe (maar reeds bekende) gronden. Het aangehaalde arrest staat er dan ook niet aan in de weg dat de aanbestedende dienst relevante omstandigheden die pas ná de bekendmaking van de gunningsbeslissing door een (andere) inschrijver aan hem zijn medegedeeld, betreft bij de beoordeling van de vraag of zich een uitsluitingsgrond voordoet.

Conclusie is dat de primaire klacht van de eerste grief faalt. Op de subsidiaire klacht, te weten dat het handelen van VWS slechts terughoudend kan worden getoetst, wordt hieronder teruggekomen in rechtsoverweging 3.8.

Geen ernstige beroepsfout want geen uitwerking in het Nederlandse recht?

3.2. Grief 2 van de Combinatie stelt de principiële vraag aan de orde of de uitsluitingsgrond "ernstige beroepsfout" van artikel 45, tweede lid, onder d Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: de Richtlijn) afdoende in de Nederlandse wetgeving is uitgewerkt. In de bewuste richtlijnbevestiging staat dat van de aanbestedingsprocedure kan worden uitgesloten een deelnemer die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken. Het slot van artikel 45, tweede lid, Richtlijn luidt als volgt: "de lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

7

het communautair recht de voorwaarden voor toepassing van dit lid". In de bij artikel 45 Richtlijn behorende paragraaf 43 van de considerans is voorts onder meer het volgende bepaald: "De niet-naleving van de milieuwetgeving of van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, ten aanzien waarvan een onherroepelijk vonnis of een beslissing met vergelijkbare werking wegens omwettige afspraken is uitgesproken, kan als een delict dat in strijd is met de beroepsgedragsregels van de ondernemer of als een ernstige fout worden beschouwd, indien het nationale recht daartoe strekkende bepalingen bevat".

3.3. De Nederlandse wetgever heeft de tekst van artikel 45, tweede lid, onder d van de Richtlijn rechtstreeks overgenomen in artikel 45, derde lid, onder d Bao. In de Nota van Toelichting op het Bao (hierna: de NvT) is in dit verband nog het volgende opgemerkt: "(...) De omstandigheden genoemd in artikel 45, derde lid, onderdelen c en d, behoeven echter wel nadere invulling door de aanbestedende dienst. Voor de aanbestedende diensten van het Rijk is dit reeds gedaan door in voornoemde beleidsregels (bedoeld zijn de inmiddels ingetrokken Beleidsregels integriteit en uitsluiten bij aanbestedingen in de BIBOB-sectoren, Stcrt. 2004, nr. 40, p. 15; hierna: Bibob-beleidsregels – hof) een nadere invulling te geven aan de genoemde uitsluitingsgronden. In deze beleidsregels is onder meer bepaald dat het door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) opgelegd hebben gekregen van een boete of last onder dwangsom in de zin van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet, wordt aangemerkt als het begaan hebben van een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep (artikel 45, derde lid, onderdeel d). Andere aanbestedende diensten kunnen deze beleidsregels van toepassing verklaren of zelf beleidsregels opstellen. (...)".

3.4. Voorop staat dat het stellen van prejudiciële vragen omtrent de uitleg van de Richtlijn het bestek van dit kort geding te buiten gaat. Voorlopig oordelend meent het hof echter, met de voorzieningenrechter en anders dan de Combinatie, dat de Richtlijn de ruimte biedt aan de lidstaten om te doen wat de Nederlandse wetgever heeft gedaan, te weten de bepaling van artikel 45, tweede lid, één op één over te nemen in artikel 45, derde lid, Bao en het vervolgens aan de aanbestedende diensten over te laten om de uitsluitingsgronden nader in te vullen. Noch uit de slotzinsnede van paragraaf 23 van de considerans ("...indien het nationale recht daartoe strekkende bepalingen bevat"), noch uit het door de Combinatie aangehaalde La Cascina-arrest van het Europese Hof van Justitie (HvJEU 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04) kan naar voorlopig oordeel van het hof worden afgeleid dat een dergelijke delegatie aan de aanbestedende diensten niet is toegestaan en dat een fout slechts als ernstige beroepsfout kan worden beschouwd indien in het nationale recht van de lidstaat hiervoor nadere criteria zijn ontwikkeld (laat staan dat uit die considerans respectievelijk dat arrest kan worden afgeleid dat in dit geval slechts van een ernstige beroepsfout sprake zou kunnen zijn als het Nederlandse recht expliciet zou bepalen dat (herroepelijke) boetebeschikkingen van het NMa als zodanig kwalificeren). Ook de conclusie van de advocaat-generaal bij het hierboven reeds genoemde KPN-arrest van de Hoge Raad, waarvan een citaat in de pleitnota van de Combinatie is opgenomen, baat de Combinatie niet, nu dat citaat niet ziet op de in de Richtlijn genoemde uitsluitingsgronden, maar op daarbuiten toegelaten uitsluitingsgronden ("met een voorzorgskarakter"). De conclusie luidt dan ook dat grief 2 van de Combinatie faalt.

Nadere uitwerking in de aanbestedingsdocumentatie vereist? Voldoende duidelijk in casu sprake van een ernstige beroepsfout?

3.5. Met grief 3 komt de Combinatie op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat in de aanbestedingsdocumentatie weliswaar geen nadere invulling is gegeven aan het

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

8

begrip ernstige beroepsfout en de voorwaarden waaronder deze uitsluitingsgrond zou worden toegepast, maar dat er desalniettemin geen twijfel over hoeft te bestaan dat een overtreding van het kartelverbod zoals die ten aanzien van RMC en ZCN door de NMa is geconstateerd, als zodanig heeft te gelden. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

Uit het Forposta-arrest (HvJEU 13 december 2012, C-465/11) blijkt dat volgens de gemeenschapswetgever van een ernstige beroepsfout sprake is in geval van "onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid". Voorts is voor onderhavige zaak van belang dat in de toelichting op de Eigen Verklaring staat vermeld "Bij een ernstige fout kan onder andere worden gedacht aan mededingingsrechtelijke overtredingen (...)".

Daargelaten de vraag of en in hoeverre een nadere uitwerking in de aanbestedingsdocumentatie op zijn plaats was, is het hof voorshands van oordeel dat het voor een redelijk geïnformeerde en oplettende inschrijver voldoende duidelijk moest zijn dat in elk geval verboden kartelafspraken als ernstige beroepsfout kwalificeren. Daarbij neemt het hof mede in aanmerking dat artikel 6 van de Bibob-beleidsregels dit expliciet bepaalde en dat de NvT op het Bao daar ook naar verwijst (zie het citaat hierboven in r.o. 3.3.). Weliswaar zijn de Bibob-beleidsregels ingetrokken, maar niet gesteld of gebleken is dat daaraan (mede) een principiële standpuntwijziging ten grondslag lag wat betreft de kwalificatie van verboden kartelafspraken als ernstige beroepsfout. Naar voorlopig oordeel kon VWS dan ook in redelijkheid besluiten dat sprake was van een ernstige beroepsfout en heeft hij het transparantiebeginsel daarmee niet geschonden. Ook grief 3 faalt.

Alleen ernstige beroepsfout indien sprake van onherroepelijke beslissing?

3.6. Evenmin is juist de stelling van de Combinatie dat alleen onherroepelijke boetebeschikkingen van de NMa als ernstige beroepsfout kunnen worden aangemerkt. In eerdergenoemd Forposta-arrest is expliciet en in algemene bewoordingen bepaald dat onherroepelijkheid geen vereiste is. De slotzin van paragraaf 43 van de considerans bij de Richtlijn (zie citaat hierboven in r.o. 3.3.) doet daaraan niet af. Ook grief 4 van de Combinatie slaagt dus niet.

Ruimte voor evenredigheidstoets?

3.7. Daarmee komt het hof toe aan de vraag of VWS, nadat hij had vastgesteld dat sprake was van een ernstige beroepsfout, nog ruimte had om een evenredigheidstoets uit te voeren. Volgens grief 6 van de Combinatie en grief 1 van de Staat heeft de voorzieningenrechter deze vraag ten onrechte ontkennend beantwoord. Deze grieven slagen. Voorop staat dat de hierboven onder 1.2. geciteerde volzin uit paragraaf 3.1. van het Beschrijvend Document, inhoudende dat een inschrijving waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, terzijde wordt gelegd, niet relevant is, nu het in dit geding gaat om de vraag of een inschrijver moet worden uitgesloten (onderstreping hof, 2x). Onjuist is dan ook de stelling van Connexion dat een evenredigheidstoets reeds vanwege die volzin ontoelaatbaar is. Daargelaten of het Europese aanbestedingsrecht in een geval als dit eist dat een evenredigheidstoets plaatsvindt, is het hof voorshands van oordeel dat het Europese recht dit in elk geval niet verbiedt. Uit het Nederlandse aanbestedingsrecht volgt bovendien dat uitsluiting geen automatisme mag zijn en dat een aanbestedende dienst moet toetsen of uitsluiting proportioneel is. Dit blijkt uit het van toepassing verklaarde Bao en de NvT daarop, die elke redelijk geïnformeerde en oplettende inschrijver behoort te kennen en waarin onder meer staat: "De in het derde lid van artikel 45 opgenomen uitsluitingsgronden betreffen in tegenstelling tot het eerste lid niet de verplichting om uit te sluiten, maar de mogelijkheid om een ondernemer op bepaalde gronden uit te sluiten. (...) De beoordeling of daadwerkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

9

en voor hoe lang die uitsluiting geldt, dient gelet op de algemene uitgangspunten van de aanbestedingsrichtlijnen steeds proportioneel en niet-discriminatoir te zijn. Proportioneel houdt in dat de uitsluiting en de duur van die uitsluiting in verhouding moeten staan tot de ernst van de onregelmatige gedraging. Ook moeten de uitsluiting en de duur daarvan in verhouding staan tot de omvang van de overheidsopdracht (...) Dit betekent dat er steeds sprake is van maatwerk, omdat elke aanbestedende dienst per opdracht moet nagaan of hij in het concrete geval (afhankelijk van de aard en omvang van de opdracht, de aard en omvang van de fraude en wat voor maatregelen het bedrijf inmiddels genomen heeft) moet uitsluiten." Door een evenredigheidstoets uit te voeren heeft VWS dus niet in strijd gehandeld met het gelijkheids- en/of transparantiebeginsel.

Wijze waarop de evenredigheidstoets is uitgevoerd

3.8. Grief 7 van de Combinatie en grief 2 van de Staat richten zich voorts tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat VWS bij de uitvoering van de evenredigheidstoets op ontoelaatbare wijze nadere voorwaarden heeft gesteld. Bij de beoordeling van deze grieven staat voorop dat de beslissing van VWS om niet tot uitsluiting over te gaan terughoudend moet worden getoetst, zoals de Combinatie in haar toelichting op haar eerste grief terecht subsidiair betoogt (zie hierboven rechtsoverweging 3.1. slot). Dit klemt temeer nu de onderhavige ernstige beroepsfout (nog) niet onherroepelijk vast staat. Kernvraag is of VWS in redelijkheid tot de conclusie heeft kunnen komen dat uitsluiting van de Combinatie disproportioneel zou zijn.

3.9. Het hof is voorshands van oordeel dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord en overweegt daartoe als volgt. Uit de brief van VWS van 18 februari 2013 (zie hierboven in rechtsoverweging 1.9.) blijkt dat VWS zeer zorgvuldig te werk is gegaan. VWS heeft de in die brief genoemde, door de inmiddels vervallen Bibob-beleidsregels en deels door het Bao zelf geïnspireerde factoren (ernst van de overtredingen, mate van betrokkenheid van leidinggevendenden, de sinds de overtredingen verstreken tijd, verband met de onderhavige aanbesteding, de opgelegde sancties, de maatregelen die zijn getroffen om herhaling te voorkomen, de omvang van de opdracht en de houding/opstelling van de Combinatie) afgewogen en gemotiveerd waarom deze afweging naar de mening van VWS leidt tot de conclusie dat uitsluiting disproportioneel zou zijn. Het hof verwijst kortheidshalve naar voormelde brief. Het feit dat mogelijk ook nog andere aspecten in aanmerking hadden kunnen worden genomen, maakt op zichzelf niet dat VWS in redelijkheid niet de door hem genoemde factoren kon meewegen, nog daargelaten of de door Connexxion wezenlijk geachte en door VWS niet meegewogen factor (te weten het motief van de verboden kartelafpraak) berust op een juiste veronderstelling (namelijk dat dit motief was het dwarsbomen van Connexxion). Ook de overige door Connexxion genoemde bezwaren maken naar voorlopig oordeel van het hof niet dat de beslissing van VWS een marginale beoordeling niet kan doorstaan. Aan Connexxion kan worden toegegeven dat een vraagteken kan worden geplaatst bij de redenering van VWS dat de aanzienlijke waarde van de opdracht tegen uitsluiting pleit vanwege het feit dat uitsluiting grote financiële gevolgen zou hebben voor de Combinatie die bovenop de opgelegde boetes zouden komen. Deze redenering van VWS betekent strikt genomen immers dat naarmate de begane overtredingen ernstiger zijn en dus de opgelegde boetes hoger zijn, niettemin alleen bij opdrachten met een relatief klein financieel belang uitsluiting proportioneel zou zijn. Dit neemt echter niet weg dat de gevolgen van uitsluiting voor de betrokken inschrijver wel een rol mogen spelen bij de afweging. Ook de stelling van Connexxion dat VWS ten onrechte in het voordeel van de Combinatie belang heeft gehecht aan de door de Combinatie genomen maatregelen en meer

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

10

in het algemeen aan haar houding en inzet om herhaling te voorkomen, leidt niet tot het door Connexxion gewenste resultaat. Dat Connexxion de houding van de Combinatie te weinig pro-actief vindt moge zo zijn, maar VWS is kennelijk tot de conclusie gekomen dat de professionele geloofwaardigheid van de Combinatie door de genomen en te nemen maatregelen afdoende is hersteld en niet gezegd kan worden dat VWS in redelijkheid niet tot die conclusie heeft kunnen komen. Dat VWS enkele nadere voorwaarden heeft gesteld aan het door de Combinatie in te voeren Compliance Programma, doet hieraan niet af. Deze nadere voorwaarden hebben geen invloed op de wijze van uitvoering van de opdracht en hebben geen concurrentieverstorend effect.

3.10. Alles afwegend is het hof voorlopig van oordeel dat VWS in redelijkheid tot de in die brief weergegeven afweging heeft kunnen komen. De conclusie luidt dan ook dat grief 7 van de Combinatie en grief 2 van de Staat slagen.

Valse verklaring?

3.11. Dit betekent dat alsnog aan de orde komt de vraag of sprake is van een valse verklaring (uitsluitingsgrond 3.6. van de Eigen Verklaring). Het hof is voorshands van oordeel dat dit niet het geval is. Ten tijde van de uiterlijke inschrijvingsdatum (24 augustus 2012) waren de boetebeschikkingen nog niet genomen en de Combinatie was niet verplicht melding te maken van het lopende onderzoek van de NMa.

Slotson

3.12. Grieven 5 en 8 tot en met 12 van de Combinatie, alsmede grieven 3 en 4 van VWS hebben geen zelfstandige betekenis en behoeven dus geen bespreking.

3.13. De conclusie luidt dat het bestreden vonnis zal worden vernietigd en dat de vorderingen van Connexxion alsnog zullen worden afgewezen. Hieruit vloeit tevens voort dat de vordering van de Combinatie tot een gebod aan de Staat om de opdracht, zo hij deze nog wenst te vergeven, te gunnen aan (geen ander dan) de Combinatie (zie hierboven onder 2.4.) – tegen welke vordering inhoudelijk geen afzonderlijk verweer is gevoerd – zal worden toegewezen.

3.14. Bij deze uitkomst past dat Connexxion in de proceskosten in beide instanties wordt veroordeeld, waaronder begrepen de (nog te maken) nakosten, waarvoor onderstaande veroordeling een executoriale titel geeft (HR 19 maart 2010, LJN: BL1116). Ingevolge artikel 237, derde lid Rv blijft de vaststelling van de proceskosten door het hof in dit arrest beperkt tot de vóór de uitspraak gemaakte kosten. Op verzoek van de Staat en de Combinatie zal worden bepaald dat Connexxion bij niet tijdige en/of niet volledige betaling, wettelijke rente verschuldigd zullen zijn over de proceskosten met ingang van veertien dagen na datum arrest tot aan de dag der gehele betaling. Voorts zal Connexxion conform het verzoek van de Combinatie en de Staat worden veroordeeld tot terugbetaling van het bedrag dat de Combinatie en de Staat op grond van het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde bestreden vonnis onverschuldigd aan Connexxion heeft voldaan, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der betaling door de Combinatie en de Staat. Zoals verzocht door de Combinatie en de Staat zullen voormelde proceskostenveroordeling en veroordeling tot terugbetaling uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard. Voor de door de Combinatie gevorderde dwangsom ziet het hof geen aanleiding.

Zaaknummer: 200.126.056/01 en 200.127.146/01

11

Beslissing

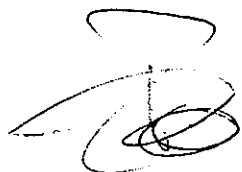
Het hof:

- vernietigt het bestreden vonnis;

en, opnieuw rechtdoende

- wijst de vorderingen van Connexxion af;
- gebiedt de Staat om de opdracht, zo hij deze nog wenst te vergeven, te gunnen aan (geen ander dan) de Combinatie;
- veroordeelt Connexxion in de proceskosten in eerste aanleg, tot aan 17 april 2013 aan de zijde van de Staat begroot op € 589,- aan griffierecht en € 816,- aan salaris advocaat en aan de zijde van de Combinatie eveneens begroot op € 589,- aan griffierecht en € 816,- aan salaris advocaat;
- veroordeelt Connexxion in de proceskosten in hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 92,82 aan dagvaardingskosten, € 683,- aan griffierecht en € 2.682,- aan salaris advocaat en aan de zijde van de Combinatie begroot op € 76,71 aan dagvaardingskosten en eveneens € 683,- aan griffierecht en € 2.682,- aan salaris advocaat, met bepaling dat Connexxion bij niet (volledige) of niet tijdige betaling wettelijke rente hierover verschuldigd zal zijn met ingang van veertien dagen na datum van dit arrest tot aan de dag der algehele betaling;
- veroordeelt Connexxion tot terugbetaling van het bedrag dat de Staat respectievelijk de Combinatie onverschuldigd heeft betaald aan Connexxion uit hoofde van het hierbij vernietigde bestreden vonnis, met bepaling dat Connexxion bij niet (volledige) of niet tijdige betaling hierover wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van veertien dagen na datum van dit arrest tot aan de dag der algehele betaling;
- verklaart voormelde proceskostenveroordeling en voormelde veroordeling tot terugbetaling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.V. van den Berg, M.Y. Bonneur en E.M. Dousma-Valk en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 3 september 2013 in aanwezigheid van de griffier.



Voorzitschrift,
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

