15

Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland
29 oktober 2013, nr. C/15/206972 / KG ZA 13-489, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802
(mr. Schotman)
Noot mrs. C.H. van Hulsteijn en P.F.C. Heemskerk

Ernstige beroepsfout. Uitsluitingsgronden. Ondubbelzinnige en niet voor misverstand vatbare vermelding van uitsluitingsgronden in aanbestedingsdocumentatie. Gebondenheid aanbestedende dienst aan eigen beleid. Een niet te marginale toetsing door rechter wegens uitsluitende karakter gunningsbeslissing. Beperkte uitleg begrip ernstige beroepsfout. Criteria voor vaststelling ernstige beroepsfout bij verschillende soorten gedragingen.

[Wet Bibob art. 9; Bao art. 45 lid 3 sub c en d; Aanbestedingsreglement Werken 2005 art. 2.7.4]

De Provincie is in oktober 2012 een aanbesteding gestart voor het baggeren van vaarwegen, het vervangen van oeverbeschermingen en werkzaamheden voor het inrichten van een zeeflocatie. In de

aankondiging van de opdracht staat dat het bestek kan worden gescreend door de Eenheid Screening en Bewakingsaanpak (Eenheid SBA) van de provincie Noord-Holland conform de Beleidsregel Integriteitstoets bij aanbesteden van opdrachten Noord-Holland 2008 (Beleidsregels 2008), zoals vastgesteld door Gedeputeerde Staten. Na screening van de onderneming door de Eenheid SBA kunnen bewakingsmaatregelen worden voorgeschreven voor de gunning en/of tijdens de uitvoering van het project. Voor de inhoud van het bestek wordt verwezen naar 'bestek 2646'. Als voorwaarden voor deelneming aan de aanbesteding worden in de aankondiging genoemd: het niet hebben begaan van een ernstige beroepsfout en het zich niet schuldig hebben gemaakt aan het verstrekken van valse verklaringen. De bewijsstukken hiervoor zijn respectievelijk de VOG en de Eigen Verklaring. In de aankondiging staat tevens dat het Bao en het Aanbestedingsreglement werken 2005 op de aanbesteding van toepassing zijn. In het prestatiebestek van het werk (met nummer 2646) staat dat de aanbesteder bij de aanbestedingsprocedure gebruik wenst te maken van de Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur (hierna: Wet BIBOB). De Wet BIBOB beoogt onder meer te voorkomen dat de overheid onbedoeld mogelijk bepaalde 'criminele' activiteiten faciliteert. De aanbestedende dienst kan aan het Bureau BIBOB om advies vragen voordat een beslissing wordt genomen inzake de gunning van een overheidsopdracht. Het advies dat Bureau BIBOB op basis van de uitkomst van haar onderzoek zal uitbrengen, geeft de aanbestedende dienst slechts een ondersteuning bij zijn eigen inhoudelijke afweging om al dan niet tot gunning over te gaan. De provincie heeft de aan haar in art. 2.7.4 Aanbestedingsreglement werken 2005 en art. 45 lid 3 Bao toegekende beleids- en beoordelingsvrijheid ingevuld met de Beleidsregels 2008, waarin wordt opgesomd welke gedragingen als een 'ernstige fout' worden aangemerkt. In de toelichting op deze beleidsregels staat dat Gedeputeerde Staten op grond van de uitkomsten van het onderzoek en het advies van de eenheid SBA zal beoordelen of er voldoende aanleiding is om de betrokkene uit te sluiten op grond van de gestelde selectiecriteria. Aanvankelijk is de Provincie voornemens om de opdracht te gunnen aan eiseres, omdat deze de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. Het onderzoek van de Eenheid SBA geeft echter aanleiding tot het aanvragen van een advies bij het Bureau BIBOB. In maart 2013 concludeert het Bureau BIBOB onder meer dat er ten aanzien van eiseres sprake is van de facultatieve uitsluitingsgronden onder c en onder d volgens het Bao, en dat er een ernstig gevaar is dat eiseres, indien de opdracht aan haar zou worden gegund, bij de uitvoering van de opdracht strafbare feiten zal plegen. Daarop besluit de Provincie de gunningsbeslissing in te trekken en eiseres uit te sluiten van de aanbesteding. De uitsluiting grondt de Provincie op art. 2.7 Aanbestedingsreglement werken 2005: eiseres heeft zich schuldig gemaakt aan een reeks van beroepsfouten. Daarnaast heeft eiseres in de Eigen Verklaring en het 'BIBOB-vragenformulier' onjuiste informatie verstrekt. Daarmee heeft zij een valse verklaring afgelegd, aldus de Provincie. Uit het BIBOB-advies is naar voren gekomen dat de provincie zich heeft schuldig gemaakt aan een aantal milieudelicten en delicten op het terrein van arbeid. De Provincie bericht eiseres dat zij aan een andere firma wenst te gunnen. Eiseres start een kort geding.

***I.** Eiseres stelt zich primair op het standpunt dat de facultatieve uitsluitingsgronden niet als zodanig in de aanbestedingsdocumentatie zijn opgenomen, zodat niet op die gronden tot uitsluiting kan worden overgegaan. Deze primaire grondslag faalt. De provincie heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter in de aankondiging en het bestek voldoende duidelijk tot uitdrukking gebracht dat de facultatieve uitsluitingsgronden van het Bao en het ARW 2005 op de onderhavige aanbesteding van toepassing zijn.*

***II.** Subsidiair stelt eiseres zich met name op het standpunt dat op grond van de resultaten van de BIBOB-screening geen uitsluiting heeft mogen plaatsvinden, nu ten aanzien van die screening in de aankondiging en het bestek uitsluitend te kennen is gegeven dat na de screening bewakingsmaatregelen kunnen worden voorgeschreven. Deze grondslag slaagt. Uit HR 7 december 2012,* NJ *2013-154 («JAAN» 2013/6) volgt dat de uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst wenst te hanteren ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie moeten zijn vermeld. Dat brengt mee dat de aanbestedende dienst, indien zij bij het hanteren van de facultatieve en voor velerlei invulling vatbare uitsluitingsgrond 'ernstige fouten' gebruik wil maken van verstrekkende vormen van factfinding als een BIBOB-screening, ondubbelzinnig en niet voor misverstand vatbaar in de aanbestedingsdocumentatie tot uitdrukking dient te brengen dat zij dit voornemen heeft.*

Dat is in het onderhavige geval niet gebeurd, nu de resultaten van die screening bij de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' in de aankondiging niet als bewijsmiddel zijn vermeld en elders in de

aankondiging en in het bestek de indruk wordt gewekt dat de BIBOB-screening hooguit tot bewakingsmaatregelen zal leiden.

***III.** Meer subsidiair stelt eiseres dat de Provincie het begrip 'ernstige beroepsfout' niet in de aanbestedingsdocumentatie heeft gedefinieerd. **A.** De Provincie wenst aan te sluiten bij de Beleidsregels 2008, maar volgens eiseres maken deze beleidsregels geen onderdeel uit van de aanbestedingsdocumentatie. **B.** Zelfs als zou dit wel het geval zijn, dan nog is van een ernstige beroepsfout niet gebleken. De gedragingen die uit de BIBOB-screening naar voren zijn gekomen kunnen niet worden gebracht onder de in de beleidsregels opgesomde gevallen. Ook deze grondslag slaagt.*

***Ad A.** De voorzieningenrechter overweegt dat de Provincie de beleidsruimte die het Bao en het Aanbestedingsreglement werken 2005 haar bieden heeft ingevuld met de Beleidsregels 2008. De voorzieningenrechter is, anders dan eiseres, van oordeel dat de omstandigheid dat de toepasselijkheid van die beleidsregels niet met zoveel woorden in de aanbestedingsstukken is genoemd niet meebrengt dat de provincie niet bevoegd zou zijn haar afweging in concreto aan de hand van die regels te motiveren. Waar die beleidsregels het karakter van zelfbinding hebben, is zij daar in geval van uitsluiting van een deelnemer zelfs toe verplicht. Hieruit volgt, zo oordeelt de voorzieningenrechter, dat de door Gedeputeerde Staten genomen beslissing primair dient te worden beoordeeld in het licht van haar eigen beleid. De voorzieningenrechter merkt op dat rechterlijke toetsing van die beslissing, gezien haar sanctie-karakter, niet te marginaal kan zijn. De Beleidsregels 2008 strekken ertoe te voorkomen dat de overheid zaken doet met niet-integere bedrijven. Gemeenschappelijk kenmerk van niet-integer handelen is dat het opzettelijk of met bewuste roekeloosheid of onachtzaamheid plaatsvindt, doorgaans met zelfbevoordeling als drijfveer. Deze beperking heeft Gedeputeerde Staten zichzelf met het hiervoor weergegeven beleid opgelegd. Het is naar het oordeel van de voorzieningenrechter zaak om die beperking strikt toe te passen, omdat het min of meer toevallig is of een onderzoek in het kader van de Wet BIBOB plaatsvindt of niet. Deze werkwijze kan op gespannen voet staan met de uit het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel voortvloeiende noodzaak van een 'level playing field'. Dat risico doet zich minder voor, althans leidt minder snel tot maatschappelijk gezien ongewenste gevolgen, naarmate bij de invulling van het begrip ernstige fout de lat hoger wordt gelegd. Ook de jurisprudentie van het HvJ EU pleit voor een beperkende strekking van de Beleidsregels 2008. Het HvJ EU heeft in zijn arrest van 13 december 2012 (Forposta/Poczta Polska, C-465/11, «JAAN» 2013/4) geoordeeld dat het begrip 'ernstige fout' gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van deze marktdeelnemer van een zekere ernst.*

***Ad B.** Over de beoordeling van de aan eiseres verweten gedragingen merkt de voorzieningenrechter op dat van de acht gedragingen waarop de Provincie haar besluit tot uitsluiting wegens een ernstige beroepsfout stoelt, slechts vijf gedragingen tot een boete hebben aanleiding gegeven. Alleen deze vijf gedragingen kunnen dragend zijn voor een uitsluiting op grond van de ernstige beroepsfout, aldus de voorzieningenrechter. De provincie heeft niet weersproken dat het in deze drie gevallen ging om een calamiteit. Dat impliceert dat het verwijt van de Provincie alleen maar kan inhouden dat de bedrijfsvoering van eiseres zodanig was ingericht dat deze calamiteiten zich kon voordoen. Gesteld noch gebleken is dat er duidelijke normen voor de inrichting van depots bestaan die bij deze voorvallen zijn overtreden. Verder heeft eiseres onweersproken gesteld dat zij ter voorkoming van herhaling van calamiteiten als deze in augustus 2012 protocollen heeft ontwikkeld en aan het bevoegd gezag heeft voorgelegd en dus maatregelen heeft getroffen om herhaling te voorkomen. De andere twee gedragingen betreffen een met een boete bestrafte overtreding van de Arbo-wetgeving in 2009. Eiseres heeft aannemelijk gemaakt dat het hier gaat om een incident. Daarnaast is onweersproken aangevoerd dat het betrokken delict geen opzet of schuld vereist. Uit de omstandigheid dat eiseres is beboet kan derhalve niet worden afgeleid dat haar ter zake een verwijt van nalatigheid trof. Het gaat bovendien om een ongeval dat circa vier jaar geleden heeft plaatsgevonden. Bij die stand van zaken kan de provincie niet volhouden dat hier sprake is geweest van ernstige beroepsfouten, zo oordeelt de voorzieningenrechter. Voor zover de Provincie meent dat de ernstige beroepsfout wordt gevormd door een optelsom van min of meer kleine vergrijpen, kan zij hierin niet worden gevolgd, omdat het aantal vergrijpen klein is en ten dele verschillende aspecten van het gedrag van de onderneming en de ondernemer betreffen.*

De voorzieningenrechter concludeert dat eiseres ten onrechte is uitgesloten en gebiedt de Provincie, indien zij tot gunning overgaat, te gunnen aan eiseres. De vorderingen van eiseres worden toegewezen.

De besloten vennootschap *[eiseres] BV* te [plaats], advocaat mr. F.P. van Galen en mr. B.M. Vijverberg,
tegen
het openbaar lichaam de *Provincie Noord-Holland* te Haarlem,
advocaat mr. J.E. Palm.

1 De procedure
1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding
- de brief van 11 oktober 2013 van de zijde van de Provincie, houdende productie 1 tot en met 4
- de brief van 11 oktober 2013 van de zijde van [eiseres], houdende productie 19
- de faxbrief van 14 oktober 2013 van de zijde van [eiseres], houdende productie 18
- de faxbrief van 14 oktober 2013 van de zijde van de Provincie, houdende productie 1a
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van [eiseres]
- de pleitnota van de Provincie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten
2.1. [eiseres] drijft een onderneming in bagger-, hei en grondwerken en heeft ingeschreven op de aanbesteding van de opdracht van de Provincie voor het project "K11 Baggerwerken Broeker-, Trek en Purmerringvaart" dat ziet op het baggeren van vaarwegen, het vervangen van oeverbeschermingen en werkzaamheden voor het inrichten van een zeeflocatie.
2.2. De aankondiging van voormelde opdracht is gepubliceerd op 17 oktober 2012 en luidt, voor zover hier van belang, als volgt:
"(....)
III.1 VOORWAARDEN MET BETREKKING TOT DE OPDRACHT
(....)
III.1.4 Ander bijzondere voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht
ja
Eis: Screening SBA
Beschrijving: Dit bestek kan worden gescreend door de Eenheid Screening en Bewakingsaanpak (Eenheid SBA) van de provincie Noord Holland conform de Beleidsregel Integriteitstoets bij aanbesteden van opdrachten Noord-Holland, 2008 zoals vastgesteld door Gedeputeerde Staten.
De inschrijver dient met het volgende rekening te houden:
- Om in aanmerking te komen voor de opdracht van het werk dient de inschrijver (in geval van een combinatie door alle combinanten) alle gegevens welke ten behoeve van een screening worden verlangd, separaat bij zijn inschrijving te overleggen. Hiervoor dient de inschrijver (in geval van combinatie door alle combinanten) alle gegevens welke worden verlangd in de bijlage van het bestek opgenomen 'Vragenformulier bij aanbesteding Eenheid SBA' te overleggen.
Deze vragenlijst dient in enkelvoud, volledig ingevuld, ondertekend en voorzien van de benodigde gewaarmerkte bijlagen, in een afzonderlijke envelop separaat bij de inschrijving te worden ingeleverd. Alle gegevens zullen in een al dan niet geautomatiseerd bestand worden opgenomen. De Gedragscode Registratie Screening en Bewakingsaanpak is op deze gegevens van toepassing. Deze gedragscode op te vragen via www.noord-holland.nl ('Digitaal Loket', 'Wet BIBOB').
- Na screening van de onderneming door de Eenheid SBA kunnen bewakingsmaatregelen worden voorgeschreven voor de gunning en/of tijdens de uitvoering van het project.
(....)
Voor de inhoud zie verder bestek 2646
(....)
III.2 VOORWAARDEN VOOR DEELNEMING
III.2.1. Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps of handelsregister
(....)
Eis: Geen ernstige beroepsfout
Beschrijving: De onderneming of een bestuurder ervan heeft in de afgelopen vier jaar in de uitoefening van zijn beroep geen een ernstige fout begaan.
Wetsverwijzing: Geen ernstige beroepsfout
Bewijsstuk: Verklaring Omtrent Gedrag
Toelichting op Bewijsstuk: De onderneming of een bestuurder overlegt de verklaring omtrent het gedrag rechtspersoon, bedoeld in artikel 30 van de Wet Justitiële en Strafvorderlijke gegevens. Aanvragen bij de Minister van Justitie. In de praktijk worden de aanvragen behandeld door het Centraal Orgaan Verklaring Omtrent Gedrag (verder COVOG).
(....)
Eis: Geen valse verklaringen
Beschrijving: De onderneming of zijn bestuurder heeft bij het verstrekken van inlichtingen die door de aanbestedende dienst van hem waren verlangd

in het kader van aanbestedingsprocedures zich niet in ernstige mate schuldig gemaakt aan het verstrekken van valse verklaringen of zijn onderneming heeft deze inlichtingen niet, of niet volledig verstrekt.
Wetsverwijzing Geen valse verklaringen
Bewijsstuk: Eigen Verklaring
Toelichting op Bewijsstuk: Inschrijver dient de eigenverklaring uitsluitingsgronden te ondertekenen en bij de inschrijving te voegen. Door het ondertekenen van dit formulier geeft de Inschrijver aan dat de omstandigheden zoals bedoeld in Artikel 2.7 ARW 2005 niet op de Inschrijver van toepassing zijn.
(....)
IV.2.1 Gunningscriteria
Economisch meest voordelige aanbieding
(....)"
2.3. Het prestatiebestek van het werk (met nummer 2646) luidt, voor zover hier van belang als volgt:
"(....)
De aanbesteder wenst bij de aanbestedingsprocedure gebruik te maken van de Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur (hierna: Wet BIBOB). De Wet BIBOB beoogt onder meer te voorkomen dat door aanbesteding van overheidsopdrachten als bedoeld in de Wet BIBOB, de overheid onbedoeld mogelijk bepaalde 'criminele' activiteiten faciliteert.
Een aanbestedende dienst als bedoeld in de Wet BIBOB, kan aan het Bureau BIBOB inzake deze overheidsopdracht, die ziet op een bij Besluit BOB aangewezen sector, zijnde bouw, om advies vragen: voordat een beslissing wordt genomen inzake de gunning van een dergelijke overheidsopdracht;
(....)
Het advies dat Bureau BIBOB op basis van de uitkomst van haar onderzoek zal uitbrengen, geeft een aanbestedende dienst slechts een ondersteuning bij zijn eigen inhoudelijke afweging om een overheidsopdracht wel of niet aan een betrokkene te gunningen danwel een overeenkomst inzake een overheidsopdracht te ontbinden, danwel of niet toestemming te verlenen dat een bepaalde 'onderaannemer' kan worden ingeschakeld.
De aanbesteder zal op verzoek nadere informatie omtrent de toepassing van de Wet BIBOB verschaffen.
(....)
Deze aanbesteding is opgezet volgens de Europese Richtlijn voor overheidsopdrachten: Het besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO). De aankondiging van de opdracht heeft onder andere plaatsgevonden via het publicatieblad van de Europese gemeenschap. De ARW 2005 is van toepassing.
(....)
1.04
INSCHRIJVING
(....)
SUB 2 (De Eisen)
De eisen waaraan een inschrijver als bedoeld in artikel 2.6.2, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10 en 2.12 van het ARW 2005 moet voldoen zijn:
a. 'eigenverklaring inschrijvingsvereisten'
Het naar waarheid hebben ondertekend van de bij het inschrijvingsbiljet behorende 'eigenverklaring inschrijvingsvereisten'.
b. 'eigenverklaring uitsluitingsgronden'
De eigen verklaring uitsluitingsgronden dient door de Inschrijver te worden ondertekend en te worden gevoegd bij het inschrijvingbiljet. Door het ondertekenen van deze verklaring geeft de gegadigde aan dat de omstandigheden zoals bedoeld in Artikel 2.7 van het ARW 2005 niet op de Inschrijver van toepassing zijn. De Provincie behoudt zich het recht voor nadere bewijsstukken bij de inschrijver op te vragen. Indien de inhoud van die bewijsstukken niet overeenkomt met de reeds geleverde informatie, kan de betreffende inschrijver van verdere deelname aan de aanbesteding worden uitgesloten
(....)
C 'Wet BIBOB'
Dit bestek kan worden gescreend door de Eenheid Screening en Bewakingsaanpak (Eenheid SBA van de provincie Noord-Holland conform de Beleidsregel Integriteitstoets bij aanbesteden van opdrachten Noord-Holland, 2008 zoals vastgesteld door Gedeputeerde Staten.
De inschrijver moet met het volgende rekening houden :
- Om in aanmerking te komen voor de opdracht van het werk dient de inschrijver (in geval van combinatie door alle combinanten) alle gegevens welke ten behoeve van een screening worden verlangd, separaat bij zijn inschrijving te overleggen. Hiervoor dient de inschrijver (in geval van combinatie door alle combinanten) alle gegevens welke worden verlangd de bijlage van het bestek opgenomen 'Vragenformulier bij aanbesteding Eenheid SBA te overleggen.
(....)

- Na screening van de onderneming door de Eenheid SBA kunnen bewakingsmaatregelen worden voorgeschreven voor de gunning en/of tijdens de uitvoering van het project.
(....)"
2.4. In de aankondiging en het bestek wordt verwezen naar een "eigenverklaring uitsluitingsgronden". Deze luidt, voor zover hier van belang als volgt:
"(....)
Inschrijver verklaart dat NIET één van onderstaande omstandigheden ten aanzien van hem/haar als gegadigde van toepassing zijn:
d. hij in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbesteder aannemelijk kan maken;
(....)"
2.5. Op de aanbesteding is het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao) van toepassing. Artikel 45 lid 3 van dit besluit luidt, voor zover hier van belang, als volgt:
"Een aanbestedende dienst kan van deelneming aan een overheidsopdracht uitsluiten iedere ondernemer:
(....)
d. die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op een grond die de aanbestedende dienst aannemelijk kan maken;"
2.6. Op de aanbesteding is Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (hierna: Wet Bibob) van toepassing. Artikel 9 van deze wet luidt, voor zover hier van belang, als volgt:
"(....)
2. Voorzover het gaat om een overheidsopdracht binnen een sector die is aangewezen ingevolge artikel 5, tweede lid heeft het Bureau voorts tot taak rechtspersonen met een overheidstaak desgevraagd advies uit te brengen over:
(....)
d. de mate van gevaar dat een gegadigde, indien de overheidsopdracht aan hem zou worden gegund, of de onderaannemer bij de uitvoering van die opdracht strafbare feiten zal plegen.
(....)"
2.7. De provincie heeft de aan haar in art. 2.7.4 ARW en art. 45 lid 3 Bao toegekende beleids- en beoordelingsvrijheid ingevuld met vaststelling van de Beleidsregels Integriteitstoets bij aanbesteden van opdrachten voor Noord-Holland, 2008 (hierna: de Beleidsregels 2008). Deze beleidsregels luiden, voor zover hier van belang, als volgt:

"Artikel 11 Ernstige fout in de uitoefening van een beroep
Als ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep als bedoeld in artikel 45 lid 3, sub d BAO worden in ieder geval aangemerkt:
(....)
b het vervalsen of valselijk opmaken van een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen;
c het verstrekken van onjuiste gegevens of het ten onrechte niet verstrekken van juiste gegevens, indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd financieel voordeel te behalen;
d het handelen of nalaten waardoor de lichamelijke integriteit van werknemers of andere personen ernstig in gevaar wordt gebracht;
(....)
Artikel 12 Beoordeling gedeputeerde staten
Gedeputeerde staten beoordelen steeds per voorgenomen opdrachtverstrekking en met inachtneming van het gestelde in de artikelen 10 en 11 of gelet op de uitkomst van het onderzoek, bedoeld in artikelen 8 en 9 en het advies van de eenheid SBA de opdracht kan worden gegund of de betrokkene moet worden uitgesloten dan wel dat er extra bewakingsmaatregelen moeten worden getroffen, en nemen daarbij in ieder geval de volgende aspecten in overweging:
a de maatregelen die een betrokkene heeft getroffen om herhaling van de schending van de beroepsmoraliteit k of herhaling van de ernstige beroepsfout te voorkomen;
b het aantal en de zwaarte van de schending van de beroepsmoraliteit of de ernstige fout in de beroepsuitoefening voorafgaand aan de aanbesteding;
c de sinds de laatste ernstige fout in de beroepsuitoefening of schending van de beroepsmoraliteit verstreken tijd;
d de omvang van de opdracht;
e de hoogte van het behaalde of te behalen voordeel;
f de opgelegde straf;
g de mate van betrokkenheid van de leidinggevenden binnen het bedrijf van de betrokkene;
h de economische en maatschappelijke gevolgen van een afwijzend besluit;
i de financiële gevolgen voor betrokkene;
j de vereiste continuïteit van de met de overheidsopdracht gemoeide werkzaamheden;
k de aanwezigheid van een subsidiair middel;

1 de afwezigheid van een alternatief;
m de mate waarin de betrokkene preventieve maatregelen heeft genomen."
2.8. De toelichting bij de Beleidsregels 2008 luidt, voor zover hier van belang, als volgt:
"Integriteitbeoordeling
Toepassing van de Wet Bevordering Integriteitbeoordelingen door het Openbaar Bestuur (hierna: Wet BIBOB) moet voorkomen dat de provincie Noord-Holland, door het verlenen van vergunningen, het verstrekken van subsidies of het gunnen van overheidsopdrachten, criminele activiteiten faciliteert.
(....)
Gedeputeerde staten beoordelen op grond van de uitkomsten van het onderzoek en het advies van de eenheid SBA of er voldoende aanleiding is om de betrokkene uit te sluiten, op grond van de gestelde selectiecriteria.
(....)
Om handvatten te hebben voor de invulling van het begrip fraude wordt in de onderhavige regeling uiteengezet wat hieronder in ieder geval kan worden verstaan. Dit wordt gedaan door een nadere invulling te geven aan twee uitsluitingcriteria uit de Europese aanbestedingsrichtlijn:
- schending van de beroepsmoraliteit, respectievelijk de professionele integriteit, en
- ernstige fout in de uitoefening van het beroep.

(....)
Artikelsgewijze toelichting
(....)
Artikelen 10 en 11
Uitsluitinggronden in de Europese aanbestedingsrichtlijnen
(....)
Voor de problematiek rond de bouwfraude zijn met name de gronden c tot en met g van belang.
(....)
Omdat onder de c-grond en de d-grond een breed scala van frauduleus of niet-integer gedrag begrepen kan worden, achten wij het van belang een nadere invulling te geven van deze gronden.
Hiermee wordt bereikt dat zowel voor de ondernemingen als voor de provincie duidelijk is welke gedragingen of feiten in ieder geval als zodanig ernstig worden aangemerkt, dat wanneer een onderneming zich hieraan schuldig heeft gemaakt, deze onderneming in beginsel niet in aanmerking komt voor een overheidsopdracht.
(....)
Het is wenselijk dat frauderende bedrijven van aanbestedingen uitgesloten worden. Daarom is bij de invulling van de c-grond en de d-grond naast bovengenoemde beginselen tevens het begrip fraude als uitgangspunt genomen. In het spraakgebruik wordt onder fraude verstaan:
bedrog bestaande uit vervalsing van administratie of ontduiking van voorschriften.
Fraude wordt meestal gerelateerd aan overtreding van strafbaar gestelde gedragingen met een oogmerk van bevoordeling.
(....)
Hoewel fraude in Europese kader wordt beperkt tot de bescherming van financiële belangen betekent dit niet dat dit begrip in het kader van de aanbestedingsrichtlijnen met hun eigen specifieke belangen zoals voltooiing van de interne markt en bescherming van marktdeelnemers niet breder kan worden geïnterpreteerd.
(....)
Ernstige fout in de beroepsuitoefening (de d-grond)
Uit de formulering van deze uitzonderingsgrond blijkt duidelijk dat de ernstige fout gerelateerd moet zijn aan de uitoefening van het beroep. In tegenstelling tot het geen ook wel wordt verdedigd betekent dat echter niet dat voor bijvoorbeeld de bouwsector de ernstige fout alleen betrekking kan hebben op bouwfouten.
(....)
Uitgaande van het begrip fraude moet bij de d-grond in ieder geval worden gedacht aan de in artikel 9 genoemde gedragingen, althans voorzover zij plaatsvinden in het kader van de beroepsuitoefening:
1 Het doen van een gift of belofte of het aanbieden van een dienst indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd iemand iets te laten doen wat in strijd is met zijn plicht;
2 Het vervalsen of valselijk opmaken van een geschrift dat bestemd is om tot bewijs van enig feit te dienen;
3 Het verstrekken van onjuiste gegevens of het ten onrechte niet verstrekken van juiste gegevens, indien redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daarmee wordt beoogd financieel voordeel te behalen;
4 Het handelen of nalaten waardoor de lichamelijke integriteit van werknemers of andere personen ernstig in gevaar wordt gebracht;

5 Het opgelegd hebben gekregen van een boete of last onder dwangsom in de zin van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet;
6 Het in het kader van de uitvoering van een opdracht hebben begaan van een onrechtmatige daad waaruit ernstige schade is voortgevloeid.
Bij onderdeel 4 kan gedacht worden aan overtreding van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieu- en rijtijdenwet, en kan in de zin van delicten o.m. sprake zijn van dood door schuld of ernstige mishandeling.
(....)
In tegenstelling tot bij de c-grond is bij de d-grond niet noodzakelijkerwijze sprake van een onherroepelijke rechterlijke veroordeling, maar kan Gedeputeerde Staten alle feiten (elke grond) aanbrengen op basis waarvan hij meent een ernstige fout aannemelijk te kunnen maken.
Voorts kan het hier (in tegenstelling tot bij de c-grond) ook gaan om een civiele of bestuursrechtelijke (rechterlijke) uitspraak. Daarbij dient de betreffende gedraging ernstig genoeg te zijn om een uitsluiting te rechtvaardigen (proportionaliteit).
(....)
Transacties
Indien een bedrijf met het OM een transactie is aangegaan, kan dit leiden tot uitsluiting op grond van de d-grond. Daarom zal de opdrachtgever nagaan of een bedrijf dat met het OM een transactie is aangegaan, moet worden uitgesloten wegens het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van het beroep.
Een transactie kan weliswaar niet gelijkgesteld worden met een onherroepelijke veroordeling, maar vormt wel een sterke indicatie dat het betrokken bedrijf een strafbaar feit heeft gepleegd. Het OM biedt immers alleen een transactie aan indien het van oordeel is dat het feit bewijsbaar is en de verdachte strafbaar.
Niet-limitatieve opsomming
De opsommingen in beide artikelen zijn niet limitatief. Dat betekent dat gedeputeerde staten, bijvoorbeeld vanwege de bijzondere kenmerken van de sector waaraan zij opdrachten verstrekt, de mogelijkheid heeft om bij haar afweging omtrent de integriteit van een betrokkene ook andere feiten of gedragingen in aanmerking te nemen als uitsluitinggrond. (....)"
2.9. Bij brief van 18 januari 2013 heeft de Provincie, voor zover hier van belang, het volgende aan [eiseres] meegedeeld:
"(....)
Hierbij bericht ik u dat ik op basis van het gunningcriterium van economisch meest voordelige aanbieding, voornemens ben voornoemde opdracht aan u te gunnen, tenzij:
- het onderzoek van de Eenheid SBA aanleiding geeft tot het aanvragen van een advies bij het Bureau BIBOB van het ministerie van Justitie en/of het uitbrengen van een negatief advies ten aanzien van de integriteit van uw bedrijf.
(....)"
2.10. Bij brief van 21 januari 2013 heeft de Provincie aan [eiseres] meegedeeld dat bij het Landelijk Bureau BIBOB om advies zal worden gevraagd.
2.11. Bij rapport van 12 maart 2013 heeft het Landelijk Bureau BIBOB het volgende geconcludeerd:
"1. Er is ten aanzien van [eiseres] BV geen sprake van onherroepelijke veroordelingen op grond van artikel 140, 177, 177a, 178, 225, 226, 227, 227a, 227b of 323a, 328ter, tweede lid, 416, 417, 417bis, 420bis, 420ter of 420quater van het WvSr. Derhalve is er geen sprake van de verplichte uitsluitingsgrond van het Bao.
2. Er is ten aanzien van [eiseres] BV sprake van de facultatieve uitsluitingsgronden onder c en onder d volgens het Bao.
3. Uit het door het Bureau verrichte onderzoek is niet gebleken dat [eiseres] BV wordt gefinancierd met uit gepleegde strafbare feiten verkregen of te verkrijgen, op geld waardeerbare voordelen.
4. Er is tot slot een ernstig gevaar dat [eiseres] BV, indien de overheidsopdracht aan deze rechtspersoon zou worden gegund, bij de uitvoering van de opdracht strafbare feiten zal plegen."
2.12. Bij brief van 21 maart 2013 heeft de Provincie, voor zover hier van belang, het volgende aan [eiseres] meegedeeld:
"(....)
Op 12 maart 2013 hebben wij van het landelijk bureau Bibob hun advies ontvangen.
Mede op basis van dit onderzoek zijn wij voornemens u uit te sluiten van gunning voor de hiervoor genoemde overheidsopdracht op grond van artikel 45, derde lid, onderdelen c en d, Bao en artikel 9, tweede lid, onder d, Wet Bibob.
(....)".
2.13. Nadat [eiseres] haar zienswijze de Provincie kenbaar had gemaakt heeft de Provincie een aanvullend advies aangevraagd bij het Landelijk Bureau BIBOB, welk advies op 23 mei 2013 is verkregen.

2.14. Bij brief van 1 augustus 2013 heeft de Provincie, voor zover hier van belang, het volgende aan [eiseres] meegedeeld:
"(....)
Inmiddels kan ik u berichten dat de Provincie gelet op het Bibob advies, het door de Eenheid SBA ingestelde onderzoek en het advies van de Eenheid SBA en na afweging van de in artikel 12 van de Beleidsregels Integriteit genoemde aspecten, heef besloten tot uitsluiting van [eiseres] op grond van artikel 2.7 van het ten deze toepasselijke ARW 2005. [eiseres] heeft zich schuldig gemaakt aan een reeks van beroepsfouten. Daarnaast heeft [eiseres] in de Eigen Verklaring en het "Bibob-vragenformulier" onjuiste informatie verstrekt. Daarmee heeft zij een valse verklaring afgelegd. Ook dat leidt tot uitsluiting van [eiseres].
Vanzelfsprekend kan de gunningsbeslissing van 18 januari jl. daarmee niet in stand blijven. Reden waarom de Provincie de gunningsbeslissing bij deze intrekt.
(....)
In de Eigen Verklaring heeft [eiseres] verklaard dat geen van de uitsluitingsgronden op haar van toepassing zijn.
(....)
Voorts heeft [eiseres] vraag 2.5 van het "Bibob-vragenformulier" met "nee" beantwoord:
(....)
Uit het Bibob-advies is echter onder meer naar voren gekomen dat:
1. [eiseres] op 4 juli 2011 met het OM een transactie is aangegaan wegens het overtreden van de artikelen 7 van het Besluit Bodemkwaliteit, 6.2 eerste lid van de Water-wet en 1 a van de Wet op de Economische Delicten. De overtreding betreft het doorsteken van de kades van een baggerdepot met visuele verontreiniging in het oppervlaktewater tot gevolg. De transactiesom bedraagt €1.500,- - en is door [eiseres] voldaan;
2. [eiseres] op 20 Juli 2012 is beboet wegens het overtreden van artikel 6.2 lid 1 van de Waterwet. De overtreding behelst het lozen van depotwater met een verhoogd gehalte aan onopgeloste bestanddelen op het oppervlaktewater. De boete bedraagt € 2.000,--;
3. [eiseres] op 20 maart 201 3 is beboet wegens het overtreden van artikel 7 van het Besluit Bodemkwaliteit. De overtreding betreft het verontreinigen van oppervlaktewater. De boete bedraagt € 750,--;
4. [eiseres] op 10 november 2009 door de inspectie SZW is beboet wegens het overtreden van artikel 16 van de Arbeidsomstandighedenwet juncto artikel 17.4 van het Arbeidsomstandighedenbesluit Aanleiding was een inspectie op 10 november 2009 van de Inspectie SZW in verband met een ongeval. Bij dat ongeval raakte een werknemer van [eiseres] bekneld onder de laadklep van een dieplader en raakte hij gewond aan zijn hoofd en linkervoet. Bij inspectie bleek dat de dieplader niet beschikte over een CE-verklaring en een keuringsbewijs. Na bezwaar en beroep van [eiseres] is de boete bij uitspraak, van de Afdeling Bestuursrechtspraak van 16 januari 2013 bepaald op € 1.350,--;
5. sprake is van voorwaardelijk sepot van 26 juli 2011 van het Functioneel Parket vanwege het onjuist invullen van begeleidingsbrieven en het niet kunnen overleggen van werkgeversverklaringen tijdens het vervoer van baggerslib door/namens [eiseres]. Het voorwaardelijk depot brengt met zich dat [eiseres] gedurende een proeftijd van twee jaar geen strafbare feiten (van welke aard dan ook) mag begaan;
6. sprake is van vier afzonderlijke lopende politie-onderzoeken naar [eiseres] die de beroepsmoraliteit of de professionele integriteit betreffen:
- Wilster, betreft een onderzoek in verband met het verdwijnen van 1.000m3 niet toepasbare bagger (geschat wederrechtelijk verkregen voordeel € 62.820,--). In het kader van het onderzoek zijn de heren [A], directeur van [eiseres] en [B] op 13 en 14 september 2012 buiten heterdaad aangehouden;
- Modder(kruiper), betrefteen milieuonderzoek in verband met het opslaan van bagger in een slipdepot in strijd met de vergunning;
- Twentekanaal, betreft een milieuonderzoek naar aanleiding van diverse (door [eiseres] erkende overtredingen in verband met baggerwerkzaamheden door [eiseres];
Regio Den Haag, betreft een milieuonderzoek in verband met baggerwerkzaamheden door [eiseres].
7. sprake is van inspecties door de Inspectie SZW op 27 oktober 2009, 10 november 2009, 11 november 2009, 11 november 2011 en 8 februari 2012. Hierbij zijn in totaal zeven overtredingen geconstateerd, waarvan vijf overtredingen zijn gekwalificeerd als 'zwaar' en één overtreding tot een boete heeft geleid (zie hiervoor onder 4);

8. sprake is van een aangifte tegen [eiseres] van 3 maart 2010 terzake diefstal van 400 ton metaalschroot met een waarde van € 50.000 - € 300.000,- - en een aantal politiemutaties. (....)".
2.15. Bij brief van 6 september 2013 heeft de Provincie kennelijk ter aanvulling van het hiervoor weergegeven besluit, voor zover hier van belang, het volgende aan [eiseres] meegedeeld:
"(...)
Ook zijn de Beleidsregels Integriteitstoets bij aanbesteden van opdrachten voor Noord-Holland 2008 (hierna: 'de Beleidsregels Integriteit') van toepassing op de aanbesteding. Dat betekent onder meer dat de Eenheid SBA van de provincie de integriteit van de economisch meest voordelige inschrijver toetst voordat tot gunning wordt overgegaan. Indien de Eenheid SBA op basis van het eigen integriteitsonderzoek het vermoeden heeft dat de economisch meest voordelige inschrijver zich bevindt in één van de omstandigheden genoemd in artikel 45 van het BAO vraagt de Eenheid SBA het Bureau Bibob om advies.
(....)
Thans laat ik u weten voornemens te zijn vorenbedoelde opdracht aan de firma [andere inschrijver] te gunnen.
(....)"

3 Het geschil
3.1. [eiseres] vordert, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:
1. om gedaagde te verbieden om tot gunning van de opdracht aan [andere inschrijver] over te gaan, op straffe van een dwangsom van € 150.000,00,
2. om gedaagde te gebieden de opdracht alsnog aan [eiseres] te gunnen binnen zes weken, althans een door U E.A. Heer/Vrouwe Voorzieningenrechter te bepalen termijn, na betekening van het in deze te wijzen vonnis, zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,00 per dag met een maximum van € 150.000,00, zulks behoudens voor zover de Provincie binnen deze termijn aan alle inschrijvers laat weten in het geheel van gunning af te zien,
3. althans een zodanige voorziening te treffen als de E.A. Heer/Vrouwe Voorzieningenrechter in goede justitie zat vermenen te behoren;
4. een en ander met veroordeling van gedaagde in de kosten van deze procedure.
3.2. De Provincie voert verweer.
3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling
4.1. [eiseres] legt aan haar vordering - samengevat - ten grondslag dat zij ten onrechte is uitgesloten van de aanbesteding, zodat het werk alsnog, voor zover tot gunning wordt overgegaan, aan haar moet worden gegund. De Provincie handelt met deze uitsluiting en de gunning van de opdracht aan de firma [andere inschrijver] onrechtmatig.
Primair stelt [eiseres] stelt zich op het standpunt dat de formulering van de eis "geen ernstige beroepsfout", zoals omschreven in de Aankondiging, onvoldoende is om te kunnen spreken van een uitsluitingsgrond. De facultatieve uitsluitingsgronden zijn niet als zodanig in de aanbestedingsdocumentatie opgenomen, zodat niet op die gronden tot uitsluiting kan worden overgegaan.
Subsidiair voert [eiseres] aan dat in de aanbestedingsdocumentatie uitdrukkelijk, met betrekking tot de eis "geen ernstige beroepsfout" als bewijsstuk uitsluitend is genoemd de Verklaring Omtrent Gedrag (hierna:VOG). [eiseres] heeft, naast de eigen verklaring, een VOG ingediend en daarmee is overeenkomstig het ARW en de aanbestedingsdocumentatie voldoende bewijs geleverd van het feit dat [eiseres] niet verkeert in een situatie als bedoeld in artikel 2.7.4 onderdeel d van het ARW 2005. Verder is [eiseres] van opvatting dat op grond van de resultaten van de Bibob-screening geen uitsluiting heeft mogen plaatsvinden, nu ten aanzien van die screening in de Aankondiging en het Bestek uitsluitend te kennen is gegeven dat na de screening bewakingsmaatregelen kunnen worden voorgeschreven.
Meer subsidiair stelt [eiseres] zich op het standpunt dat van een "ernstige beroepsfout" geen sprake is geweest, althans de Provincie zulks niet aannemelijk heeft gemaakt.
De Provincie heeft het begrip "ernstige beroepsfout" in de aanbestedingsdocumentatie niet gedefinieerd, noch afwegingscriteria of subcriteria bekendgemaakt. Blijkens de brief van 6 september 2008 wenst de Provincie aan te sluiten bij de Beleidsregels 2008, maar volgens [eiseres] maken deze beleidsregels geen onderdeel uit van de aanbestedingsdocumentatie. Zelfs als zou dit wel het geval zijn, dan nog is van een ernstige beroepsfout niet gebleken. De gedragingen die uit de Bibob-screening naar voren zijn gekomen kunnen niet worden gebracht onder de in de beleidsregels opgesomde gevallen. Uit de toelichting op die regels

volgt dat is gedacht aan beroepsfouten die kunnen worden geplaatst in de sleutel van het begrip fraude.
Nog meer subsidiair stelt [eiseres] tenslotte dat de uitsluitingsbeslissing in relatie tot de daaraan ten grondslag gelegde gedragingen disproportioneel is.
Oordeel van de voorzieningenrechter
De primaire grondslag
4.2. De primaire grondslag faalt. De provincie heeft in de Aankondiging en het bestek voldoende duidelijk tot uitdrukking gebracht dat de facultatieve uitsluitingsgronden van het Bao en het ARW 2005 op de onderhavige aanbesteding van toepassing zijn.
De subsidiaire grondslag
4.3. De subsidiaire grondslag is een beter lot beschoren, voor zover het betreft de vraag of de Bibob-screening in het onderhavige geval grond voor uitsluiting kan zijn. Uit HR 7 december 2012, NJ 2013, 154, volgt dat de uitsluitingsgronden die de aanbestedende dienst wenst te hanteren ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie moeten zijn vermeld. Dat brengt mee dat de aanbestedende dienst, indien zij bij het hanteren van de facultatieve en voor velerlei invulling vatbare uitsluitingsgrond "ernstige fouten" gebruik wil maken van verstrekkende vormen van factfinding als een Bibob-screening, ondubbelzinnig en niet voor misverstand vatbaar in de aanbestedingsdocumentatie tot uitdrukking dient te brengen dat zij dit voornemen heeft.
Dat is in het onderhavige geval niet gebeurd, nu de resultaten van die screening bij de uitsluitingsgrond "ernstige beroepsfout" in de Aankondiging niet als bewijsmiddel zijn vermeld en elders in de Aankondiging en in het bestek de indruk wordt gewekt dat de Bibob-screening hooguit tot bewakingsmaatregelen zal leiden.
De provincie heeft verwezen naar de sub 2.3 weergegeven passages uit het prestatiebestek, waarin volgens haar duidelijk is gemaakt dat de provincie bij haar gunningsbeslissing mede acht slaat op het daar genoemde Bibob-advies. De provincie miskent met dit betoog echter dat die zeer algemeen en enigszins leerstellig geformuleerde passage voorkomt in een bestek waarin verderop, bij de opsomming na de woorden "De inschrijver moet met het volgende rekening houden" juist níet duidelijk wordt gemaakt dat ook met uitsluiting rekening moet worden gehouden.
De provincie heeft verder nog opgemerkt dat [eiseres] opheldering omtrent de inhoud en toepassing van de uitsluitingsgrond had kunnen vragen. Dat standpunt is ontegenzeggelijk juist, maar miskent dat het in deze context niet aan de inschrijver is om misverstanden op te helderen maar aan de aanbestedende dienst om die te voorkomen.
De meer subsidiaire grondslag
4.4. Ook indien over het voorgaande anders zou moeten worden gedacht, kan dat de provincie in dit geding niet baten. Daarvoor is het volgende redengevend.
4.5. De provincie heeft de beleidsruimte die het Bao en het ARW 2005 haar biedt ingevuld met de Beleidsregels 2008, zoals hiervoor onder 2.7 weergegeven.
Anders dan [eiseres] wil, brengt de omstandigheid dat de toepasselijkheid van die beleidsregels niet met zoveel woorden in de aanbestedingsstukken is genoemd niet mee dat de provincie niet bevoegd zou zijn haar afweging in concreto aan de hand van die regels te motiveren. Waar die beleidsregels het karakter van zelfbinding hebben is zij daar in geval van uitsluiting van een deelnemer zelfs toe verplicht.
4.6. Uit artikel 12 van de Beleidsregels 2008 volgt dat Gedeputeerde Staten de in het Bibob-advies vermelde feitelijke gronden voor de uitsluiting in tamelijk vergaande mate inhoudelijk dient te beoordelen. De gedachte dat Gedeputeerde Staten mag afgaan op het advies van het Bureau Bibob zonder zichzelf een inhoudelijk oordeel te vormen over aard en ernst van de aan haar beslissing ten grondslag gelegde gedragingen, verdraagt zich daarmee niet.
4.7. De door Gedeputeerde Staten genomen beslissing dient dus primair te worden beoordeeld in het licht van haar eigen beleid. Daarbij verdient opmerking dat bij rechterlijke toetsing van die beslissing, weliswaar ruimte aan een aanbestedende dienst moet worden gelaten om aan de diverse in de afweging betrokken omstandigheden en belangen een eigen gewicht te geven, maar dat de beoordeling, mede gezien haar sanctie-karakter, ook niet te marginaal kan zijn. Daarbij is mede redengevend dat van het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel, in het algemeen gesproken, weinig zou overblijven indien een aanbestedende dienst met een casuïstische en niet voor inhoudelijke rechterlijke toetsing vatbare invulling van een open geformuleerde uitsluitingsgrond zou

kunnen komen tot bijstellingen van een haar minder welgevallige uitkomst van een aanbesteding.
4.8. Zoals [eiseres] terecht heeft opgemerkt strekken de Beleidsregels 2008, een regeling die voortbouwt op de beleidsregels die naar aanleiding van de resultaten van de enquête inzake de bouwfraude door het Ministerie van Economische zaken zijn opgesteld, ertoe te voorkomen dat de overheid zaken doet met niet-integere bedrijven. De hiervoor onder 2.8 weergegeven passages uit de toelichting illustreren dit ook door voor de invulling van de uitsluitingsgronden in de regelgeving die in de regeling worden besproken telkens, zij het in verschillende bewoordingen, naar die doelstelling te verwijzen.
Gemeenschappelijk kenmerk van niet integer handelen is dat het opzettelijk of met bewuste roekeloosheid of onachtzaamheid plaatsvindt, doorgaans met zelfbevoordeling als drijfveer. Dat is de eerste beperking die het Gedeputeerde Staten zichzelf met het hiervoor weergegeven beleid heeft opgelegd.
4.9. Het is zaak om die beperking strikt toe te passen. Daarvoor is aanleiding omdat het min of meer toevallig is of een onderzoek in het kader van de Wet Bibob plaatsvindt of niet. Naar ter zitting is uitgelegd, is tot het onderhavige Bibob-onderzoek besloten omdat bij in de regeling voorziene vooronderzoek een publicatie in de pers over [eiseres] de aandacht heeft getrokken. De provincie heeft daarbij niet eerst nagetrokken of het daarin gerelateerde voorval als een uit integriteitsoogpunt relevante gedraging van [eiseres] is te beschouwen. [eiseres] heeft ter zitting onweersproken opgemerkt dat betrokkenheid van [eiseres] bij die kwestie niet is vastgesteld en dat het uitgevoerde onderzoek nergens toe heeft geleid.
Ter zitting is verder duidelijk geworden dat de Provincie, indien haar uitsluitingsbeslissing stand houdt, aan de als tweede geëindigde inschrijver zal gunnen omdat in het vooronderzoek met betrekking tot déze inschrijver niets naar voren is gekomen.
4.10. De door de provincie gebezigde werkwijze komt er aldus op neer dat dat op basis van een perspublicatie die "rook zonder vuur" is gebleken een Bibob-screening van [eiseres] heeft plaatsgevonden en vervolgens naar aanleiding van bezwaren uit die screening aan een ander wordt gegund, terwijl niet uitgesloten is dat eenzelfde screening van die ander tot vergelijkbare bezwaren had geleid.
Deze werkwijze kan op gespannen voet staan met de uit het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel voortvloeiende noodzaak van een "level playing field". Dat risico doet zich minder voor, althans leidt minder snel tot maatschappelijk gezien ongewenste gevolgen, naarmate bij de invulling van het begrip ernstige fout de lat hoger wordt gelegd. Dan is immers eerder sprake van een situatie waarin de relevante feiten in het kader van de beantwoording van vraag 2.5 van het Bibob-vragenformulier (behorende bij de inschrijvingsdocumentatie) of de inschrijver een ernstige beroepsfout heeft begaan, hoe dan ook door al de betrokken inschrijvers zelf hadden moeten worden gemeld.
4.11. Toepassing van het beleid conform haar beperkende strekking is tenslotte uit een oogpunt van regelconformiteit aangewezen. Het Europese Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 13 december 2012 (Forposta/Poczta Polska, C-465/11) geoordeeld dat het begrip "ernstige fout" gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van deze marktdeelnemer van een zekere ernst. En de Europese Commissie heeft in een in de voormelde beleidsregels aangehaalde brief van 15 mei 1998 opgemerkt dat "het natuurlijk niet zo kan zijn dat elk delict dat een ondernemer heeft gepleegd, gekwalificeerd kan worden als een ernstige fout, gemaakt in de uitoefening van zijn beroep".
4.12. Met inachtneming van het voorgaande wordt over de beoordeling van de aan [eiseres] verweten gedragingen het volgende opgemerkt.
"ernstige beroepsfout"
4.13. De Provincie heeft haar beroep op de uitsluitingsgrond "ernstige beroepsfout" in de sub 2.14 geciteerde brief van 1 augustus 2013 met verwijzing naar acht gedragingen door [eiseres] onderbouwd. Voorop gesteld moet worden dat daarvan slechts de gedragingen genoemd onder 1 t/m 4 en de onder 7 genoemde gedraging die tot een boete aanleiding heeft gegeven, dragend kunnen zijn voor een uitsluiting op deze grond. In het beleid is immers niet voorzien in de mogelijkheid om een voorwaardelijk sepot in aanmerking te nemen. Hetzelfde geldt voor lopende politieonderzoeken en aangiften, waarvan [eiseres] overigens onweersproken heeft gesteld dat daaraan geen verder gevolg is gegeven. Als bijkomende omstan-

digheden zouden zij hooguit een rol kunnen spelen in een afweging op grond van art. 12 van de Beleidsregels 2008 nadat op grond van andere feiten is vastgesteld dat er grond is voor uitsluiting.
4.14. De door [eiseres] genoemde gedragingen onder de nummers 1 tot en met 3 zien op een transactie en een tweetal boetes in verband met overtreding van de lozingsnorm op grond van de Waterwet en/of het Besluit Bodemkwaliteit door het overlopen van baggerdepots, met als gevolg verontreiniging van het oppervlaktewater.
De provincie heeft niet weersproken dat het in deze drie gevallen ging om een calamiteit. Dat impliceert dat het verwijt van de Provincie alleen maar kan inhouden dat de bedrijfsvoering van [eiseres] zodanig was ingericht dat deze calamiteiten zich kon voordoen. Gesteld noch gebleken is dat er duidelijke normen voor de inrichting van depots bestaan die bij deze voorvallen zijn overtreden. Daar komt bij dat tussen partijen niet in geschil is dat in voornoemde gevallen telkens sprake was van verontreiniging van het oppervlaktewater door een te hoge concentratie vaste stof bestaande uit niet verontreinigde, vrij toepasbare baggerspecie. Verder heeft [eiseres] onweersproken gesteld dat zij ter voorkoming van herhaling van calamiteiten als deze in augustus 2012 protocollen heeft ontwikkeld en aan het bevoegd gezag heeft voorgelegd en dus maatregelen heeft getroffen om herhaling te voorkomen. Ten slotte is door [eiseres] onweersproken gesteld dat het beheerplan, zoals door [eiseres] voorgelegd aan de Provincie, door deze als beste is beoordeeld. Bij die stand van zaken kan de provincie niet volhouden dat hier sprake is geweest van ernstige beroepsfouten.
4.15. Gedraging nummer 4 (ook genoemd onder nummer 7) betreft een met een boete bestrafte overtreding van de Arbo-wetgeving in 2009. [eiseres] heeft aannemelijk gemaakt dat het hier gaat om een incident. Daarnaast is onweersproken aangevoerd dat het betrokken delict geen opzet of schuld vereist. Uit de omstandigheid dat [eiseres] is beboet kan derhalve niet worden afgeleid dat haar ter zake een verwijt van nalatigheid trof. Het gaat bovendien om een ongeval dat circa 4 jaar geleden heeft plaatsgevonden. Van een bedrijfscultuur die zich kenmerkt door onvoldoende zorg voor de veiligheid van werknemers - en daarom gaat het wanneer wordt uitgegaan van de strekking van het beleid - is in het geheel niet gebleken.
Ook hier is van een ernstige fout daarom geen sprake.
4.16. Voor zover de Provincie meent dat de ernstige beroepsfout wordt gevormd door een optelsom van min of meer kleine vergrijpen, kan zij hierin niet worden gevolgd, omdat het aantal vergrijpen klein is en ten dele verschillende aspecten van het gedrag van de onderneming en de ondernemer betreffen.
"valse verklaring"
4.17. De Provincie heeft haar uitsluitingsbeslissing mede gestoeld op de overweging dat [eiseres] in de Eigen Verklaring en het "Bibob-vragenformulier" onjuiste informatie heeft verstrekt.
Uit hetgeen hiervoor is overwogen vloeit voort dat de gedragingen die [eiseres] worden verweten ontoereikend zijn om als ernstige fouten in de zin van het door de provincie gevoerde beleid te kwalificeren, zodat het niet melden hiervan niet aan [eiseres] kan worden tegengeworpen.
Slotsom
4.18. De slotsom is dat [eiseres] ten onrechte is uitgesloten.
Terzijde merkt de voorzieningenrechter overigens op dat van de in artikel 12 van de Beleidsregels 2008 voorgeschreven afweging in concreto in het geheel niet is gebleken.
4.19. Het hiervoor overwogene brengt met zich dat Gedeputeerde Staten een nieuwe beslissing zal dienen te nemen. Met het oog daarop verdient het volgende opmerking.
4.20. [eiseres] heeft aangevoerd dat de onderhavige uitsluiting voor haar onderneming zéér verstrekkende gevolgen zal hebben. Zij is volledig afhankelijk van opdrachten die voortkomen uit aanbestedingsprocedures. Het ligt voor de hand dat aanbestedende diensten, gelet op deze uitsluiting, telkens een vergelijkbaar onderzoek zullen instellen, of direct tot uitsluiting zullen overgaan. Bij de onderneming werken meer dan 100 mensen. Als geen opdrachten meer kunnen worden verkregen komt de continuïteit van de onderneming ernstig in gevaar.
4.21. De voorzieningenrechter stelt vast dat de Provincie de aldus omschreven inschatting van de gevolgen van uitsluiting niet heeft bestreden. Gelet op die gevolgenis niet goed denkbaar dat een redelijk oordelende aanbestedende dienst bij hernieuwde afweging opnieuw tot het oordeel

komt dat de hiervoor besproken fouten, bezien uit een oogpunt van integriteitsrisico, voldoende zwaarwegend zijn om uitsluiting van [eiseres] te rechtvaardigen. Gelet op de door het Landelijk Bureau Bibob doorgelichte bedrijfsvoering van [eiseres] als geheel komt het de voorzieningenrechter voor dat [eiseres] een alleszins fatsoenlijk bedrijf is, waarin bij de uitvoering van het werk zo nu en dan wel eens iets mis gaat. Dat overkomt alle fatsoenlijke bedrijven.
De beslissing zal dan ook niet anders kunnen inhouden dan dat de opdracht, indien de provincie tot gunning over gaat, aan [eiseres] wordt gegund. Dat brengt mee dat de vordering in zijn primaire variant voor toewijzing vatbaar is.
4.22. De gevorderde dwangsom zal worden afgewezen omdat de voorzieningenrechter er in het algemeen van uit gaat dat de Provincie, als overheidsinstantie, vrijwillig aan rechterlijke uitspraken voldoet en dit ter zitting namens de provincie bovendien uitdrukkelijk is bevestigd.
4.23. De Provincie zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [eiseres] worden begroot op:
- dagvaarding € 80,48
- griffierecht 589,00
- salaris advocaat 816,00
Totaal € 1.485,48

5 De beslissing
De voorzieningenrechter
5.1. verbiedt de Provincie om tot gunning van de onderhavige opdracht aan [andere inschrijver] over te gaan,
5.2. gebiedt de Provincie, indien zij besluit om tot gunning van de genoemde opdracht over te gaan, deze alsdan alsnog aan [eiseres] te gunnen en omtrent een en ander binnen binnen zes weken na betekening van dit vonnis uitsluitsel te verschaffen,
5.3. veroordeelt de Provincie in de proceskosten, aan de zijde van [eiseres] tot op heden begroot op € 1.485,48,
5.4. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.
5.5. wijst af het meer of anders gevorderde.

NOOT

Inleiding

Op basis van een uitgevoerde Bibob-screening constateerde de Provincie Noord-Holland ('de Provincie') dat eiseres (een) ernstige beroepsfout(en) had begaan, als gevolg waarvan zij eiseres uitsloot. De voorzieningenrechter stelt eiseres uiteindelijk in het gelijk (hetgeen wij terecht achten) maar doet dat via enkele opmerkelijke overwegingen.

Bibob-screening als uitsluitingsgrond

Nadat de voorzieningenrechter eerst heeft vastgesteld dat de Provincie in haar aanbestedingsdocumentatie voldoende duidelijk tot uitdrukking heeft gebracht dat de facultatieve uitsluitingsgronden uit het Bao en het Aanbestedingsreglement werken 2005 op de aanbesteding van toepassing zijn (eiseres betwistte dat), onderzoekt de voorzieningenrechter of de Bibob-screening een terechte grond voor uitsluiting vormt. De voorzieningenrechter zoekt daarbij aansluiting bij het arrest van de Hoge Raad in de zaak Staat en Tele2/KPN.[1] Hetgeen de Hoge Raad in dit arrest overwoog, brengt volgens de voorzieningenrechter mee dat de Provincie ondubbelzinnig en niet voor misverstand vatbaar in haar aanbestedingsdocumentatie tot uitdrukking had dienen te brengen dat zij gebruik wenste te maken van een Bibob-screening, hetgeen zij niet heeft gedaan. De voorzieningenrechter concludeert daarom dat de Bibob-screening geen grond voor uitsluiting mocht vormen.

Wij zijn het geheel eens met de overweging van de voorzieningenrechter dat een inschrijver niet mag worden uitgesloten op een grond die niet op voorhand in de aanbestedingsdocumentatie is aangekondigd. Onterecht is naar onze mening echter de aanname van de voorzieningenrechter dat de Bibob-screening de grond vormde voor uitsluiting. De constatering dat eiseres (een) ernstige beroepsfout(en) had begaan (en een valse verklaring had afgelegd), heeft immers uiteindelijk tot uitsluiting geleid. De Bibob-screening heeft die ernstige beroepsfout(en) enkel aan het licht gebracht.

Beleidsregels 2008

1 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 («JAAN» 2013/6).

De voorzieningenrechter onderzoekt vervolgens of de Provincie terecht tot uitsluiting is overgegaan, voor het geval anders gedacht zou moeten worden over de vraag of de Bibob-screening tot uitsluiting mocht leiden. De voorzieningenrechter overweegt in dit verband eerst dat de Provincie de beleidsruimte die het Bao en het Aanbestedingsreglement werken 2005 haar bieden, heeft ingevuld met haar Beleidsregels 2008. De voorzieningenrechter oordeelt dat waar die Beleidsregels het karakter van zelfbinding hebben, de Provincie in geval van uitsluiting van een deelnemer verplicht is haar afweging aan de hand van de Beleidsregels te motiveren.

Het valt ons op dat de voorzieningenrechter hier vrijwel tussen neus en lippen door overweegt dat de Provincie de beleidsruimte heeft om art. 45 lid 3 Bao in te vullen; kennelijk is hierover tussen partijen geen debat gevoerd. In eerdere kwesties dit jaar kwam daarentegen uitdrukkelijk de vraag aan de orde of aanbestedende diensten überhaupt beschikken over ruimte om (naar eigen believen) invulling te geven aan het begrip 'ernstige beroepsfout'. Het Hof Den Haag heeft deze vraag in kort geding bevestigend beantwoord.[2] Het hof oordeelde dat de Europese Richtlijn 2004/18/EG de ruimte biedt aan de lidstaten om te doen wat de Nederlandse wetgever heeft gedaan, te weten de bepaling van art. 45 lid 2 van de richtlijn één op één overnemen in art. 45 lid 3 Bao, en het vervolgens aan de aanbestedende diensten over te laten om de uitsluitingsgronden nader in te vullen. Wij zijn het met dit oordeel niet eens; naar onze mening volgt uit Richtlijn 2004/18[3] en Europese jurisprudentie[4] dat de Nederlandse wetgever invulling dient te geven aan het begrip 'ernstige beroepsfout'. Het laatste woord is hierover in elk geval nog niet gezegd, nu tegen genoemd arrest cassatie is ingesteld.

Als (niettemin) wordt uitgegaan van voornoemd oordeel van het Hof Den Haag, rijst de vraag of de Provincie de facultatieve uitsluitingsgronden op de juiste wijze – door middel van de Beleidsregels 2008 – heeft ingevuld. Naar onze mening kunnen daarbij minst genomen vraagtekens worden geplaatst. Het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Beleidsregels 2008 relevant zijn, verhoudt zich namelijk niet goed met eerdergenoemd uitgangspunt van de Hoge Raad dat de te hanteren uitsluitingsgronden ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie moeten zijn vermeld. De Beleidsregels 2008 zijn immers niet uitdrukkelijk van toepassing verklaard in de aanbestedingsdocumentatie.

Het voorgaande laat onverlet dat wij het wenselijk en zelfs noodzakelijk achten dat voor inschrijvers op voorhand duidelijk is wanneer sprake is van een ernstige beroepsfout, zodat zij daarmee in hun inschrijving rekening kunnen houden. Aangezien op dit moment een nationaal (wettelijk) kader ontbreekt waarin invulling wordt gegeven aan het begrip 'ernstige beroepsfout', tasten inschrijvers daarover tot op heden (nagenoeg) in het duister. De Provincie probeerde op dit punt in haar Beleidsregels 2008 duidelijkheid te creëren. Dat moedigen wij in principe aan (als ervan zou worden uitgegaan dat het een aanbestedende dienst is toegestaan die invulling zelf te geven), maar dan dient de Provincie die Beleidsregels vervolgens wel ondubbelzinnig op haar aanbesteding van toepassing te verklaren (hetgeen zij niet heeft gedaan).

Indien een aanbestedende dienst in voorkomend geval nalaat om (in haar aanbestedingsdocumentatie) invulling te geven aan het begrip 'ernstige beroepsfout', menen wij dat (onder toepasselijkheid van het Bao) niet tot uitsluiting op deze grond mag worden overgegaan, omdat anders in strijd zou worden gehandeld met het transparantiebeginsel. Verschillende rechters denken daarover echter (helaas) anders, waaronder het Hof Den Haag in eerdergenoemd arrest.[5] Het hof

2 Hof Den Haag 3 september 2013, zaaknummers 200.126.056/01 en 200.127.146/01 («JAAN» 2013/172).
3 Art. 45 lid 2 en overwegingen 34 en 43 uit de considerans.
4 HvJ EU 9 februari 2006, gevoegde zaken C-226/04 en C-228/04, *La Cascina*.
5 Hof Den Haag 3 september 2013, zaaknummers 200.126.056/01 en 200.127.146/01 («JAAN» 2013/172).

oordeelde met betrekking tot een herroepelijke boete die de ACM had opgelegd vanwege overtreding van het kartelverbod uit de Mededingingswet, dat – hoewel het begrip 'ernstige beroepsfout' in de aanbestedingsdocumentatie niet was uitgewerkt en ook de wet en jurisprudentie op dit punt zwijgen – voor een redelijk geïnformeerde en oplettende inschrijver voldoende duidelijk moest zijn dat verboden kartelafspraken als ernstige beroepsfout zijn te kwalificeren. Deze conclusie verhoudt zich naar onze mening niet met het transparantiebeginsel en evenmin met de daaraan door de Hoge Raad in zijn arrest van 7 december 2012 gegeven uitwerking.[6]

Ook de toets die de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam recent uitvoerde, leidt naar onze mening tot strijd met het transparantiebeginsel en de rechtszekerheid.[7] De voorzieningenrechter toetste of naar zijn mening sprake was van 'onrechtmatig gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat invloed heeft op zijn professionele geloofwaardigheid, gewoonlijk gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst'.[8] Deze wijze van toetsing leidt ertoe dat het nog enkel van het individuele (en niet op voorhand kenbare) oordeel van de voorzieningenrechter afhangt of in voorkomend geval sprake is van een ernstige beroepsfout. Wij pleiten dan ook voor een verplichting voor de aanbestedende dienst om in zijn aanbestedingsdocumentatie uit te werken wanneer naar zijn oordeel sprake is van een ernstige beroepsfout (voor zover zulks zou zijn toegestaan, zie hetgeen wij hierover eerder opmerkten), zodat inschrijvers weten waar zij aan toe zijn en zij de aanbestedende dienst in hun inschrijving van de juiste informatie kunnen voorzien om een juiste en volledige afweging te kunnen maken.

Onder toepasselijkheid van de Aanbestedingswet 2012 wordt op dit punt overigens iets meer duidelijkheid gegeven; de Memorie van Toelichting geeft aan welke gedragingen in het algemeen als ernstige beroepsfout kunnen worden aangemerkt. Voor niet genoemde gedragingen geldt het voorgaande wat ons betreft op gelijke wijze: die behoren dan niet te leiden tot uitsluiting vanwege een ernstige beroepsfout.

Indringende resp. marginale toets

Terug naar de uitspraak. De voorzieningenrechter toetst uiteindelijk indringend en aan de hand van de Beleidsregels 2008 of de Provincie eiseres terecht heeft uitgesloten. Wij zijn het ermee eens dat de kwalificatie van een gedraging als ernstige beroepsfout indringend dient te worden getoetst, omdat de aanbestedende dienst op dit punt nauwelijks beoordelingsvrijheid toekomt (althans behoort toe te komen). Aan de hand van de wet en hetgeen de aanbestedingsdocumentatie bepaalt, zal de rechter daarom moeten vaststellen of een aanbestedende dienst terecht heeft geconcludeerd of de betreffende ondernemer een ernstige beroepsfout heeft begaan. Zou dit slechts marginaal worden getoetst, dan zou dat (inderdaad) kunnen leiden tot onwillekeurige uitsluiting van onwelgevallige ondernemers.

De uitkomst van de uitgevoerde proportionaliteitstoets kan daarentegen slechts marginaal worden getoetst, omdat de aanbestedende dienst dienaangaande juist wél beoordelingsvrijheid toekomt.[9]

Dát er in het geval van aanwezigheid van een facultatieve uitsluitingsgrond een proportionaliteitstoets dient plaats te vinden, lijkt overigens niet (meer) ter discussie te kunnen staan, zo blijkt uit bestendige jurisprudentie die is gewe-

6 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 («JAAN» 2013/6).

7 Vzr. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535 («JAAN» 2013/126, rov. 4.9 e.v. en Vzr. Rb. Rotterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381 («JAAN» 2013/206), rov. 4.9 e.v.

8 De voorzieningenrechter sloot hier aan bij het HvJEU in het *Forposta*-arrest van 13 december 2012, zaak C-465/11 («JAAN» 2013/4).

9 Zie onder meer Hof Den Haag 3 september 2013, zaaknummers 200.126.056/01 en 200.127.146/01 («JAAN» 2013.172), rov. 3.8; Vzr. Rb. Noord-Holland 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7584 («JAAN» 2013/184), rov. 4.13; Vzr. Rb. Maastricht 25 februari 2010, LJN BL5678, rov. 3.6.3; Vzr. Rb. Maastricht 9 maart 2006, LJN AV4205, rov. 3.4.

zen onder toepasselijkheid van het Bao.[10] In de Aanbestedingswet 2012 is bovendien een bepaling opgenomen, op basis waarvan de aanbestedende dienst niet alleen in geval van een facultatieve uitsluitingsgrond, maar ook in geval van een dwingende uitsluitingsgrond de ruimte heeft om in de in dat artikel genoemde situaties niet tot uitsluiting over te gaan.[11] Dat de aanbestedende dienst deze ruimte heeft, vinden wij terecht, nu de uitsluitingsgronden dienen ter bescherming van de aanbestedende dienst. Indien die bescherming niet nodig is, kan uitsluiting achterwege blijven.

C.H. van Hulsteijn en P.F.C. Heemskerk
Advocaten bij CMS Derks Star Busmann