

182

**Uitsluiting inschrijver vanwege gedraging
onderaannemer**

Hof van Justitie EU

11 juli 2019, nr. C-395/18, ECLI:EU:C:2019:595

(Concl. A-G Campos Sánchez-Bordona)

Noot mr. E.J.M. Benders, mr. M.W.

Speksnijder, deze noot heeft betrekking op

«JAAN» 2019/182 en «JAAN» 2019/188

**Prejudiciële vraag. Transparantiebeginsel.
Evenredigheidsbeginsel. Uitleg. Nationale
procedureregels. Facultatieve uitsluiting.
Beroep op derden/onderaannemers.**

[Richtlijn 2014/24/EU art. 18, art. 57, art. 71;

Overweging 101; Richtlijn 2004/18/EG; VEU
art. 5]

*Consip SpA, een Italiaanse aanbestedende dienst,
heeft een aanbesteding uitgeschreven voor een
overheidsopdracht voor de levering van diensten,
waarbij in de specificaties van het aanbestedings-
dossier de mogelijkheid werd geboden om dien-*

sten in onderaanneming te geven. Een van de inschrijvers, Tim SpA (hierna: Tim), gaf in zijn inschrijving te kennen dat hij voornemens was een deel van de diensten in onderaanneming te geven. Hij vermeldde daarbij een drietal beoogde onderaannemers. Op een van de onderaannemers was een facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing. De aanbestedende dienst heeft Tim SpA uitgesloten van de procedure.

De Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) heeft het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1. Moeten art. 57 en art. 71 lid 6 van Richtlijn 2014/24/EU aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale regeling als die in art. 80 lid 5 van wetsbesluit nr. 50/2016, die voorziet in de uitsluiting van de inschrijver wanneer tijdens de aanbestedingsprocedure wordt vastgesteld dat er grond is tot uitsluiting van een onderaannemer die deel uitmaakt van het drietal dat in de offerte is vermeld, in plaats van het opleggen van een verplichting aan de inschrijver om de betreffende onderaannemer te vervangen?

2. Subsidiair, mocht het Hof van oordeel zijn dat aan de lidstaat de mogelijkheid van uitsluiting van een inschrijver toekomt, verzet het evenredigheidsbeginsel, zoals neergelegd in art. 5 VEU, opgenomen in overweging 101 van Richtlijn 2014/24/EU en door het Hof tot algemeen beginsel van het Unierecht verklaard, zich dan tegen een nationale regeling als die in art. 80 lid 5 van wetsbesluit nr. 50/2016, die bepaalt dat de inschrijver in alle gevallen wordt uitgesloten wanneer tijdens een aanbestedingsprocedure wordt vastgesteld dat er grond is tot uitsluiting van een onderaannemer, ook indien er andere onderaannemers zijn die niet zijn uitgesloten en die voldoen aan de vereisten om de in onderaanneming gegeven diensten te verrichten, of indien de inschrijver verklaart af te zien van de diensten van de onderaannemer omdat hij zelf voldoet aan de vereisten om de diensten te verrichten?

Probleemstelling

Volgens de Italiaanse wetgeving kan een door een onderaannemer begane inbreuk gevolgen hebben voor de inschrijver die de onderaannemer in zijn inschrijving heeft voorgesteld en een grond zijn voor uitsluiting van de inschrijver van de aanbestedingsprocedure.

De wetgeving voorziet in een verschillende behandeling van twee situaties:

Als de door de onderaannemer begane inbreuk aan het licht komt nadat de opdracht is gegund: de geselecteerde inschrijver moet dan de desbetreffende onderaannemer vervangen;

Als de inbreuk aan het licht komt in de fase van selectie van de inschrijvers: uitsluiting van de inschrijver zelf.

Volgens de A-G dient eerst worden nagegaan of art. 57 toelaat dat een inbreuk door een onderaannemer als een grond voor uitsluiting van de inschrijver wordt beschouwd, en of de onderaannemingsregeling van art. 71 van die richtlijn die uitsluiting mogelijk maakt.

Uitleg art. 57 lid 4 onder a) van Richtlijn 2014/24

De vraag is of het gedrag van de onderaannemer de (facultatieve) uitsluiting van de inschrijver kan rechtvaardigen, of dat die uitsluiting alleen kan worden toegepast op grond van aan de inschrijver zelf toe te rekenen feiten.

Uit de formulering van art. 57 lid 4 onder a) van Richtlijn 2014/24 kan worden opgemaakt dat dit voorschrift doelbewust in algemene bewoordingen is opgesteld. Deze grammaticale constructie laat derhalve toe dat de verantwoordelijke voor de niet-nakoming (en bijgevolg de uitsluiting) ook de onderaannemer kan zijn.

De facultatieve uitsluitingsgronden stellen de lidstaten in staat om doelen van algemeen belang na te streven en zijn in ieder geval bedoeld om de betrouwbaarheid, zorgvuldigheid en degelijkheid van de inschrijver te waarborgen.

Opdat fouten van de onderaannemer in zodanige mate aan de inschrijver kunnen worden toegerekend dat deze wordt uitgesloten van de procedure, is het ingeval het evenredigheidsbeginsel in het algemeen noodzakelijk dat die fouten ertoe leiden dat de inschrijver het vertrouwen van de aanbestedende dienst niet langer waard is.

Uitleg art. 71 van Richtlijn 2014/24

Krachtens art. 71 lid 1 van Richtlijn 2014/24 wordt aan de bevoegde autoriteiten de verplichting opgelegd om ervoor te zorgen dat "onderaannemers de in art. 18 lid 2 bedoelde verplichtingen naleven" (waaronder die uit hoofde van het sociaal- of arbeidsrecht).

De verwijzing in art. 71 naar art. 57, in de context van de niet-nakoming van de in art. 18 lid 2 bedoelde verplichtingen, bestrijkt zowel de verplich-

te als de facultatieve uitsluitingsgronden. De gevolgen zijn echter verschillend:

– Indien op de onderaannemer een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing is, wordt van de ondernemer geëist dat hij die onderaannemer vervangt.

– In geval van een niet-verplichte uitsluitingsgrond kan de aanbestedende dienst eisen dat de ondernemer overgaat tot vervanging van de onderaannemer.

In dit verband zijn met name twee normstellende elementen van belang.

– In de eerste plaats de open formulering van art. 71 lid 6 van Richtlijn 2014/24 ("Ter voorkoming van inbreuken op de in art. 18 lid 2 genoemde verplichtingen kunnen passende maatregelen worden getroffen zoals: [...]").

– In de tweede plaats de bevoegdheid die aan de lidstaten is verleend om "strengere aansprakelijkheidsvoorschriften" vast te stellen (art. 71 lid 7).

De combinatie van deze elementen ondersteunt naar oordeel van de A-G datgene wat reeds voortvloeit uit de uitlegging van art. 57 lid 4 onder a) van Richtlijn 2014/24, namelijk dat de lidstaten bevoegd zijn om in deze omstandigheden te voorzien in de rechtstreekse aansprakelijkheid van inschrijvers die een onderaannemer hebben voorgesteld die art. 18, lid 2, van die richtlijn heeft geschonden.

Waar art. 57 van Richtlijn 2014/24 specifiek betrekking heeft op de uitsluitingsgronden, versterkt art. 71 lid 6 en 7 onder verwijzing naar dat artikel, de mogelijkheid om af te zien van het gebruik van inschrijvers wegens door onderaannemers begane schendingen van uit art. 18 lid 2 voortvloeiende verplichtingen. De uitsluiting van kandidaten valt op zichzelf onder art. 57, maar, zo onderstreept de A-G, de in art. 71 neergelegde regeling voor onderaanneming bevestigt die mogelijkheid.

Conclusie

Gelet op een en ander geeft de A-G het Hof in overweging om de vragen van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio als volgt te beantwoorden:

1. Art. 57 lid 4 onder a) van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG verzet zich in beginsel niet tegen de uitsluiting van een inschrijver die in zijn offerte zijn voornemen te kennen heeft gegeven om een

onderaannemer in te schakelen, wanneer die onderaannemer sociaal- of arbeidsrechtelijke verplichtingen van nationaal recht heeft geschonden.

2. Bij het nemen van een beslissing over de uitsluiting dient de aanbestedende dienst te beschikken over de bevoegdheid om per geval de evenredigheid van een dergelijke maatregel te beoordelen, waarbij hij alle relevante omstandigheden moet afwegen om inzicht te krijgen in de betrouwbaarheid van de inschrijver, tenzij in de specificaties van het aanbestedingsdossier uitsluiting verplicht is gesteld zonder dat er een evenredigheidstoetsing van die sanctie hoeft te worden uitgevoerd.

Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA tegen
Consip SpA,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
in tegenwoordigheid van:
E-VIA SpA

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Campos Sánchez-Bordona)

[verzoek van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië) om een prejudiciële beslissing]

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «JAAN» 2019/182 en «JAAN» 2019/188

Uitsluitingsgronden en onderaannemers

In zijn conclusie van 11 juli 2019 behandelt Advocaat-Generaal bij het HvJ EU, M. Campos Sánchez-Bordona, ("de A-G") vragen van de Italiaanse bestuursrechter over hoe moet worden omgegaan met een inschrijver die inschrijft met een onderaannemer op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is.

Wat de verwijzende rechter zich afvraagt is hoe de nationale regeling, die voorschrijft dat (i) indien tijdens de aanbestedingsprocedure blijkt dat op diens onderaannemer een uitsluitingsgrond van toepassing is, een inschrijver wordt uitgesloten van deelname aan die aanbesteding, terwijl (ii) in het geval dit pas na gunning aan het licht komt, de geselecteerde inschrijver de betreffende

onderaannemer slechts hoeft te vervangen, zich verhoudt tot Richtlijn 2014/24/EU die dit onderscheid niet maakt en alleen spreekt over vervanging van onderaannemers op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is en het evenredigheidsbeginsel.

Inschrijver Tim SpA ("Tim") is uitgesloten van de aanbesteding, omdat op één van de in zijn inschrijving genoemde onderaannemers een uitsluitingsgrond van toepassing was. Tim had in zijn inschrijving aangegeven voor een deel van de werkzaamheden derden te zullen inzetten en in dat verband – conform de instructies van de aanbestedende dienst – drie onderaannemers in zijn inschrijving opgenomen. Niet in geschil is dat op één van deze onderaannemers een uitsluitingsgrond van toepassing is. Tim is evenwel van mening dat van hem slechts kan worden gevraagd de betreffende onderaannemer te vervangen en voert in dit verband ook aan dat het in onderaanneming uitgeven van diensten niet noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht (Tim voldoet zelf aan alle eisen) en dat hij in elk geval de andere twee onderaannemers, op wie geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, kan inzetten.

Grond voor uitsluiting

De A-G leidt uit de bewoordingen van art. 57 lid 4 onder a) van Richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met overweging 40 en de art. 18 lid 2 en 71 van die richtlijn, af dat de Europese wetgever heeft bedoeld mogelijk te maken dat een inschrijver wordt uitgesloten van een aanbestedingsprocedure wegens het niet-nakomen van verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal of arbeidsrecht door één van zijn onderaannemers.

De A-G baseert deze conclusie primair op het feit dat deze specifieke uitsluitingsgrond algemeen is geformuleerd, in die zin dat niet met zoveel woorden is bepaald dat alleen de ondernemer die de betreffende niet-nakoming op zijn geweten heeft, kan worden uitgesloten van de aanbesteding. In dit artikelonderdeel staat namelijk dat "*elke ondernemer*" kan worden uitgesloten indien "*de in art. 18 lid 2 genoemde toepasselijke verplichtingen zijn geschonden*". Dat die schending moet zijn begaan door de betreffende uit te sluiten ondernemer, is bij deze uitsluitingsgrond – in afwijking van de andere uitsluitingsgronden

genoemd in dit artikel – niet bepaald. De conclusie van de A-G heeft voor zover dus geen relevantie voor de toepassing van andere uitsluitingsgronden. Datzelfde geldt voor de overwegingen van de A-G met betrekking tot art. 71 lid 1 en lid 6 Richtlijn 2014/24 nu deze artikelen ook specifiek verwijzen naar de in art. 18 lid 2 Richtlijn 2014/24 bedoelde verplichtingen.

Interessant is in dit verband wel, dat de A-G mede van belang acht dat "*het niet meer dan logisch [is] dat de geschiktheid van de inschrijver in negatieve zin kan worden beïnvloed door inbreuken die zijn begaan door de onderaannemer*".¹ Hierbij lijkt de A-G zich niet te beperken tot de betreffende milieu-, sociaal- of arbeidsrechtelijke verplichtingen. De A-G meent – kennelijk in algemene zin – dat niets zich ertegen verzet om een inschrijver aansprakelijk te houden voor het gedrag van zijn vrijelijk gekozen onderaannemers. Deze overwegingen moeten naar onze mening echter wel degelijk worden beperkt tot de specifieke uitsluitingsgrond die hier aan de orde is. De overige uitsluitingsgronden zijn immers wel beperkt tot gedragingen van de betreffende, uit te sluiten ondernemer zelf. Voor die uitsluitingsgronden kan dus niet dezelfde redenering gelden als voor de – afwijkend geformuleerde – uitsluitingsgrond van art. 57 lid 4 onder a) van Richtlijn 2014/24.

Bij de implementatie van deze uitsluitingsgrond in art. 2.87 lid sub a Aw 2012 heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen – al blijkt uit de memorie van toelichting niet dat dit bewust is gebeurd – om de formulering van deze uitsluitingsgrond in lijn te brengen met die van de andere uitsluitingsgronden; anders dan in de Richtlijn, bepaalt de Aw 2012 dat het moet gaan om een schending door "*de gegadigde of inschrijver*", zodat voor uitsluiting van een inschrijver wegens door zijn onderaannemer geschonden verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht geen ruimte bestaat. Daarmee lijkt de relevantie van de hiervoor besproken overwegingen van de A-G voor de Nederlandse praktijk zeer beperkt.

1 Zie Conclusie A-G 11 juli 2019, C-395/18 (Tim), pt. 40.

Proportionaliteitstoets

Wel relevant voor de Nederlandse praktijk zijn de overwegingen van de A-G met betrekking tot de rol van de proportionaliteitstoets bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden.

Onder verwijzing naar het *Connexion*²-arrest overweegt de A-G dat slechts ruimte bestaat voor een proportionaliteitstoets (is de uitsluitingssanctie evenredig aan de ernst van de gedraging?), indien de toepassing daarvan niet expliciet in de aanbestedingsdocumenten is uitgesloten, omdat in voorkomend geval het gelijkheids- en transparantiebeginsel prevaleren. Van een evenredige uitsluitingssanctie is naar het oordeel van de A-G pas sprake, indien de concrete omstandigheden van het geval maken dat *“de inschrijver het vertrouwen van de aanbestedende dienst niet langer waard is”*³.

Dit oordeel past ons inziens goed in de bestendige Europese jurisprudentie over facultatieve uitsluitingsgronden, waaruit volgt dat de aanbestedende dienst steeds de betrouwbaarheid van de inschrijver (als onderdeel van bijvoorbeeld de “ernstige fout” of “past performance”) in concreto en individueel moet beoordelen.⁴ De A-G spreekt in dit verband over de *“diepgaande invloed”* van de betrouwbaarheid op de facultatieve uitsluitingsgronden, als het *“sleutelement”* van de contractuele betrekking tussen de ondernemer en de aanbestedende dienst.⁵

Met betrekking tot hetgeen Tim in dit verband heeft aangevoerd, overweegt de A-G dat de omstandigheid dat de hoofdaannemer nog twee andere onberispelijke onderaannemers in zijn inschrijving had opgenomen, hem niet kan helpen. Zou dat wel zo zijn, dan zou dat namelijk fraude in de hand kunnen werken. De hoofdaannemer zou dan immers ongestraft kunnen profiteren

van de inbreukmakende (en vaak slechter betalende, dus goedkopere) onderaannemer zo lang de aanbestedende dienst de toepasselijkheid van de facultatieve uitsluitingsgrond niet zou ontdekken.

Verder acht de A-G in het kader van de proportionaliteitstoets van belang dat op de hoofdaannemer niet de verplichting rustte om het UEA van zijn onderaannemers inhoudelijk te controleren. Die omstandigheid zou volgens de A-G kunnen maken dat de ernst van de nalatigheid van de hoofdaannemer zou worden verminderd (niet zou worden weggenomen). De weging van die omstandigheid laat de A-G aan de nationale rechter. Tegelijkertijd, meent de A-G evenwel dat irrelevant is dat de hoofdaannemer de hulp van de onderaannemers feitelijk niet nodig had om de opdracht te kunnen uitvoeren; door vrijwillig onderaannemers in zijn inschrijving te benoemen, heeft de hoofdaannemer de verantwoordelijkheid op zich genomen om de betrouwbaarheid van die onderaannemers ook te controleren. In die zin, is er volgens de A-G dus toch wel sprake van een verplichting voor de hoofdaannemer om het UEA van zijn onderaannemers te controleren. Onduidelijk is in hoeverre deze verplichting ook betrekking zou hebben op andere (facultatieve) uitsluitingsgronden.

Wat naar onze mening wel opvallend is, is dat de A-G in het kader van de proportionaliteit niet ingaat op het onderscheid dat de Italiaanse wet maakt tussen de situatie waarin al voorafgaand aan gunning blijkt dat op een onderaannemer een uitsluitingsgrond van toepassing is en de situatie waarin dit pas na gunning blijkt. Het is immers juist dit onderscheid dat tot de prejudiciële vragen heeft geleid. Uit het feit dat het na gunning voldoende is om de onderaannemer te vervangen, zou bovendien kunnen worden afgeleid dat het toepassen van de verdergaande sanctie van uitsluiting van de inschrijver, niet snel proportioneel mag worden geacht.

Zaak Infra Dam

Bij de Vzr. Rb. Amsterdam was een vergelijkbare situatie aan de orde, zij het dat het hier niet ging om een in de inschrijving opgegeven onderaannemer maar een door de inschrijver voor een aantal uren per week ingehuurd zzp'er. Deze zzp'er, in het vonnis aangeduid als ambtenaar X,

2 Zie HvJ EU 14 december 2016, C-171/15 (Connexion Taxi Services).

3 Zie Conclusie A-G 11 juli 2019, C-395/18 (Tim), pt. 48-49.

4 Zie bijv. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta), HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18 (Meca) en HvJ EU 3 oktober 2019, C-267/18 (Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93).

5 Zie Conclusie A-G 11 juli 2019, C-395/18 (Tim), pt. 44.

heeft strafontslag gekregen van de gemeente (tevens de aanbestedende dienst in kwestie) en wordt strafrechtelijk vervolgd vanwege ambtelijke corruptie.

De inschrijver waar het hier om ging, Infra Dam, is *niet* uitgesloten omdat zij een onderaannemer bij de uitvoering van een overheidsopdracht wenst in te zetten op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is. Ambtenaar X was namelijk niet opgegeven als onderaannemer en uitsluiting van Infra Dam zou in dat geval ook niet in lijn zijn met art. 2.92 lid 5 en 6 Aw 2012, waarin is bepaald dat de aanbestedende dienst een onderaannemer op wie een dwingende/facultatieve uitsluitingsgrond van toepassing is, vervangt/kan vervangen.

De voorzieningenrechter toetst dan ook – althans dat lijkt zij te doen – of Infra Dam een ernstige fout in de zin van art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 heeft begaan door ambtenaar X in te huren. Tegelijkertijd betreft de voorzieningenrechter, bij haar beoordeling van de ernstige fout, de handelingen van ambtenaar X en toetst zij of deze handelingen binnen de terugkijktermijn hebben plaatsgevonden. Of die handelingen Infra Dam kunnen worden aangerekend, dan wel of het enkele feit dat Infra Dam ambtenaar X inhuurt kwalificeert als ernstige fout van Infra Dam, beoordeelt de voorzieningenrechter niet met zoveel woorden. In zoverre is het kader waaraan de voorzieningenrechter toetst niet duidelijk.

De voorzieningenrechter meent evenwel dat Infra Dam niet als integer en betrouwbaar kan worden aangemerkt en mogelijk zelfs de schijn van belangenverstrengeling en concurrentievervalsing zou kunnen opwekken, nu ambtenaar X bij het gemeentelijk ingenieursbureau heeft gewerkt dat ook de uitvoering van de aanbestede opdracht zal gaan begeleiden, zodat de gemeente de inschrijving van Infra Dam terecht heeft uitgesloten.

De vraag of uitsluiting vervolgens proportioneel is, wordt door de voorzieningenrechter niet apart getoetst; de voorzieningenrechter lijkt van oordeel dat de aard van deze (subjectieve) uitsluitingsgrond maakt dat de uitsluiting per definitie proportioneel is. In het licht van de Europese rechtspraak, zoals de A-G die ook bespreekt in

zijn voornoemde conclusie, vinden wij dat de voorzieningenrechter hier wat te kort door de bocht gaat. Weliswaar rust op de aanbestedende dienst ex art. 1.10 Aw 2012 een verplichting slechts uitsluitingsgronden te stellen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht, maar daarmee is nog niet gezegd dat ook de toepassing daarvan in alle gevallen proportioneel is. Ingevolge art. 2.88 aanhef onder b Aw 2012 dient immers te worden afgewogen of de uitsluitingssanctie ook proportioneel is gelet op de tijd die sinds het vergrijp is verstreken en het voorwerp van de opdracht. In lijn met de conclusie van de A-G moet dan feitelijk ook de vraag worden beantwoord of onder de gegeven omstandigheden van het geval de hoofdaannemer niet meer betrouwbaar is. Hetgeen Infra Dam in dit verband heeft aangevoerd, zoals haar voorstel om ambtenaar X niet op de aanbestede opdracht in te zetten en het feit dat Infra Dam een gedrags- en integriteitscode heeft geïmplementeerd, beoordeelt de voorzieningenrechter niet in deze context.

In algemene zin meent de voorzieningenrechter evenwel dat Infra Dam er onvoldoende blijk van heeft gegeven de urgentie van het probleem in te zien. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is “evident” dat de gemeente geen zaken wil doen met Infra Dam. Daarmee lijkt de voorzieningenrechter wel aansluiting te zoeken bij de “betrouwbaarheidstoets”, die ook volgens de A-G de essentie vormt van de facultatieve uitsluitingsgronden en de daarbij toe te passen proportionaliteitstoets.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Hoe om te gaan met de situatie dat niet de inschrijver maar een door hem ingeschakelde onderaannemer of andere derde regels heeft overtreden? Het is er op basis van de conclusie van de A-G en het vonnis van de V.zr. Rb. Amsterdam voor de Nederlandse praktijk niet echt duidelijker op geworden.

Wel maakt de A-G nog eens heel duidelijk dat de beslissing tot uitsluiting – en dus niet alleen het toepasselijk verklaren van de facultatieve uitsluitingsgronden – steeds moet worden getoetst op proportionaliteit, aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval, tenzij deze toets expliciet is uitgesloten in de aanbestedingsstuk-

ken. Aanbestedende diensten kunnen als uitgangspunt nemen dat die toets aankomt op de vraag naar de betrouwbaarheid van de inschrijver (en naar wij begrijpen dus niet naar de betrouwbaarheid van diens onderaannemer die zo nodig kan worden vervangen).

Daarmee is de discussie over de reikwijdte van de proportionaliteitstoets, die naar aanleiding van het Connexion-arrest nog werd gevoerd, – ervan uitgaande dat het HvJ EU de A-G zal volgen – wat ons betreft beslecht.

Inschrijvers kunnen uit de conclusie van de A-G en het vonnis van de Vزر. Rb. Amsterdam – vanuit de gedachte “better safe than sorry” – de les trekken dat het goed is om te controleren of de door hen in te schakelen onderaannemers en andere derden zich niet schuldig hebben gemaakt aan gedrag dat tot toepasselijkheid van uitsluitingsgronden kan leiden.

mr. E.J.M. Breedrs
advocaat bij CMS

mr. M.W. Speksnijder
advocaat bij CMS

188

Uitsluiting op grond van integriteitsrisico

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
 27 september 2019, nr. C/13/671325/KG ZA
 19-898, ECLI:NL:RBAMS:2019:7132
 (mr. R.A. Dudok van Heel)
 Noot mr. E.J.M. Benders, mr. M.W.
 Speksnijder, onder «JAAN» 2019/182

**Uitsluiting. Ernstige fout in de uitoefening
 van het beroep. Gelijkheidsbeginsel.
 Proportionaliteitsbeginsel. Transparantiebe-
 ginsel. Belangenverstrengeling. Facultatieve
 uitsluitingsgronden. Dwingende uitsluitings-
 gronden.**

[Aw 2012 art. 2.86, art. 2.87]

Sinds 2015 doen de Rijksrecherche en het Openbaar Ministerie strafrechtelijk onderzoek naar ambtelijke corruptie van vijf gemeenteambtenaren. In het kader van dit onderzoek wordt een aantal marktpartijen verdacht van ambtelijke omkoping, waaronder [naam 4], voormalig bestuurder-groootaandeelhouder van Infra Dam Amsterdam B.V. (hierna: Infra Dam), en aan hem gelieerde rechtspersonen (onder andere NL '81 Infra B.V.). [naam 4] en zijn vrouw hebben alle aandelen in Infra Dam verkocht en nu is [naam 1] (indirect) aandeelhouder en bestuurder van Infra Dam.

De gemeente Amsterdam (hierna: de gemeente) heeft op 1 maart 2019 een nationaal openbare aanbesteding aangekondigd met de benaming "Herinrichting Frederik Hendrikstraat" (hierna: de opdracht). In het bestek is de Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten (BIO) van toepassing verklaard op de opdracht.

Infra Dam heeft op 6 mei 2019 ingeschreven op de opdracht en is op basis van laagste prijs als economisch meest voordelige inschrijver geëindigd. De gemeente heeft Infra Dam bij een eerdere aanbesteding uitgesloten van gunning, waartegen Infra Dam in kort geding is opgekomen. De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft bij vonnis van 19 november 2018 geoordeeld dat de gemeente op begrijpelijke gronden heeft beslist

tot uitsluiting van Infra Dam. Kort gezegd was die beslissing gegrond op de omstandigheid dat de (toenmalige) bestuurder en grootaandeelhouder [naam 4] gemeentebesturen had omgekocht. Vanwege deze voorgeschiedenis heeft de gemeente, toen Infra Dam bij de onderhavige opdracht als beste uit de bus kwam, op grond van de BIO een screening uitgevoerd naar Infra Dam. Uit die screening kwamen verschillende integriteitsindicatoren naar voren, waaronder het vermoeden dat [naam 4], hoewel hij formeel geen betrokkenheid meer heeft bij Infra Dam, nog steeds feitelijk de touwtjes in handen heeft. De gemeente heeft de bestuurder van Infra Dam in het kader van hoor en wederhoor uitgenodigd voor een gesprek. Tijdens het gesprek, op 19 juli 2019, heeft de gemeente vragen gesteld over mogelijke betrokkenheid van [naam 4] bij Infra Dam (hetgeen [naam 1] heeft ontkend) en de inhuur van X, een voormalig ambtenaar van de gemeente, die strafontslag heeft gekregen, onder meer vanwege het aannemen van een schenking van [naam 4], hetgeen is gekwalificeerd als plichtsverzuim. X wordt op dit moment vervolgd door het Openbaar Ministerie wegens ambtelijke corruptie, door het aannemen van schenkingen (onder meer een badkamer, zonnepanelen, een airco-installatie en een verbouwing) van [naam 4] in ruil voor het verstrekken van vertrouwelijke informatie over aanbestedingstrajecten en/of het op onrechtmatige wijze verstrekken van gemeentelijke opdrachten.

Op basis van de screening heeft de gemeente geconcludeerd dat sprake is van een integriteitsrisico, en heeft zij Infra Dam uitgesloten van gunning, op grond van art. 2.87 sub c Aw, onder andere art. 2 en 5 van de BIO en het vonnis in kort geding van 19 november 2018.

Aan de orde is de vraag of de gemeente op goede gronden heeft kunnen beslissen om tot uitsluiting van Infra Dam over te gaan. Voorop wordt gesteld dat het de gemeente vrij staat een partij uit te sluiten op grond van (eigen) onderzoek en objectief te bepalen integriteitsrisico's. Daarbij dient zij uiteraard de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit te respecteren. Deze beslissing van de aanbestedende dienst kan vervolgens slechts marginaal worden getoetst.

Vaststaat dat Infra Dam X inhuurt voor een aanzienlijk aantal uren per week. In het gesprek met de gemeente op 19 juli 2019 heeft [naam 1] gezegd dat het om 20-25 uur gaat, in de dagvaarding

wordt gesteld dat het 15 uur is. Infra Dam heeft gesteld dat X zakelijk van groot belang voor haar is, omdat X de weg kent in de bouwwereld in Amsterdam. Eveneens staat vast dat X terecht strafontslag heeft gekregen en dat hij strafrechtelijk wordt vervolgd vanwege ambtelijke corruptie. Uit het strafrechtelijk onderzoek zijn nog meer strafbare feiten naar voren gekomen dan die aan het strafontslag ten grondslag liggen. De inhoudelijke behandeling van het strafproces zal plaatsvinden in april 2020.

Hoewel voor de integriteitstoets een terugkijktijd van drie jaar geldt vanaf het moment van inschrijving, loopt die termijn in geval van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling tot vijf jaar terug vanaf de vonnisdatum. Bovendien leidt een strafrechtelijke veroordeling tot een dwingende uitsluitingsgrond. Dit volgt uit art. 2.86 lid 1 en 2 sub b jo lid 7 Aw. Zoals de gemeente terecht heeft aangevoerd, zou sprake zijn van een vacuüm indien zij geen rekening zou mogen houden met een strafbare gedraging van meer dan drie jaar voor de inschrijvingsdatum, ter zake waarvan het strafproces nog loopt maar nog niet heeft geleid tot een onherroepelijke veroordeling. Dat de gemeente geen zaken wil doen met een partij die een voormalig ambtenaar inhuurt die strafontslag heeft gekregen en thans strafrechtelijk wordt vervolgd voor ambtelijke corruptie, is evident. Het is voor de gemeente als overheidslichaam van groot belang dat de ondernemingen met wie zij samenwerkt integer en betrouwbaar zijn. De gegunde opdrachten worden immers betaald uit publieke middelen, en iedere schijn van belangenverstrengeling moet dan ook worden voorkomen.

De gemeente heeft Infra Dam uitgenodigd voor een gesprek en heeft haar bezwaren tegen het inhuren van X aan Infra Dam voorgelegd. Dat de twijfel over het integriteitsrisico na dit gesprek niet is verdwenen, is begrijpelijk. Infra Dam ([naam 1]) heeft er immers blijk van gegeven de urgentie van het probleem onvoldoende in te zien. Infra Dam heeft, hoewel zij op de hoogte is van het strafontslag en de strafrechtelijke procedure, en ondanks de gedrag- en integriteitscode die zij na het vertrek van [naam 4] heeft geïmplementeerd, ervoor gekozen om opnieuw met X in zee te gaan. Pas toen zij door de gemeente erop werd gewezen dat X een probleem vormde, heeft zij voorgesteld om X niet op deze opdracht in te zetten. Infra Dam wil echter niet direct afscheid

van X nemen. Op een ander groot project voor het GVB (waarbij de gemeente uiteraard ook intensief is betrokken) is X bovendien voorgesteld als projectleider. Zoals de gemeente in haar brief van 30 juli 2019 terecht heeft gesteld, leidt de kennelijk stevige betrokkenheid van X ertoe dat de integriteit van Infra Dam in twijfel raakt, en kan dit bij andere marktpartijen de schijn van belangenverstrengeling en concurrentievervalsing opwekken. Dit geldt te meer nu deze opdracht wordt geleid door het Ingenieursbureau van de gemeente waar X (ten tijde van de omkoppingen) heeft gewerkt. Dat, zoals Infra Dam stelt, X niet betrokken is geweest bij de inschrijving op deze opdracht, is niet relevant.

De conclusie is dan ook dat de gemeente op alleszins begrijpelijke gronden heeft beslist tot uitsluiting van Infra Dam. Gezien de aard van de uitsluitingsgrond, is de beslissing ook proportioneel.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

INFRA DAM AMSTERDAM B.V.,

gevestigd te Medemblik,

eiseres bij dagvaarding van 23 augustus 2019,

advocaat mr. J. Haest te 's-Gravenhage,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE AMSTERDAM,

zetelend te Amsterdam,

gedaagde,

advocaat mr. E. van der Hoeven te Amsterdam.

1. De procedure

Ter zitting van 12 september 2019 heeft Infra Dam gesteld en gevorderd overeenkomstig de in kopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. De Gemeente, die een conclusie van antwoord in het geding heeft gebracht, heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Beide partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aanwezig:

aan de zijde van Infra Dam: [naam 1], indirect bestuurder en -grootaandeelhouder, met mr. Haest en diens kantoorgenoot mr. R.D. Chee; aan de zijde van de Gemeente: [naam 2], ingenieur, en [naam 3], jurist, met mr. Van der Hoeven.

2. De feiten

2.1. Sinds 2015 doen de Rijksrecherche en het Openbaar Ministerie strafrechtelijk onderzoek naar ambtelijke corruptie van vijf gemeenteambtenaren. In het kader van dit onderzoek wordt een aantal marktpartijen verdacht van ambtelijke omkoping, waaronder [naam 4], voormalig bestuurder-grootaandeelhouder van Infra Dam, en aan hem gelieerde rechtspersonen (onder andere NL '81 Infra B.V.). [naam 4] en zijn vrouw hebben alle aandelen in Infra Dam verkocht en nu is [naam 1] (indirect) aandeelhouder en bestuurder van Infra Dam.

2.2. De Gemeente heeft op 1 maart 2019 een nationaal openbare aanbesteding aangekondigd met de benaming "Herinrichting Frederik Hendrikstraat" en kenmerk AI 2018-0204 (hierna: de opdracht).

2.3. In het bestek is het Aanbestedingsreglement Werken (ARW) 2016 van toepassing verklaard. Daarnaast is de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw) van toepassing. De Gemeente heeft voorts in artikel 0.04 lid 4 van het bestek de Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten (BIO) van toepassing verklaard op de opdracht.

2.4. In de BIO staat onder meer het volgende.

"(...)

Artikel 2 (Het aangaan en beëindigen van een Overeenkomst)

1. Voorafgaand aan het sluiten van een Overeenkomst komt de gemeente te allen tijde contractsvrijheid toe. De gemeente heeft het daaruit voortvloeiende recht om geen Overeenkomst met een Partij aan te gaan, mede of uitsluitend op basis van het feit dat de gemeente van oordeel is dat ten aanzien van die Partij een Integriteitsrisico bestaat.

– Met betrekking tot Aanbestedingen bestaat een Integriteitsrisico indien sprake is van een situatie als genoemd in artikel 4, 5 of 6 van deze beleidsregel.

(...)

2. De gemeente kan gedragingen en omstandigheden van aan de Partij gelieerde partijen of personen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een Integriteitsrisico betrekken. Onder gelieerde partijen worden in ieder geval verstaan personen of partijen die:

(...)

– in een zakelijk samenwerkingsverband tot Partij staan of hebben gestaan;

– op Partij anderszins direct of indirect invloed uitoefenen of hebben uitgeoefend.
(...)

6. Bij de beslissing om met een Partij vanwege het bestaan van een Integriteitsrisico

– geen Overeenkomst aan te gaan,
– een Partij uit te sluiten van de kans op gunning van een overheidsopdracht of
(...)

maakt de gemeente altijd een afweging tussen het Integriteitsrisico en de maatregel. Bij deze afweging worden de volgende aspecten betrokken:

– de maatregelen die een Partij heeft getroffen om herhaling van het Integriteitsrisico te voorkomen;
– de zwaarte van het Integriteitsrisico in kwestie;
– het totale aantal Integriteitsrisico's of onderliggende delicten of kwesties;
– de verstreken tijd sinds het zich voordoen van het Integriteitsrisico;
– de vraag of er reeds een (passende) sanctie is opgelegd naar aanleiding van het Integriteitsrisico in kwestie;
– de mate van betrokkenheid van leidinggevend en/of sleutelpersoneel bij het Integriteitsrisico.
(...)

Artikel 5 (Facultatieve uitsluitingsgronden)

1. Bij Aanbestedingen (...) kan de gemeente een Partij uitsluiten van de kans op gunning van de Overheidsopdracht respectievelijk besluiten geen Overeenkomst aan te gaan indien die Partij een delict heeft gepleegd dat in strijd is met de voor hem relevante beroepsgedragsregels of een ernstige fout in de uitoefening van het beroep heeft begaan.
(...)

4. Onder ernstige fout in de uitoefening van het beroep verstaat de gemeente het in de uitoefening van het beroep of bedrijf:

(...)

f. het begaan van gedragingen in strijd met voor het beroep of bedrijf van Partij relevante wet- en regelgeving, mededingingsrecht, tuchtregels, toezichtregels, gedragsregels of gedragscodes;

g. het verrichten van werkzaamheden die in strijd zijn met de openbare orde;

h. alle andere delicten en gedragingen of omstandigheden die naar hun aard zijn aan te merken als ernstige fout in de uitoefening van het beroep.
(...)

5. In aanvulling op het in lid 4 bepaalde acht de gemeente een ernstige fout in de uitoefening van het beroep aanwezig indien er, al dan niet blijkend

uit een Bibob-advies, gevaar bestaat dat een Overeenkomst door de Partij mede zal worden gebruikt om (i) uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen te benutten, (ii) strafbare feiten te plegen of (iii) dat teneinde een Overeenkomst te sluiten een strafbaar feit is gepleegd.

Het aannemelijk maken van een ernstige fout in de uitoefening van het beroep

6. De gemeente kan een ernstige fout in de uitoefening van het beroep in ieder geval, maar niet uitsluitend aannemelijk maken:

a. doordat de ernstige fout in de uitoefening van het beroep wordt erkend door de betrokken Partij;

b. door eigen (betrouwbare en verifieerbare) ervaring van voor de gemeente werkzame ambtenaren, ambtsdragers of door de gemeente ingehuurd personeel;

(...)

g. door te wijzen op door de bevoegde autoriteiten ingesteld strafrechtelijk onderzoek of strafvervolgging;

(...)"

2.5. In de ARW 2016 staat onder meer het volgende.

"(...)

2.13.8

De aanbesteder betreft bij de toepassing van: (...)

b. artikel 2.13.7, onderdeel c (uitsluiting op grond van ernstige fouten die de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep heeft begaan, vzr.), uitsluitend ernstige fouten die zich in de 3 jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van de inschrijving hebben voorgedaan;

(...)"

2.6. Infra Dam heeft op 6 mei 2019 ingeschreven op de opdracht en is op basis van laagste prijs als economisch meest voordelige inschrijver geëindigd.

2.7. De Gemeente heeft Infra Dam bij een eerdere aanbesteding uitgesloten van gunning, waartegen Infra Dam in kort geding is opgekomen.

De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft bij vonnis van 19 november 2018 geoordeeld dat de Gemeente op begrijpelijke gronden heeft beslist tot uitsluiting van Infra Dam. Kort gezegd was die beslissing gegrond op de omstandigheid dat de (toenmalige) bestuurder en grootaandeelhouder [naam 4] gemeenteambtenaren had omgekocht.

2.8. Vanwege deze voorgeschiedenis heeft de Gemeente, toen Infra Dam bij de onderhavige opdracht als beste uit de bus kwam, op grond van de BIO een screening uitgevoerd naar Infra Dam. Uit die screening kwamen verschillende integriteitsindicatoren naar voren, waaronder het vermoeden dat [naam 4], hoewel hij formeel geen betrokkenheid meer heeft bij Infra Dam, nog steeds feitelijk de touwtjes in handen heeft. De Gemeente heeft de bestuurder van Infra Dam in het kader van hoor en wederhoor uitgenodigd voor een gesprek, dat op 19 juli 2019 heeft plaatsgevonden.

2.9. Tijdens het gesprek op 19 juli 2019 heeft de Gemeente vragen gesteld over mogelijke betrokkenheid van [naam 4] bij Infra Dam (hetgeen [naam 1] heeft ontkend) en de inhuur van [X] (hierna: X), een voormalig ambtenaar van de Gemeente, die op 28 juni 2018 strafontslag heeft gekregen, onder meer vanwege het aannemen van een schenking van [naam 4], hetgeen is gekwalificeerd als plichtsverzuim. X wordt op dit moment vervolgd door het Openbaar Ministerie wegens ambtelijke corruptie, door het aannemen van schenkingen (onder meer een badkamer, zonnepanelen, een airco-installatie en een verbouwing) van [naam 4] in ruil voor het verstrekken van vertrouwelijke informatie over aanbestedingstrajecten en/of het op onrechtmatige wijze verstrekken van gemeentelijke opdrachten. [naam 1] heeft tijdens het gesprek over de rol van X bij Infra Dam, zoals blijkt uit het door de Gemeente van het gesprek opgemaakte verslag, onder meer het volgende gezegd:

“Nou u moet het zo zien, de gemeente Amsterdam is een grote stad en er zijn veel ingewikkelde procedures. Het is vaak lastig te doorgronden hoe dingen geregeld moeten worden en daar komt X om de hoek kijken. Hij kent de hazen en weet waar en bij wie hij moet zijn om dingen voor elkaar te krijgen.” en

“Wat X heeft gedaan is in onze wereld niet heel uitzonderlijk, maar ik begrijp dat de gemeente andere normen moet hanteren. Het is me duidelijk dat jullie veel moeite hebben met X. Ik zal daarom in de toekomst afscheid van hem moeten nemen. Hij is nog betrokken bij lopende zaken waardoor ik niet direct afscheid van hem kan nemen.” en

“Ja ik begrijp wel dat X voor jullie een probleem vormt. Maar voor mij om de werkzaamheden voor de stad goed uit te voeren is hij van groot

belang. Hij weet hoe de hazen lopen en hij is beschikbaar. Zijn verleden is misschien niet fraai, maar zakelijk gezien helpt hij Infra Dam enorm.” Op de vraag waarom hij, naar zijn zeggen, wel volledig heeft gebroken met [naam 4], maar nog actief samenwerkt met X, antwoordde [naam 1]: “Ik maak gewoon gebruik van iemand die capabel is en beschikbaar. Dat is voor jullie dus een probleem en ik zal in de toekomst afscheid van hem gaan nemen. Zoveel is me nu wel duidelijk”.

2.10. Op basis van de screening heeft de Gemeente geconcludeerd dat sprake is van een integriteitsrisico, en heeft zij bij brief van 30 juli 2019 Infra Dam uitgesloten van gunning, op grond van artikel 2.87 sub c Aw, onder andere artikel 2 en 5 van de BIO en het vonnis in kort geding van 19 november 2018.

2.11. X heeft tegen het strafontslag bezwaar en beroep aangetekend. Door de rechtbank is geoordeeld dat de gedragingen van X onvoorwaardelijk strafontslag rechtvaardigen. De terugwerkende kracht is afgewezen, tegen welke beslissing de Gemeente hoger beroep heeft ingesteld, waarop nog niet is beslist.

2.12. Het Openbaar Ministerie heeft het onderzoek naar [naam 4], de aan hem gelieerde bedrijven (onder andere NL '81 Infra B.V.) en een vijftal ambtenaren inmiddels afgerond en besloten tot vervolging over te gaan. Inmiddels heeft in de strafzaak een regiezitting plaatsgevonden. De inhoudelijke behandeling zal naar verwachting in april 2020 plaatsvinden.

3. *Het geschil*

3.1. Infra Dam vordert – samengevat – uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

de Gemeente te verbieden de opdracht te gunnen aan de opvolgend inschrijver en de Gemeente te gebieden het werk aan geen ander dan Infra Dam op te dragen, op straffe van een dwangsom;

Subsidiar:

die maatregelen te treffen die de voorzieningen-rechter geraden acht, op straffe van een dwangsom;

Primair en subsidiar:

de Gemeente te veroordelen in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Infra Dam heeft ter toelichting op haar vordering – samengevat en voor zover van belang – het volgende gesteld. [naam 4] is geen aandeelhouder

en geen bestuurder meer van Infra Dam, en heeft ook feitelijk geen enkele betrokkenheid meer bij het bedrijf, maar Infra Dam blijft maar worden afgetrekt op de gedragingen van [naam 4]. Infra Dam heeft de Gemeente inzage aangeboden in alle boeken en alle medewerking verleend aan het onderzoek en heeft niets te verbergen. Zij heeft bovendien aangeboden afscheid te nemen van X en hem niet bij dit project te betrekken. X is ook niet betrokken geweest bij deze aanbestedingsprocedure, en heeft geen sleutelrol binnen de organisatie van Infra Dam, zoals de Gemeente heeft gesteld maar niet geconcretiseerd. X is niet in dienst bij Infra Dam, maar wordt als zzp'er ingehuurd. De strafbare feiten waarvan X wordt verdacht vallen verder buiten de driejaarstermijn, zodat deze geen rol mogen spelen in het kader van het integriteitsonderzoek. De verbouwing van de woning van X in 2016 was voorts geen omkoping. De verbouwing is uitgevoerd door een aannemer die X via [naam 4] had leren kennen, maar is betaald van zijn eigen rekening. Mocht dit allemaal niet opgaan, dan geldt dat uitsluiting van gunning disproportioneel is. Al met al heeft de Gemeente Infra Dam onterecht uitgesloten van gunning, aldus steeds Infra Dam.

3.3. De Gemeente voert – samengevat en voor zover van belang – het volgende verweer. Hoewel [naam 4] op papier weliswaar geen invloed meer heeft, heeft Infra Dam nog niet alle banden met hem en zijn andere bedrijven verbroken. De Gemeente heeft tips gekregen van onder andere de Rijksrecherche dat [naam 4] binnen Infra Dam feitelijk nog steeds de touwtjes in handen heeft. Verder maakt Infra Dam nog steeds gebruik van dezelfde telefoniste als NL '81 Infra, zijn de websites van beide bedrijven hetzelfde ingericht, was het postadres van beide bedrijven tot voor kort hetzelfde, en zijn de VCA- en ISO-certificaten van Infra Dam zijn nog steeds gekoppeld aan die van Wegenbouw Bestratingen Nederland B.V., een andere vennootschap van [naam 4].

Het grootste risico dat de Gemeente ziet bij Infra Dam is echter de inhuur van X. X heeft strafontslag gekregen en de rechtbank heeft geoordeeld dat dat terecht was. De strafrechtelijke procedure loopt nog. De Gemeente kan het, zowel intern als extern, niet verkopen dat iemand die bij haar is ontslagen vanwege omkoping en daarvoor strafrechtelijk wordt vervolgd, vervolgens voor de Gemeente een opdracht uitvoert via een aannemer, althans bij de aannemer die de opdracht uit-

voert werkzaam is. Haar medewerkers van het Ingenieursbureau, waar ook X werkzaam was, zouden immers met hem moeten samenwerken, en hebben daar, begrijpelijk, moeite mee. X is dan wel niet vast in dienst bij Infra Dam, maar wordt blijken de mededelingen van [naam 1] wel gemiddeld 20-25 uur per week ingehuurd, en is vanwege zijn kennis van het reilen en zeilen binnen de Gemeente en in de aanbestedingswereld een belangrijke schakel voor Infra Dam. Bovendien is X op een ander groot project bij het GVB, dat voorlopig aan Infra Dam is gegund, voorgesteld als projectleider.

De verbouwing die aan de woning van X heeft plaatsgevonden, is overigens in september 2016 betaald, zodat deze gedraging wel degelijk binnen de driejaarstermijn valt. Al met al heeft de Gemeente Infra Dam terecht uitgesloten van gunning.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Aan de orde is de vraag of de Gemeente op goede gronden heeft kunnen beslissen om tot uitsluiting van Infra Dam over te gaan. Voorop wordt gesteld dat het de Gemeente vrij staat een partij uit te sluiten op grond van (eigen) onderzoek en objectief te bepalen integriteitsrisico's. Daarbij dient zij uiteraard de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit te respecteren. Deze beslissing van de aanbestedende dienst kan vervolgens slechts marginaal worden getoetst.

4.2. De Gemeente heeft Infra Dam uitgesloten van gunning op grond van artikel 2.87 sub c Aw en onder andere artikel 2 en 5 van de BIO en het vonnis in kort geding van 19 november 2018.

4.3. Vaststaat dat Infra Dam X inhuurt voor een aanzienlijk aantal uren per week. In het gesprek met de Gemeente op 19 juli 2019 heeft [naam 1] gezegd dat het om 20-25 uur gaat, in de dagvaarding wordt gesteld dat het 15 uur is. Wat hier ook van zij, in ieder geval heeft Infra Dam gesteld dat X zakelijk van groot belang voor haar is, omdat X de weg kent in de bouwwereld in Amsterdam. Eveneens staat vast dat X terecht strafontslag heeft gekregen en dat hij strafrechtelijk wordt vervolgd vanwege ambtelijke corruptie. Uit het strafrechtelijk onderzoek zijn nog meer strafbare feiten naar voren gekomen dan die aan het strafontslag ten

grondslag liggen. De inhoudelijke behandeling van het strafproces zal plaatsvinden in april 2020.

4.4. Hoewel voor de integriteitstoets een terugkijktijdtermijn van drie jaar geldt vanaf het moment van inschrijving, loopt die termijn in geval van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling tot vijf jaar terug vanaf de vonnisdatum. Bovendien leidt een strafrechtelijke veroordeling tot een dwingende uitsluitingsgrond. Dit volgt uit artikel 2.86 lid 1 en 2 sub b jo lid 7 Aw. Zoals de Gemeente terecht heeft aangevoerd, zou sprake zijn van een vacuüm indien zij geen rekening zou mogen houden met een strafbare gedraging van meer dan drie jaar voor de inschrijvingsdatum, ter zake waarvan het strafproces nog loopt maar nog niet heeft geleid tot een onherroepelijke veroordeling. Bovendien valt ten minste één gedraging (de verbouwing van de woning van X in 2016) binnen de driejaarstermijn, die terugloopt tot 6 mei 2016. Infra Dam heeft in deze procedure facturen overgelegd die X, hoewel de Gemeente hem daarnaar ten tijde van het onderzoek heeft gevraagd, eerder niet heeft overgelegd. Ten tijde van het besluit van de Gemeente waren deze stukken niet bekend en speelden daarbij dus geen rol. Terecht heeft de Gemeente tijdens de zitting overigens opgemerkt dat het minst genomen verbazing wekt dat deze stukken nu opeens wel naar boven komen. De Gemeente heeft geen toegang tot het strafrechtelijk dossier, maar heeft verklaard dat de verbouwing, voor zover zij weet, nog steeds onderdeel is van de tenlastelegging. De Gemeente heeft er bij haar besluitvorming dan ook terecht vanuit mogen gaan dat ook bij deze verbouwing mogelijk sprake is geweest van omkoping.

4.5. Dat de Gemeente geen zaken wil doen met een partij die een voormalig ambtenaar inhuurt die strafontslag heeft gekregen en thans strafrechtelijk wordt vervolgd voor ambtelijke corruptie, is evident. Het is voor de Gemeente als overheidslichaam van groot belang dat de ondernemingen met wie zij samenwerkt integer en betrouwbaar zijn. De gegunde opdrachten worden immers betaald uit publieke middelen, en iedere schijn van belangenverstrengeling moet dan ook worden voorkomen.

4.6. De Gemeente heeft Infra Dam uitgenodigd voor een gesprek en heeft haar bezwaren tegen het inhuren van X aan Infra Dam voorgelegd. Dat de twijfel over het integriteitsrisico na dit gesprek niet is verdwenen, is begrijpelijk. Infra Dam ([naam 1]) heeft er immers – ook ter zitting –

blijk van gegeven de urgentie van het probleem onvoldoende in te zien. Zo stelt hij dat de gedragingen van X in zijn wereld niet ongebruikelijk zijn, en stelt hij wel afscheid van X te willen nemen, maar niet direct, omdat X weet hoe de hazen lopen en hij daarom belangrijk is voor Infra Dam. Infra Dam heeft, hoewel zij op de hoogte is van het strafontslag en de strafrechtelijke procedure, en ondanks de gedrag- en integriteitscode die zij na het vertrek van [naam 4] heeft geïmplementeerd, ervoor gekozen om opnieuw met X in zee te gaan. Pas toen zij door de Gemeente erop werd gewezen dat X een probleem vormde, heeft zij voorgesteld om X niet op deze opdracht in te zetten. Infra Dam wil echter niet direct afscheid van X nemen. Op een ander groot project voor het GVB (waarbij de Gemeente uiteraard ook intensief is betrokken) is X bovendien voorgesteld als projectleider. Zoals de Gemeente in haar brief van 30 juli 2019 terecht heeft gesteld, leidt de kennelijk stevige betrokkenheid van X ertoe dat de integriteit van Infra Dam in twijfel raakt, en kan dit bij andere marktpartijen de schijn van belangenverstrengeling en concurrentievervalsing opwekken. Dit geldt te meer nu deze opdracht wordt geleid door het Ingenieursbureau van de Gemeente waar X (ten tijde van de omkopen) heeft gewerkt. Dat, zoals Infra Dam stelt, X niet betrokken is geweest bij de inschrijving op deze opdracht, is niet relevant.

4.7. De conclusie is dan ook dat de Gemeente op alleszins begrijpelijke gronden heeft beslist tot uitsluiting van Infra Dam. Gezien de aard van de uitsluitingsgrond, is de beslissing ook proportioneel. De vraag of, zoals de Gemeente stelt en Infra Dam betwist, [naam 4] nog steeds betrokken is bij Infra Dam, hoeft dan ook geen bespreking. De vorderingen die ertoe strekken de uitsluiting ongedaan te maken en het werk aan Infra Dam te gunnen zijn dan ook niet toewijsbaar.

4.8. Infra Dam zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Gemeente worden begroot op:

- griffierecht € 639,00
- salaris advocaat 980,00

Totaal € 1.619,00

4.9. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan

ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt Infra Dam in de proceskosten, aan de zijde van Gemeente tot op heden begroot op € 1.619,00,

5.3. veroordeelt Infra Dam in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Onder «JAAN» 2019/182

mr. E.J.M. Breeders
advocaat bij CMS

mr. M.W. Speksnijder
advocaat bij CMS