

231

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
5 september 2017, nr. 323793,
ECLI:NL:RBGEL:2017:4947
(mr. Boonekamp)
Noot mr. M.W. Speksnijder

(On-)geldigheid inschrijving. Voeging. Uitsluiting. Eigen verklaring. mstige fout in de uitoefening van het beroep. Bestekconforme inschrijving.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.87]

Eiseres heeft begin juni 2016 ingeschreven op de aanbesteding van twee overeenkomstige opdrachten 'Groepsvervoer en Aanverwante dienstverlening' van enkele onderwijsinstellingen. Gedaagden hebben aan eiseres kenbaar gemaakt dat haar inschrijving als ongeldig terzijde is gelegd en hebben in aanvulling op een eerdere toelichting aan haar bericht dat uit het UEA dat bij de inschrijving is gevoegd blijkt dat een valse verklaring is afgelegd en dit wordt aangemerkt als een ernstige beroepsfout. In de tweede plaats wordt de inschrijving van eiseres als ongeldig terzijde gelegd, omdat deze niet-bestekconform is.

Eigen verklaring

De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Ten aanzien van de eerste uitsluitingsgrond heeft te gelden dat vaststaat dat eiseres in de eerste aanbe-

stedingsprocedure daterend van juni 2016 in haar Eigen Verklaring heeft aangegeven dat zij zelfstandig voldeed aan de in die procedure gestelde geschiktheidseis ten aanzien van de solvabiliteit, die in de jaren 2013, 2014 en 2015 ten minste 20% moest bedragen. Bij de tweede verificatie van de inschrijving van eiseres is gebleken dat eiseres die vraag niet juist heeft beantwoord, omdat dat niet het geval was. Op zichzelf is aannemelijk dat deze onwaarheid kwalificeert als valse verklaring, ook al is dat in die eerdere aanbestedingsprocedure door de aanbestedende dienst niet als zodanig aangemerkt en heeft ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg die term niet gebruikt. Uit het afleggen van een valse verklaring volgt echter niet zonder meer dat sprake is van een ernstige beroepsfout, zoals gedaagden en eiseres in incident stellen. In het licht van het arrest van het Hof van Justitie van 4 mei 2017, C-387/14 (Esaproject sp) moet worden aangenomen dat indien een inschrijver verantwoordelijk kan worden gehouden voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht, zij in ernstige mate schuldig kan worden beschouwd in de zin van artikel 2.87 Aw. De conclusie van gedaagden en eiseres in incident dat eiseres in de eerdere aanbestedingsprocedure in ernstige mate schuldig dient te worden beschouwd, is echter niet zonder meer gewettigd. Aan de valse verklaring die eiseres in die eerdere procedure heeft afgelegd kwam in die zaak immers geen doorslaggevende betekenis toe, omdat vaststaat dat eiseres zich zonder problemen had kunnen beroepen op een derde om aan de gestelde minimale solvabiliteitseis te kunnen voldoen. Niet in geschil is dat indien eiseres dit had gedaan, zij zonder meer voor gunning van de opdracht in aanmerking zou zijn gekomen. Onder deze omstandigheden kan daarom niet worden aangenomen dat eiseres zich in die eerdere aanbestedingsprocedure in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het verstrekken van een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw.

In zijn algemeenheid is niet uitgesloten dat wanneer een partij in een aanbestedingsprocedure zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het verstrekken van een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw, dat kan worden aangemerkt als een ernstige beroepsfout. Of daarvan sprake is hangt echter in concreto af van de aard en ernst van de valse verklaring en datgene wat met het afleggen van die verklaring werd beoogd. In dat verband is vooral van belang dat door de

valse verklaring de integriteit van de inschrijver in twijfel kan worden getrokken, zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onder c Aw, naar welk artikel ook specifiek in het Uniforme Europees Aanbestedingsdocument is verwezen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat onder de omstandigheden waaronder eiseres in de eerdere aanbesteding een valse verklaring heeft afgelegd, te weten abusievelijk terwijl zij (met hulp van een derde) wel in staat was aan die eis te kunnen voldoen, het afleggen daarvan niet de conclusie wettigt dat aan de zijde van eiseres sprake is van een ernstige beroepsfout, althans van een ernstige beroepsfout die haar integriteit in twijfel kan trekken. Daarbij speelt ook een rol in hoeverre de inschrijver zich stelselmatig schuldig maakt aan het afleggen van valse verklaringen en onvoldoende gesteld of gebleken is dat eiseres zich daaraan eerder of stelselmatig schuldig heeft gemaakt. Dit betekent dat niet kan worden aangenomen dat eiseres in de onderhavige aanbestedingsprocedure een valse verklaring heeft afgelegd door geen melding te maken van een ernstige beroepsfout begaan in een eerdere aanbestedingsprocedure. Die ernstige beroepsfout bestaat gelet op het voorgaande immers niet. Dit leidt ertoe dat gedaagden eiseres niet op deze grond van deelneming aan de aanbestedingsprocedure hebben mogen uitsluiten.

Besteksconforme inschrijving

De tweede gehanteerde uitsluitingsgrond houdt in dat eiseres volgens gedaagden niet besteksconform heeft ingeschreven, omdat zij in strijd met het aanbestedingsdocument in het kilometertarief niet alle kosten heeft meegenomen, waardoor geen sprake is van een marktconform tarief. In artikel 5.6 van het aanbestedingsdocument, in combinatie met het zogenaamde Prijzenblad, wordt naar twee prijsonderdelen gevraagd, namelijk zowel naar een uurtarief als naar een kilometertarief. Voor iedere behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver moest het duidelijk zijn geweest dat gedaagden ten aanzien van beide onderdelen een marktconforme prijs wensten te ontvangen, waarin alle kosten zijn verwerkt. Dit kan redelijkerwijs niet anders worden begrepen dan dat gedaagden een prijs per kilometer wensten te ontvangen, waarin alle relevante kosten voor het rijden van die kilometer zijn verdisconteerd, en een uurtarief met daarin alle overige te maken kosten. Ook voor eiseres als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had duidelijk moeten zijn dat van haar werd verlangd dat zij de kosten die rechtstreeks samenhangen met het kilometertarief ook in die prijs zou opvoeren. Dit heeft zij echter

niet gedaan. Uit de hoogte van het door haar ingeschreven kilometertarief en uit datgene wat zij daarover heeft verklaard, moet immers worden afgeleid dat zij relevante kosten per kilometer in het uurtarief heeft verwerkt. Dit heeft tot gevolg dat de inschrijfprijs geen realistisch beeld meer geeft, omdat de kosten per kilometer, ook wanneer die kilometers niet worden gemaakt tijdens wachttijden, toch aan gedaagden worden gepresenteerd en wel in het uurtarief. Op basis van de systematiek van de onderhavige aanbesteding had het voor eiseres duidelijk moeten zijn dat dat niet de bedoeling was, mede omdat vaststaat dat het eiseres zelf is geweest die (tezamen met eiseres in incident) gedaagden heeft aangeraden om te werken met twee afzonderlijke tarieven, dus zowel een uurtarief als een kilometertarief, in plaats van één totaaltarief.

Dit alles leidt tot de slotsom dat gedaagden op basis van de inschrijving van eiseres hebben kunnen beslissen om haar uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure voor busvervoer.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres],
gevestigd te [woonplaats],
eiseres,

advocaten mrs. M.G.G. van Nisselroij en J.D.E. van den Heuvel te Venlo,
tegen

1. de stichting
STICHTING REGIONAAL OPLEIDINGEN CENTRUM [woonplaats],

gevestigd te [woonplaats], en

2. de stichting
[gedaagde sub 2],
gevestigd te [woonplaats], en

3. de stichting
[gedaagde sub 3],
gevestigd te [woonplaats]

gedaagden,
advocaat mr. T.G. Zweers-te Raaij te Zwolle,
waarin heeft gevorderd als tussenkomende partij, althans voegende partij aan de zijde van [gedaagden], te worden toegelaten:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres in incident],
gevestigd te [woonplaats],
eiseres in het incident tot tussenkomst, althans voeging,

advocaat mr. L.J.W. Sueters te 's-Hertogenbosch,
en waarin heeft gevorderd als voegende partij aan de zijde van [gedaagden] te worden toegelaten:

1. de vennootschap onder firma

[eiseres in voeging],
gevestigd te [woonplaats], en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres in voeging],
gevestigd te Horn, gemeente Leudal, en

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres in voeging],
gevestigd te [woonplaats]

eiseressen in het incident tot voeging,
advocaat mr. F.A. van den Assem te Nijmegen.

1 De procedure

in de hoofdzaak en in de incidenten tot tussenkomst en voeging

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 8
- de aanvullende producties 9 en 10 van [eiseres]

- de akte overlegging en uitlating producties met producties 1 tot en met 11 van [gedaagden]
 - de incidentele conclusie houdende een verzoek tot tussenkomst subsidiair voeging van [eiseres in incident]
 - de incidentele conclusie tot voeging met producties 1 en 2 van [eiseres in voeging]
 - de mondelinge behandeling van 22 augustus 2017
 - de conclusie van antwoord in het incident tot voeging
 - de pleitnota van [eiseres]
 - de pleitnota van [gedaagden]
 - de pleitnota van [eiseres in incident]
 - de pleitnota van [eiseres in voeging]
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

in de hoofdzaak en in de incidenten tot tussenkomst en voeging

2.1. [eiseres] is een landelijk opererende onderneming op het gebied van busvervoer. Zij neemt in dat verband regelmatig deel aan aanbestedingen op het gebied van busvervoer, onder andere voor onderwijsinstellingen.

2.2. [eiseres] heeft begin juni 2016 ingeschreven op de aanbesteding van twee overeenkomstige opdrachten 'Groepsvervoer en Aanverwante dienstverlening' van enkele onderwijsinstellingen. Om te beoordelen of [eiseres] voldeed aan de in die aanbestedingsprocedure aan haar gestelde eisen, moest zij een zogenaamde Eigen Verklaring invullen. Onderdeel van deze verklaring vormde de financiële draagkracht van de inschrijver. De eis die in dat kader werd gesteld was dat de inschrijver over de jaren 2013, 2014 en 2015 een minimale solvabiliteit had van 20%. [eiseres] heeft deze vraag in die procedure bevestigend beantwoord.

2.3. Bij de tweede verificatie van de inschrijving van [eiseres] is het de aanbestedende dienst in die aanbesteding gebleken dat [eiseres], om te kunnen voldoen aan de minimale solvabiliteitseis, een beroep moest doen op haar vennootschapsrechtelijke moeder [eiseres], waarvan zij 100% deel uitmaakt. Dit had [eiseres] niet in haar Eigen Verklaring vermeld. De aanbestedende dienst heeft [eiseres] vervolgens in de gelegenheid gesteld haar verklaring aan te vullen, waarna een voorlopige gunningsbeslissing werd genomen en de opdracht aan [eiseres] als degene met de economisch meest voordelige inschrijving werd gegund.

2.4. Ook [eiseres in voeging] had op de hiervoor bedoelde opdrachten ingeschreven. Zij was in die aanbestedingsprocedure als vierde geëindigd en heeft van haar twintig dagen tellende bezwaartermijn gebruik gemaakt door een kort geding te starten bij de rechtbank Limburg, zittingsplaats Maastricht. De voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg heeft in dat kort geding bij vonnis van 14 oktober 2016 onder meer het volgende overwogen:

(...)

4. De beoordeling

(...)

4.10 Vast staat dat [eiseres] zelfstandig heeft ingeschreven en geen gebruik maakt van onderaannemers en geen deel uitmaakt van een samenwerkingsverband. Vast staat ook dat om te voldoen aan de geschiktheidseisen, zo is pas bij de tweede verificatie door [gedaagden] gebleken, [eiseres] zich wel beroept op een derde. Daarom was [eiseres], en [gedaagden] erkennen dat op pagina 6 van de pleitnotitie ook, gehouden de geschiktheidseis inzake de solvabiliteit en de naam van [eiseres] in te vullen bij onderdeel 8.2 van de Eigen Verklaring.

(...)

4.11. Door ondertekening van de Eigen Verklaring heeft [eiseres] verklaard zelfstandig te kunnen voldoen aan de geschiktheidseisen van artikel 1.4.2 van bijlagen 1A en 1B van het aanbestedingsdocument, zoals verwoord in onderdeel 5.1 van de Eigen Verklaring. Ook heeft [eiseres] met ondertekening te kennen gegeven naar waarheid de Eigen Verklaring te hebben ingevuld. Vast staat dat het eerste én het tweede niet het geval is.

(...)

4.17. De voorzieningenrechter is van oordeel dat in het kader van het in het aanbestedingsrecht geldende gelijkheidsbeginsel [gedaagden], zodra zij constateerden dat [eiseres] in strijd met de waarheid had verklaard in de Eigen Verklaring, op grond van artikel 2.4.2 juncto artikel 2.4.1 de beide inschrijvingen van [eiseres] als ongeldig terstond ter zijde hadden moeten leggen, zoals alle andere om welke reden dan ook onregelmatig geoordeelde inschrijvingen terzijde zijn gelegd. Er is door [eiseres] immers niet voldaan aan de eis in het aanbestedingsdocument dat alle vragen naar waarheid zijn beantwoord. Niet alleen is in strijd met de waarheid verklaard dat zelfstandig kan worden voldaan aan de geschiktheidseis, ook

is niet verklaard dat om te voldoen aan de geschiktheidseis een beroep op een derde moet worden gedaan.

(...)

De voorzieningenrechter heeft vervolgens beslist dat de twee percelen waarop [eiseres] had ingeschreven niet aan haar mochten worden gegund. 2.5. [gedaagden] verzorgen opleidingen voor het middelbare beroepsonderwijs en voor volwasseneneducatie. Op 24 maart 2017 hebben [gedaagden] een Europese openbare aanbesteding in de markt gezet inzake busvervoer. Voorafgaand hieraan heeft een zogenaamde Marktorientatie plaatsgevonden, waaraan [eiseres] (Deelnemer 1) en [eiseres in incident] (Deelnemer 2) hebben deelgenomen. [eiseres] heeft op de vragen die in de Marktorientatie aan de orde zijn gesteld onder meer het volgende geantwoord:

(...)

Tarieven (uitvraag)

- Eendaags en meerdaags met de nadruk op de eendaagse busreizen. Zorg voor een goede verdeling van de punten. Tip: vraag bij meerdaags een dagtarief uit. Dan maakt het niet uit of de reis 2,3 of meer dagen duurt. Meer dan 8 uur rijden, dan sowieso toeslag.

- Beter nog: een uurtarief en kilometertarief voor eendaagse en meerdaagse reizen, gespecificeerd per voertuiggroottes 20 / 50 / 60 / 70 / 80 per-
soons.

(...)

2.6. Het aanbestedingsdocument vermeldt voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang:

(...)

1.4. **Omvang van de aan te besteden Opdracht**
De aan te besteden opdracht wordt als volgt gedefinieerd:

Het leveren van een drietal typen vervoer, nl:

- Busvervoer voor eendaagse reizen;
- Busvervoer voor meerdaagse reizen;
- (Structureel) Groepsvervoer tussen twee vaste locaties.

(...)

In bijlage 9 treft u het gezamenlijke rittenoverzicht van de Opdrachtgevers in 2016 aan.

Hoewel genoemde gegevens met de grootste zorgvuldigheid tot stand zijn gekomen kunnen ondernemers aan deze opgave geen rechten ontleunen en dienen deze als indicatief te worden beschouwd. Binnen de looptijd van de Overeen-

komst kunnen, wanneer daar aanleiding voor is, de gecontracteerde diensten, zowel in positieve als negatieve zin, qua volume wijzigen.

(...)

4.3 Prijs

In deze paragraaf wordt aangegeven op welke wijze prijzen moeten worden weergegeven. Daartoe is een prijzenblad beschikbaar (zie Bijlage 3: Prijzenblad). Dit prijzenblad dient Inschrijver volledig in te vullen.

Opdrachtgever eist dat te allen tijde marktconforme prijzen worden gehanteerd.

(...)

5.6 Beoordeling van de prijs

Van de Inschrijvingen die voldoen aan de Eisen ten aanzien van de Opdracht worden de prijzen beoordeeld. Voor de beoordeling van de prijs hanteert Opdrachtgever de uitkomsten van Bijlage 3: prijzenblad. De door Inschrijver geoffreerde prijzen dienen netto (inclusief btw) te zijn. De prijzen moeten bestaan uit alle kosten.

(...)

2.7. Het Programma van Eisen dat als bijlage 1 bij het aanbestedingsdocument is gevoegd, vermeldt onder meer:

‘Inschrijver dient onvoorwaardelijk akkoord te gaan met het onderstaande Programma van Eisen. Het niet voldoen aan de eisen E 1 t/m E 43 betekent uitsluiting van verdere beoordeling.

(...)

E19 De vaste totaalprijs is gespecificeerd in prijs per kilometer en prijs per uur voor touringcarvervoer, exclusief BTW.

(...)

2.8. Het prijzenblad dat als bijlage 3 bij het aanbestedingsdocument is gevoegd, vermeldt onder meer:

‘Uur- en kilometertarieven gelden voor zowel binnen-als buitenland, zowel beladen als onbeladen.

→ wachttijden worden conform contractueel afgesproken uurtarief per type voertuig aan Opdrachtgever in rekening gebracht.

- busprijzen zijn prijzen per uur of per deel van dat uur (inclusief starttarieven). Uurtarieven mogen door Opdrachtgever gedeeld worden door 4 (15 min).

- busprijzen zijn all-in, dus inclusief kosten chauffeur, brandstof, verzekeringen, schoonmaakkosten, aanrijtijden, verblijfkosten chauffeur etc.

(...)

2.9. Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument dat als bijlage 7 bij het aanbestedingsdocument is gevoegd, vermeldt onder meer:

'(...)

Deel III C Gronden met betrekking tot insolventie, belangenconflicten of beroepsfouten

Ernstige beroepsfout Heeft de ondernemer zich schuldig gemaakt aan ernstige beroepsfouten?

Zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012

'(...)

[eiseres] heeft deze vraag ontkennend beantwoord.

2.10. De Nota van Inlichtingen die in het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure is opgesteld, vermeldt onder meer:

'(...)

Categorie Eisen en criteria

Betreft E19

Vraag 33

3.3 Programma van Eisen, E19/prijzenblad bijlage

3. Er wordt gevraagd: De vaste totaalprijs is gespecificeerd in prijs per kilometer en prijs per uur voor touringcarvervoer, exclusief BTW. Kunt u meer uitleg geven hoe we de informatie in moeten lezen en in moeten vullen. Er staan twee tabellen? Waarom is dit niet 1 prijzentabel. In de tekst staat: busprijzen zijn all-in, dus inclusief kosten chauffeur, brandstof, verzekeringen, schoonmaakkosten, aanrijtijden, verblijfskosten chauffeur etc. Wat bedoelt u allemaal met etc...

Antwoord Vrijgegeven: 09-05-2017

Wij vragen het tarief waarmee inschrijver zijn commerciële prijs berekent, zowel per uur als per kilometer. Vormvrijheid heeft ervoor gezorgd dat wij voor twee tabellen hebben gekozen in plaats van één tabel. Met 'etc.' bedoelen wij alle gangbare kosten die door inschrijver gemaakt worden om een rit uit te kunnen voeren.

'(...)

2.11. [eiseres] heeft vervolgens tijdig op de opdracht ingeschreven, waarbij zij ten aanzien van het kilometertarief op het Prijzenblad telkens per categorie busvervoer een tarief van € 0,01 heeft ingevuld. In reactie op dit tarief hebben [gedaagden] bij bericht van 30 mei 2017 aan [eiseres] gevraagd of deze inschrijving correct is, of dat er een vergissing is gemaakt. [eiseres] heeft hierop onder meer als volgt gereageerd:

'De tarieven zoals wij die hebben ingevuld zijn correct, dus ook de kilometertarieven. Voor een vervoerder gaat het er om dat de opbrengst per

uur voldoende is. De onzekere factor voor het realiseren van voldoende opbrengst per uur is het aantal kilometers per uur die gereden worden. Om dit risico voor ons te minimaliseren hebben wij er voor gekozen de kosten zoveel mogelijk in het uurtarief te verwerken waardoor het tarief per kilometer laag is. Hiermee ontstaat een stabiele uuropbrengst. Bij een hoger tarief per kilometer en een lager tarief per uur ontstaan veel meer schommelingen in de opbrengsten per uur en moeten de hoge opbrengsten per uur van de uren waarin veel kilometers worden gereden de lage opbrengsten per uur van de uren waarin geen of weinig kilometers worden gereden, compenseren. Bij dagtochten waarbij weinig kilometers worden gereden en veel gewacht moet worden en bij meerdaagse reizen waarbij op tussenliggende dagen weinig gereden wordt ontstaan dan te lage opbrengsten.

'(...)

2.12. [gedaagden] hebben [eiseres] vervolgens per e-mail van 31 mei 2017 kenbaar gemaakt dat de kilometertarieven waarmee zij heeft ingeschreven niet marktconform zijn, waardoor zij een goede vergelijking tussen de inschrijvingen in de weg staan. [gedaagden] hebben [eiseres] daarna in de gelegenheid gesteld haar kilometertarief te herberekenen. In reactie daarop heeft [eiseres] op 1 juni 2017 een nieuw Prijzenblad bij [gedaagden] ingediend met gewijzigde kilometertarieven.

2.13. Op 21 juni 2017 hebben [gedaagden] aan [eiseres] kenbaar gemaakt dat haar inschrijving als ongeldig terzijde is gelegd. In de toelichting op deze beslissing hebben [gedaagden] aan [eiseres] onder meer als volgt bericht:

'Uit het prijzenblad bij uw inschrijving blijkt dat u voor alle vier type voertuigen met het kilometertarief van € 0,01 heeft ingeschreven. Uit dit tarief blijkt dat deze prijs niet bestaat uit alle kosten, zoals is voorgeschreven in par. 5.6 van het Aanbestedingsdocument. (...)

Terzijde merken wij over onze verduidelijkingsvraag op dat wij u – naar aanleiding van uw antwoord op 31 mei jl. per abuis om een nieuw prijzenblad hebben verzocht. Dat is uiteraard na sluiting van de inschrijvingstermijn niet toegestaan, omdat dat neerkomt op een wijziging van uw inschrijving.

De door u gekozen versleuteling van kosten (die feitelijk in het kilometertarief thuishoren) betekent een uitnodiging c.q. ongezonde prikkel om

tijdens de uitvoering van de opdracht routes te kiezen die veel tijd kosten (bijvoorbeeld filegevoelige routes). Daaraan verdient uw bedrijf immers. Ook klopt uw antwoord in het kader van OV-3 (Wijziging en vertraging) als gevolg van de wijze waarop u heeft geoffreerd niet. (...)

Kortom, op grond van het voren vermelde kunnen wij niet anders dan uw inschrijving als ongeldig terzijde leggen, omdat deze niet-bestekconform is, althans deze is irreëel omdat deze in strijd is gedaan met par. 5.6 van het Aanbestedingsdocument. Dat betekent dat uw bedrijf niet langer voor gunning van de opdracht in aanmerking kan komen.

(...)

Als gevolg daarvan is op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding (BPKV) de opdracht voorlopig gegund aan [eiseres in incident]

(...)

2.14. Bij brief van 14 juli 2017 hebben [gedaagden] aan [eiseres] in aanvulling op de toelichting op de eerdere voorlopige gunningsbeslissing onder meer het volgende bericht:

(...)

I. Bij brief van 21 juni 2017 hebben wij u en de andere inschrijvers geïnformeerd dat voorlopig is gegund aan [eiseres in incident]. De afgewezen inschrijvers zijn in de gelegenheid gesteld om binnen 20 kalenderdagen een kort geding aan te spannen, wanneer zij het niet met die beslissing eens waren. Inmiddels is een kort geding gestart door uw bedrijf, [eiseres], omdat wij uw inschrijving ongeldig hebben verklaard. (...)

2. Naar aanleiding daarvan hebben wij ons beraden. De uitkomst van dit proces is geweest dat wij vanuit een oogpunt van zorgvuldigheid behoefte hebben om de redenen waarom uw inschrijving ongeldig is verklaard te verduidelijken.

(...)

6. In de eerste plaats wordt de inschrijving van [eiseres] als ongeldig terzijde gelegd, omdat uit de UEA die bij uw inschrijving is gevoegd blijkt dat een valse verklaring is afgelegd. Zoals hiervoor aangegeven, merken wij de valse verklaring, die is afgelegd in een aanbestedingsprocedure uit juni 2016 (zie bijlage 1), aan als een ernstige beroepsfout die [eiseres] had moeten melden in de UEA van de onderhavige aanbestedingsprocedure.

(...)

10. Door deze ernstige beroepsfout niet te melden in de UEA van de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft [eiseres] zich (opnieuw) schuldig

gemaakt aan een valse verklaring. Dit betekent dat wij gehouden zijn uw inschrijving (ook) op grond daarvan ongeldig te verklaren.

(...)

11. In de tweede plaats wordt de inschrijving van [eiseres] als ongeldig terzijde gelegd, omdat deze niet-bestekconform is. Voor de motivering daarvan verwijzen wij naar de brief van 21 juni jl., welke motivering als hier herhaald en ingelast moet worden beschouwd. (...)

2.15. [eiseres] heeft [gedaagden] naar aanleiding van deze brief opnieuw in kort geding gedagvaard. De twee aangebrachte kort gedingen zijn bij deze rechtbank gelijktijdig gepland op 22 augustus 2017. [eiseres] heeft na uitroeping van beide zaken het eerste kort geding ter zitting ingetrokken.

3 Het geschil

in de hoofdzaak

3.1. [eiseres] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair

I [gedaagden] te verbieden om uitvoering te geven aan de voorlopige gunningsbeslissing van 14 juli 2017;

II [gedaagden] te verbieden om de opdracht te gunnen aan [eiseres in incident];

III [gedaagden] te gebieden de gunningsbeslissing waarin de inschrijving van [eiseres] ongeldig is verklaard en is medegedeeld dat deze terzijde zal worden gelegd en verder is medegedeeld dat voorlopig gegund is aan [eiseres in incident] in te trekken en [gedaagden] te verbieden om de opdracht te gunnen aan een ander dan aan [eiseres];

IV [gedaagden] te gebieden om, indien zij tot gunning van de opdracht overgaan, de opdracht te gunnen aan [eiseres];

Subsidiair

V [gedaagden] te gebieden om de voorlopige gunningsbeslissing, waarin [eiseres] ongeldig is verklaard en het voornemen is vermeld om de opdracht te gunnen aan [eiseres in incident] in te trekken en voor zover [gedaagden] de opdracht willen gunnen tot heraanbesteding van de opdracht over te gaan;

Meer subsidiair

VI [gedaagden] te gebieden de gunningsbeslissing waarin de inschrijving van [eiseres] ongeldig is verklaard en is medegedeeld dat deze terzijde zal worden gelegd en verder is medegedeeld dat voorlopig gegund is aan [eiseres in incident] in

te trekken en [eiseres] alsnog in de gelegenheid te stellen om haar betrouwbaarheid aan te tonen op de voet van artikel 2.87a Aw;

Uiterst subsidiair

VII een voorlopige voorziening te treffen als de voorzieningenrechter in goede justitie zou vermenen te behoren;

Primair, subsidiair, meer subsidiair en uiterst subsidiair

VIII [gedaagden] hoofdelijk te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 100.000,00, althans een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen dwangsom, indien [gedaagden] niet aan dit vonnis voldoen; IX [gedaagden] hoofdelijk te veroordelen in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente indien deze kosten niet binnen twee weken na de datum van dit vonnis zijn voldaan.

3.2. [gedaagden] voeren verweer en concluderen tot afwijzing van de vorderingen.

3.3. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang, worden ingegaan.

in het incident tot tussenkomst, althans voeging

3.4. [eiseres in incident] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

In het incident

I primair [eiseres in incident] toe te staan tussen te komen in het rechtsgeding tussen [eiseres] en [gedaagden] ;

II subsidiair [eiseres in incident] toe te staan zich te voegen aan de zijde van [gedaagden] in het rechtsgeding tussen [eiseres] en [gedaagden] ;

In de hoofdzaak

I primair [eiseres] niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans deze af te wijzen;

II subsidiair [gedaagden] te verbieden om de opdracht te gunnen aan een ander dan [eiseres in incident] , althans voor zover [gedaagden] de opdracht nog wensen te gunnen;

In het incident en in de hoofdzaak

I [eiseres] te veroordelen in de proces- en nakosten in het incident en in de hoofdzaak, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na de datum van dit vonnis.

3.5. [eiseres] en [gedaagden] hebben geen verweer gevoerd tegen de vordering tot tussenkomst, althans voeging aan de zijde van [gedaagden] .

3.6. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang, worden ingegaan.

in het incident tot voeging

3.7. [eiseres in voeging] vordert dat haar vordering tot voeging aan de zijde van [gedaagden] wordt toegewezen, met veroordeling van [eiseres] in de proceskosten.

3.8. [eiseres] en [gedaagden] voeren iedere afzonderlijk verweer en concluderen tot afwijzing van de vordering.

3.9. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover voor de beoordeling van dit geschil van belang, worden ingegaan.

4 De beoordeling van het geschil

in het incident tot tussenkomst, althans voeging

4.1. [eiseres in incident] vordert primair haar toe te staan tussen te komen in het rechtsgeding tussen [eiseres] en [gedaagden] . [eiseres] en [gedaagden] hebben geen verweer gevoerd tegen de tussenkomst van [eiseres in incident] . Nu [eiseres in incident] bovendien een rechtstreeks en in rechte te erkennen belang heeft om als tussenkomende partij in het geding te komen, omdat [eiseres in incident] de inschrijver is aan wie de aanbestedende dienst voornemens is de opdracht te gunnen, zal [eiseres in incident] worden toegelaten als tussenkomende partij. [eiseres] en [gedaagden] zullen in de kosten, van het incident worden veroordeeld, welke kosten worden groot op nihil.

in het incident tot voeging

4.2. [eiseres in voeging] wenst dat haar wordt toegestaan zich te voegen aan de zijde van [gedaagden] in het rechtsgeding tussen [eiseres] en [gedaagden] . [eiseres in voeging] legt aan deze vordering ten grondslag dat zij belang heeft bij deze voeging, omdat [eiseres] in aanbestedingsprocedures vaker valse verklaringen aflegt en dat [eiseres in voeging] daarvan in de toekomst last zal ondervinden omdat door deze valse verklaringen haar concurrentiepositie ten opzichte van [eiseres] wordt geschaad. [eiseres in voeging] stelt voorts dat zij belang heeft bij afwijzing van de vorderingen die [eiseres] in de hoofdzaak heeft ingesteld, omdat is gebleken dat [eiseres in voeging] met de laagste prijs op de aanbesteding heeft ingeschreven zodat, als na verificatie van de inschrijving van [eiseres in incident] blijkt dat zij alsnog moet worden uitgesloten, [eiseres in voeging] de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan en de opdracht aldus aan haar moet worden gegund.

4.3. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. De eerste grondslag waarop [eiseres in voeging] haar vordering tot voeging baseert komt er in de kern genomen op neer dat zij nadelige gevolgen kan ondervinden van de uitkomst van de onderhavige procedure, die ongunstig zijn voor de partij aan wier zijde zij zich voegt. Onder nadelige gevolgen moeten in dit verband worden verstaan de feitelijke of juridische gevolgen die de toedane wel afwijzing van de in die procedure ingestelde vordering of het gezag van gewijsde van in de uitspraak in die procedure gegeven eindbeslissingen zal kunnen hebben voor degene die de voeging vordert (Hoge Raad 12 juni 2015, NJ 2015/219). Vaststaat dat de uitkomst van de onderhavige kort gedingprocedure wat betreft de kwestie van het inschrijfgedrag van [eiseres] geen rechtstreekse gevolgen heeft voor [eiseres in voeging]. Het gaat [eiseres in voeging] immers om de toetsing van een algemeen soort inschrijfgedrag met het oog op de toekomst, hetgeen in deze procedure niet aan de orde is. In het licht van voornoemde uitspraak bestaat aan de zijde van [eiseres in voeging] op deze grond dan ook onvoldoende belang bij voeging.

4.4. Ten aanzien van de tweede grond die [eiseres in voeging] aan haar vordering tot voeging ten grondslag heeft gelegd, heeft te gelden dat [eiseres in voeging] de stelling van [gedaagden] dat de verificatie van de inschrijving van [eiseres in incident] reeds heeft plaatsgevonden niet weersproken. Vaststaat dan ook dat die verificatie [eiseres in incident] niet (langer) van deelname aan de aanbestedingsprocedure kan uitsluiten, zodat daarin voor [eiseres in voeging] niet (langer) een belang bij voeging is gelegen, nog daargelaten of deze grond op zichzelf al een voldoende concreet belang voor toewijzing van de gevorderde voeging zou zijn geweest.

4.5. Dit alles leidt ertoe dat de vordering van [eiseres in voeging] tot voeging aan de zijde van [gedaagden] zal worden afgewezen. [eiseres in voeging] heeft dan ook als de in het ongelijk gestelde partij te gelden. Zij heeft ter zitting bepleit dat zij ondanks dat niet in de kosten van dit incident dient te worden veroordeeld, omdat zij ondanks aandringen pas in een zeer laat stadium zicht heeft gekregen op de producties die door partijen in deze procedure zijn overgelegd. Dit kan echter niet tot een afwijkende proceskostenveroordeling leiden, omdat de inhoud van die producties geen licht werpt op de beoordeling van

het door [eiseres in voeging] gestelde belang bij voeging. De beslissing om al dan niet een vordering tot voeging in te dienen kan niet in redelijkheid afhankelijk zijn geweest van het verkrijgen van de producties. Daarom zal [eiseres in voeging] in de proceskosten van dit incident worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van [eiseres] en [gedaagden] tot op heden ieder afzonderlijk begroot op (0,5 punt x tarief € 816,00 =) € 408,00 aan salaris advocaat.
in de hoofdzaak

4.6. De spoedeisendheid van de vorderingen vloeit voldoende uit de stellingen van [eiseres] voort.

4.7. [eiseres] vordert kort gezegd een verbod voor [gedaagden] om de opdracht definitief aan [eiseres in incident] te gunnen en vordert dat in plaats daarvan, indien [gedaagden] nog tot gunning wensen over te gaan, aan haar wordt gegund. [eiseres] legt aan deze vordering ten grondslag dat haar inschrijving ten onrechte terzijde is gelegd, omdat zij besteksconform, volledig en naar waarheid heeft ingeschreven. [gedaagden] en [eiseres] voeren verweer en stellen zich in de kern genomen op het standpunt dat [eiseres] terecht van deelname is uitgesloten. Zij voeren daartoe aan dat [eiseres] in de onderhavige aanbestedingsprocedure een valse verklaring heeft afgelegd, omdat zij in een eerdere aanbestedingsprocedure een valse verklaring heeft afgelegd die kwalificeert als een ernstige beroepsfout en daarvan in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument geen melding heeft gemaakt. [gedaagden] en [eiseres in incident] stellen daarnaast dat [eiseres] geen besteksconforme inschrijving heeft gedaan, omdat zij in strijd met het aanbestedingsdocument niet alle relevante kosten in het kilometertarief heeft verdisconteerd waardoor geen sprake is van een marktconforme en realistische inschrijfprijs.

4.8. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Ten aanzien van de eerste uitsluitingsgrond heeft te gelden dat vaststaat dat [eiseres] in de eerste aanbestedingsprocedure daterend van juni 2016 in haar Eigen Verklaring heeft aangegeven dat zij zelfstandig voldeed aan de in die procedure gestelde geschiktheidseis ten aanzien van de solvabiliteit, die in de jaren 2013, 2014 en 2015 ten minste 20% moest bedragen. Bij de tweede verificatie van de inschrijving van [eiseres] is gebleken dat [eiseres] die vraag niet juist heeft beantwoord, omdat dat niet het geval was. Op zichzelf is aanneemelijk dat deze onwaarheid kwalificeert als valse verklaring, ook al is dat in die eerdere aanbeste-

dingsprocedure door de aanbestedende dienst niet als zodanig aangemerkt en heeft ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg die term niet gebruikt.

4.9. Uit het afleggen van een valse verklaring volgt echter niet zonder meer dat sprake is van een ernstige beroepsfout, zoals [gedaagden] en [eiseres in incident] stellen. Artikel 2.87 lid 1 onder h Aanbestedingswet (Aw) bepaalt dat de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde kan uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure, indien de inschrijver of gegadigde zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of het voldoen aan geschiktheidseisen of die informatie heeft achtergehouden, dan wel indien hij niet in staat was ondersteunende documenten over te leggen. In het licht van het arrest van het Hof van Justitie van 4 mei 2017, C-387/14 (Esaproject sp) moet worden aangenomen dat indien een inschrijver verantwoordelijk kan worden gehouden voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht, zij in ernstige mate schuldig kan worden beschouwd in de zin van artikel 2.87 Aw. De conclusie van [gedaagden] en [eiseres in incident] dat [eiseres] in de eerdere aanbestedingsprocedure in ernstige mate schuldig dient te worden beschouwd, is echter niet zonder meer gewettigd. Aan de valse verklaring die [eiseres] in die eerdere procedure heeft afgelegd kwam in die zaak immers geen doorslaggevende betekenis toe, omdat vaststaat dat [eiseres] zich zonder problemen had kunnen beroepen op een derde om aan de gestelde minimale solvabiliteitseis te kunnen voldoen. Niet in geschil is dat indien [eiseres] dit had gedaan, zij zonder meer voor gunning van de opdracht in aanmerking zou zijn gekomen. Onder deze omstandigheden kan daarom niet worden aangenomen dat [eiseres] zich in die eerdere aanbestedingsprocedure in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het verstrekken van een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw.

4.10. In zijn algemeenheid is niet uitgesloten dat wanneer een partij in een aanbestedingsprocedure zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het verstrekken van een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw, dat kan worden

aangemerkt als een ernstige beroepsfout. Of daarvan sprake is hangt echter in concreto af van de aard en ernst van de valse verklaring en datgene wat met het afleggen van die verklaring werd beoogd. In dat verband is vooral van belang dat door de valse verklaring de integriteit van de inschrijver in twijfel kan worden getrokken, zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onder c Aw, naar welk artikel ook specifiek in het Uniforme Europees Aanbestedingsdocument is verwezen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat onder de omstandigheden waaronder [eiseres] in de eerdere aanbesteding een valse verklaring heeft afgelegd, te weten abusievelijk terwijl zij (met hulp van een derde) wel in staat was aan die eis te kunnen voldoen, het afleggen daarvan niet de conclusie wettigt dat aan de zijde van [eiseres] sprake is van een ernstige beroepsfout, althans van een ernstige beroepsfout die haar integriteit in twijfel kan trekken. Daarbij speelt ook een rol in hoeverre de inschrijver zich stelselmatig schuldig maakt aan het afleggen van valse verklaringen en onvoldoende gesteld of gebleken is dat [eiseres] zich daaraan eerder of stelselmatig schuldig heeft gemaakt. Dit betekent dat niet kan worden aangenomen dat [eiseres] in de onderhavige aanbestedingsprocedure een valse verklaring heeft afgelegd door geen melding te maken van een ernstige beroepsfout begaan in een eerdere aanbestedingsprocedure. Die ernstige beroepsfout bestaat gelet op het voorgaande immers niet. Dit leidt ertoe dat [gedaagden] [eiseres] niet op deze grond van deelneming aan de aanbestedingsprocedure hebben mogen uitsluiten.

4.11. De tweede gehanteerde uitsluitingsgrond houdt in dat [eiseres] volgens [gedaagden] niet besteksconform heeft ingeschreven, omdat zij in strijd met het aanbestedingsdocument in het kilometertarief niet alle kosten heeft meegenomen, waardoor geen sprake is van een marktconform tarief. Vaststaat dat [eiseres] met een kilometertarief van € 0,01 heeft ingeschreven en dat zij de overige kosten die in het kader van dat tarief relevant zijn heeft opgevoerd in het gevraagde uurtarief. [eiseres] stelt in dat verband dat zij de aanbestedingsstukken zo heeft begrepen dat het haar niet alleen vrij stond om alle kosten die zij in het kader van de te rijden kilometers moet maken in het uurtarief te verwerken, maar dat zij uit die stukken moest afleiden dat dat ook werkelijk de bedoeling van [gedaagden] was. [gedaagden] hebben dit betwist en zich op het standpunt gesteld dat het voor iedere behoorlijk geïnformeer-

de en normaal oplettende inschrijver duidelijk moest zijn geweest dat van hen gevraagd werd om zowel per kilometer als per uur een marktconforme prijs op te geven. Daarmee zijn vragen van uitleg van het aanbestedingsdocument aan de orde, waarbij in dit geval dient te worden gekeken naar de bewoordingen van het document gelezen in het licht van de hele tekst daarvan en de naar objectieve maatstaven kenbare bedoeling van partijen. Het komt hierbij aan op wat een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver moest begrijpen.

4.12. In artikel 5.6 van het aanbestedingsdocument, in combinatie met het zogenaamde Prijzenblad, wordt naar twee prijsonderdelen gevraagd, namelijk zowel naar een uurtarief als naar een kilometertarief. Voor iedere behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver moest het duidelijk zijn geweest dat [gedaagden] ten aanzien van beide onderdelen een marktconforme prijs wensten te ontvangen, waarin alle kosten zijn verwerkt. Dit kan redelijkerwijs niet anders worden begrepen dan dat [gedaagden] een prijs per kilometer wensten te ontvangen, waarin alle relevante kosten voor het rijden van die kilometer zijn verdisconteerd, en een uurtarief met daarin alle overige te maken kosten. Ook voor [eiseres] als behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver had duidelijk moeten zijn dat van haar werd verlangd dat zij de kosten die rechtstreeks samenhangen met het kilometertarief ook in die prijs zou opvoeren. Dit heeft zij echter niet gedaan. Uit de hoogte van het door haar ingeschreven kilometertarief en uit datgene wat zij daarover heeft verklaard, moet immers worden afgeleid dat zij relevante kosten per kilometer in het uurtarief heeft verwerkt. Dit heeft tot gevolg dat de inschrijfprijs geen realistisch beeld meer geeft, omdat de kosten per kilometer, ook wanneer die kilometers niet worden gemaakt tijdens wachttijden, toch aan [gedaagden] worden gepresenteerd en wel in het uurtarief. Op basis van de systematiek van de onderhavige aanbesteding had het voor [eiseres] duidelijk moeten zijn dat dat niet de bedoeling was, mede omdat vaststaat dat het [eiseres] zelf is geweest die (tezamen met [eiseres in incident]) [gedaagden] heeft aangeraden om te werken met twee afzonderlijke tarieven, dus zowel een uurtarief als een kilometertarief, in plaats van één totaal-tarief.

4.13. Aan het vorenstaande doet niet af dat op het Prijzenblad dat als bijlage 3 aan het aanbestedingsdocument is gevoegd, staat vermeld dat busprijzen all-in prijzen zijn, dus inclusief bijvoorbeeld kosten voor brandstof en verzekeringen. Uit het Prijzenblad had [eiseres] , hoewel deze tekst mogelijk wat slordig is opgesteld, niet kunnen en mogen afleiden dat zij in strijd met de gehele systematiek van deze aanbesteding alle kosten in het uurtarief mocht opvoeren. Het vragen naar een separaat kilometertarief zou daarmee immers zinledig zijn. Ditzelfde geldt voor het antwoord op vraag 33 in de Nota van Inlichtingen, waarin [gedaagden] aangeven dat vormvrijheid ervoor heeft gezorgd dat de tarieven in twee verschillende tabellen zijn opgesplitst. Gezien de systematiek van de aanbestedingsprocedure had dit antwoord niet zo mogen worden begrepen dat de splitsing van de tarieven in een uur- en een kilometertarief toevalligerwijs en slechts tekstueel zo is uitgevallen en geen enkel inhoudelijk belang en doel zou dienen.

4.14. Dit alles leidt tot de slotsom dat [gedaagden] op basis van de inschrijving van [eiseres] hebben kunnen beslissen om haar uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure voor busvervoer. De vorderingen van [eiseres] strekkende tot een verbod voor [gedaagden] om de opdracht definitief aan [eiseres in incident] te gunnen en, indien zij nog tot gunning wensen over te gaan, dit aan haar te doen, zullen dan ook worden afgewezen. De beoordeling in dit kort geding biedt evenmin aanleiding om de vordering strekkende tot heraanbesteding van de opdracht toe te wijzen, nu niet, althans onvoldoende gesteld of gebleken is dat enig aanbestedingsrechtelijk beginsel zou zijn veronachtzaamd dat een heraanbesteding rechtvaardigt. Ook deze vordering zal daarom worden afgewezen. Nu voorts is geoordeeld dat de inschrijving van [eiseres] op basis van het door haar gehanteerde kilometertarief terzijde heeft kunnen worden gelegd, maar niet vanwege een valse verklaring, heeft [eiseres] geen belang bij het (alsnog) mogen aantonen van haar betrouwbaarheid. De afwijzing van de vorderingen van [eiseres] impliceert een toewijzing van de vordering van [eiseres in incident] , zodat [gedaagden] zullen worden verboden de opdracht te gunnen aan een ander dan [eiseres in incident] , voor zover [gedaagden] de opdracht nog wensen te gunnen.

4.15. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van [gedaagden] en [eiseres in incident] tot op heden ieder afzonderlijk begroot op:

- griffierecht € 618,00
- salaris advocaat € 816,00

Totaal € 1.434,00

4.16. De gevorderde wettelijke rente en nakosten zullen worden toegewezen als na te melden.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

in het incident tot tussenkomst, althans voeging

5.1. laat [eiseres in incident] toe als tussenkomende partij in het kort geding van [eiseres] tegen [gedaagden],

5.2. veroordeelt [eiseres] en [gedaagden] tot betaling van de proceskosten in het incident tot tussenkomst, aan de zijde van [eiseres in incident] tot op heden begroot op nihil,

in het incident tot voeging

5.3. wijst de vordering af,

5.4. veroordeelt [eiseres in voeging] tot betaling van de proceskosten in het incident tot voeging, aan de zijde van [eiseres] tot de uitspraak begroot op € 408,00 aan salaris advocaat,

5.5. veroordeelt [eiseres in voeging] tot betaling van de proceskosten in het incident tot voeging, aan de zijde van [gedaagden] tot de uitspraak begroot op € 408,00 aan salaris advocaat,

in de hoofdzaak

5.6. wijst de vorderingen van [eiseres] af en verbiedt [gedaagden] de opdracht te gunnen aan een ander dan [eiseres in incident] voor zover [gedaagden] de opdracht nog wensen te gunnen,

5.7. veroordeelt [eiseres] tot betaling van de proceskosten, aan de zijde van [gedaagden] tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.434,00, waarin begrepen € 816,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.8. veroordeelt [eiseres] tot betaling van de proceskosten in de hoofdzaak, aan de zijde van [eiseres in incident] tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.434,00, waarin begrepen € 816,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over deze kosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

5.9. veroordeelt [eiseres], onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door [gedaagden] volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 131,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving, - te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening,

5.10. veroordeelt [eiseres], onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door [eiseres in incident] volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 131,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving, - te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening,

5.11. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Ernstige beroepsfout en/of valse verklaring?

De vraag of een inschrijver een ernstige fout heeft begaan in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw 2012, die hij had moeten vermelden in zijn Eigen Verklaring/Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), komt vaker aan de orde in samenhang met de vraag of deze inschrijver een valse verklaring heeft afgelegd in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012 door de (vermeende) ernstige fout niet te vermelden. Zo ook in de onderhavige uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland.

In de meeste uitspraken hebben deze vragen alleen betrekking op de *betreffende* aanbestedingsprocedure.¹ In de onderhavige uitspraak komt evenwel ook de kwalificatie van een in een *eerdere* aanbesteding gemaakte fout bij het invullen van de Eigen Verklaring aan de orde en de consequenties daarvan voor volgende aanbestedingen.

Eiseres heeft, in een in juni 2016 op een andere aanbesteding ingediende inschrijving, ten onrechte vermeld dat zij zelfstandig voldeed aan de gestelde solvabiliteitseis, althans niet vermeld dat zij om te voldoen aan deze eis een beroep moest doen op haar vennootschapsrechtelijke moeder. Haar inschrijving op die aanbesteding is om deze reden uiteindelijk – op aanwijzing van de voorzieningenrechter – ter zijde gelegd. Daarbij is zowel door de aanbestedende dienst als door de voorzieningenrechter in het midden gelaten of de betreffende onjuistheid in de inschrijving van eiseres kwalificeert als valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012.

Eiseres heeft vervolgens in mei 2017 ingeschreven op de door gedaagden georganiseerde aanbesteding. Daarbij heeft zij geen melding gemaakt van de bij voornoemde aanbesteding gemaakte fout. Gedaagden sluiten de inschrijving van eiseres – overigens pas in een aanvullende toelichting op de eerder bekendgemaakte gunningsbeslissing – uit, omdat zij van mening zijn dat eiseres met de in juni 2016 ingediende onjuiste Eigen Verklaring een ernstige beroepsfout heeft begaan die zij had moeten melden in het UEA van de onderhavige aanbesteding. Door dat niet te doen heeft eiseres zich volgens gedaagden (opnieuw) schuldig gemaakt aan een

valse verklaring. Daarnaast wordt – zo is al wel vermeld in de gunningsbeslissing zelf – de inschrijving van eiseres ongeldig verklaard, omdat de aangeboden prijs volgens gedaagden op onderdelen niet besteksconform is.

De voorzieningenrechter beoordeelt in de eerste plaats of eiseres zich in de aanbestedingsprocedure van 2016 – en dus niet in de onderhavige aanbesteding – in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012. De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat op zichzelf weliswaar aannemelijk is dat de destijds gemaakte fout kwalificeert als valse verklaring, maar dat van “een zekere mate van ernst” geen sprake is. Daarmee wordt niet voldaan aan de criteria van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012 en is dus geen sprake van een valse verklaring zoals in dit artikelonderdeel is bedoeld.

De voorzieningenrechter overweegt daartoe dat uit het arrest van het HvJ EU inzake *Esaproject* volgt dat voor het aannemen van een ernstige mate van schuld als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012 opzet niet noodzakelijk is, maar dat voldoende is dat eiseres “*verantwoordelijk kan worden gehouden voor een nalatigheid van een zekere mate van ernst, namelijk een nalatigheid die een beslissende invloed kan hebben op de beslissingen tot uitsluiting van, selectie voor of gunning van een overheidsopdracht.*”² Dat eiseres per abuis – en dus niet met opzet – niet heeft vermeld dat zij een beroep doet op haar moeder om te voldoen aan de solvabiliteitseis, is dus niet van doorslaggevend belang. Het feit dat dit niet beslissend is geweest voor de uitkomst van de aanbestedingsprocedure (als eiseres de Eigen Verklaring juist had ingevuld had zij aan de eisen voldaan) is dat wel.

Deze overwegingen en conclusie zijn naar mijn mening op zichzelf juist, maar mijns inziens niet relevant voor het onderhavige geschil. Daarin staat immers de uitsluiting van eiseres op de door gedaagden georganiseerde aanbesteding

¹ Zie bijvoorbeeld: Rb. Midden-Nederland 3 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1076, «JAAN» 2017/122, m.nt. mr. M.W. Speksnijder en mr. M. van den Brink; Rb. Den Haag 9 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6383, «JAAN» 2016/163 m.nt. mr. C.H. van Hulsteijn; Rb. Noord-Holland 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802, «JAAN» 2014/15, m.nt. mr. C.H. van Hulsteijn en mr. P.F.C. Heemskerk; Rb. Rotterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381, «JAAN» 2013/206 m.nt. mr. W.M. Ritsema van Eck.

² HvJ EU 4 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:338, «JAAN» 2017/140 m.nt. mr. D.R. Versteeg, r.o. 71.

centraal, die is gebaseerd op de stelling dat eiseres een ernstige fout heeft begaan waarvan zij melding had moeten maken in het bij haar inschrijving op deze aanbesteding gevoegde UEA. Met andere woorden, de vraag is of eiseres bij de onderhavige aanbesteding een valse verklaring heeft afgelegd en niet of zij bij de aanbestedingsprocedure van 2016 een valse verklaring heeft afgelegd. Dat laatste is niet – althans niet op zichzelf – aan de gunningsbeslissing ten grondslag gelegd.³

Eerdere rechtspraak⁴ – en meer expliciet het advies 386 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE)⁵ – lijken er bovendien van uit te gaan dat een inschrijver alleen op grond van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012 – dat wil zeggen op grond van het verstrekken van een valse verklaring – van een aanbestedingsprocedure kan worden uitgesloten, indien hij in het kader van die aanbestedingsprocedure onjuiste

gegevens en/of verklaringen indient. Of hij in een eerdere aanbestedingsprocedure een valse verklaring heeft afgelegd, lijkt ook daarom niet relevant voor opvolgende aanbestedingsprocedures. Dit, tenzij de betreffende valse verklaring op zichzelf zou kwalificeren als ernstige fout waarvan de inschrijver in zijn Eigen Verklaring / UEA in het kader van een volgende aanbesteding melding moet maken. Dat laatste is evenwel een wezenlijk andere vraag dan de vraag of een valse verklaring in een eerdere aanbestedingsprocedure kwalificeert als valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012 bij een latere aanbesteding.

Hoewel dit niet expliciet volgt uit de wet of de richtlijn, lijkt deze benaderingswijze mij een juiste. Zoals de CvAE ook oordeelt in voornoemd advies is eenmalige uitsluiting van de aanbestedingsprocedure waarin de valse verklaring is afgelegd proportioneel te achten. Zou het zo zijn dat het eens verstrekken van een valse verklaring bij een aanbesteding ook in opvolgende aanbestedingen een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012 oplevert, dan heeft dat wel erg verstrekkende gevolgen voor de betreffende inschrijver.⁶ Dat geldt te meer, nu artikel 2.87 lid 2 Aw 2012 geen terugkijktermijn bevat voor valse verklaringen en uit eerder genoemde rechtspraak van het Hof Den Haag en de Rechtbank Midden-Nederland volgt dat een proportionaliteitstoets hierbij niet aan de orde kan zijn.⁷ Met andere woorden, de betreffende inschrijver zou dan van deelname aan iedere opvolgende aanbesteding moeten worden uitgesloten.

De wel relevante vraag – of de in het kader van de aanbestedingsprocedure van 2016 gemaakte fout kwalificeert als ernstige fout in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw 2012 – beantwoordt de voorzieningenrechter in rechtsoverweging

³ Terzijde merk ik op dat nog maar de vraag is of de uitsluitingsgronden van artikel 2.87 lid 1 onder c en h Aw 2012 wel deugdelijk aan de gunningsbeslissing ten grondslag zijn gelegd. Dit is gedaan in een nadere toelichting op de gunningsbeslissing terwijl alle relevante redenen voor de gunningsbeslissing in die beslissing zelf dienen te zijn vermeld en in beginsel niet later kunnen worden aangevuld (HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233, «JAAN» 2013/6 m.nt. mr. M.J. Mutsaers). Kennelijk is dit evenwel geen onderwerp van geschil geweest.

⁴ In Rb. Midden-Nederland 3 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1076, «JAAN» 2017/122, m.nt. mr. M.W. Speksnijder en mr. M. van den Brink, r.o. 5.15; Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, «JAAN» 2016/246, m.nt. mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw, r.o. 19 wordt geoordeeld dat een proportionaliteitstoets niet aan de orde is indien een inschrijver een valse verklaring heeft afgelegd in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012. Dat volgt niet uit artikel 2.88 Aw 2012 zelf, dat van toepassing is op alle uitsluitingsgronden, en kan alleen worden verklaard door de gedachte dat bij een valse verklaring tijdsverloop niet aan de orde kan zijn omdat het alleen kan gaan om het afleggen van een valse verklaring in het kader van de aanbesteding waarvan de inschrijver wordt uitgesloten.

⁵ CvAE 3 februari 2017, advies 386, randnr. 5.11.2.

⁶ CvAE 3 februari 2017, advies 386, randnr. 5.9.

⁷ Rb. Midden-Nederland 3 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1076, «JAAN» 2017/122, m.nt. mr. M.W. Speksnijder en mr. M. van den Brink, r.o. 5.15; Hof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, «JAAN» 2016/246, m.nt. mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw, r.o. 19.

4.10. Dat eiseres abusievelijk heeft verklaard dat zij aan de solvabiliteitseis voldeed, terwijl zij (met behulp van een derde) wel in staat was aan die eis te kunnen voldoen, maakt naar het oordeel van de voorzieningenrechter dat er onvoldoende grond is om deze fout aan te merken als ernstige beroepsfout, althans als ernstige beroepsfout die de integriteit van eiseres in twijfel kan trekken. Met name dat laatste – dat er onvoldoende grond is om te twijfelen aan de integriteit van eiseres – is doorslaggevend, waarbij de voorzieningenrechter nog overweegt dat onvoldoende is gesteld of gebleken dat eiseres eerder of stelselmatig valse verklaringen heeft afgelegd.

De voorzieningenrechter concludeert dan ook – naar mijn mening terecht – dat het eenmalig abusievelijk onjuist invullen van de Eigen Verklaring met betrekking tot het al dan niet zelfstandig voldoen aan een gestelde geschiktheidseis niet kwalificeert als ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw 2012. Het niet vermelden daarvan in het UEA van de onderhavige aanbesteding levert dan ook geen valse verklaring op.

Helaas voor eiseres, leidt dit evenwel niet tot het door haar (blijkens haar vorderingen) beoogde resultaat, omdat de voorzieningenrechter met gedaagden van oordeel is dat de inschrijving van eiseres op de onderdelen kilometertarief en uurtarief niet besteksconform en dus ongeldig is.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland maakt in deze uitspraak (nog eens) duidelijk dat niet te snel mag worden aangenomen dat sprake is van een ernstige beroepsfout en/of een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c respectievelijk h Aw 2012, maar dat kritisch moet worden gekeken naar de in dit artikel geformuleerde criteria en de uitleg die daaraan in de jurisprudentie is gegeven. Meer in het bijzonder: een valse verklaring kan alleen tot uitsluiting leiden – want is alleen voldoende ernstig – als deze een beslissende invloed kan hebben op, kort gezegd, de uitkomst van de aanbestedingsprocedure en een ernstige beroepsfout is alleen aan de orde als die twijfel aan de integriteit van de inschrijver rechtvaardigt.

Interessant blijft de vraag of en in hoeverre een eerder afgelegde valse verklaring relevant is in het kader van latere aanbestedingen. Dit lijkt op basis van eerdere jurisprudentie niet het geval, maar de voorzieningenrechter heeft in deze uitspraak desondanks aanleiding gezien om inhoudelijk te beoordelen of eiseres in het verleden een valse verklaring in de zin artikel 2.87 lid 1 onder h Aw 2012 heeft afgelegd. Nu zijn conclusie negatief is en daaraan dus geen gevolgen zijn verbonden en nu de voorzieningenrechter dit niet expliciet overweegt, gaat het mijns inziens evenwel te ver om daaruit te concluderen dat de voorzieningenrechter een andere mening is toegedaan. Vooralsnog kan, hoewel dat mede gelet op deze uitspraak niet helemaal zonder risico is, naar mijn mening in de praktijk worden uitgegaan van de juistheid van het oordeel van de CvAE dat *“een gegadigde of inschrijver bij een toekomstige aanbestedingsprocedure naar waarheid [kan] bevestigen dat hij geen valse verklaringen heeft afgelegd wanneer hij in het kader van die aanbestedingsprocedure uitsluitend correcte gegevens en verklaringen heeft ingediend”*.

M.W. Speksnijder,
advocaat bij CMS