

Uitsluiting ter vermindering van integriteitsrisico's

Rechtbank Amsterdam
 19 november 2018, C/13/654709 / KG ZA
 18-1011, ECLI:NL:RBAMS:2018:9689
 (mr. F.B. Bakels)
 Noot mr. M.W. Speksnijder, mr. E.J.M.
 Breeders

**Uitsluiting. Facultatieve uitsluitingsgronden.
 Ernstige fout in de uitoefening van het
 beroep.**

[Aanbestedingsreglement Werken 2016 art.
 2.13.7, art. 2.13.8]

Op 23 maart 2018 heeft de gemeente Amsterdam (hierna: de gemeente) een Europese openbare aanbesteding voor het werk "Inkoop en aanplant met nazorg van bomen" gepubliceerd.

Infra Dam Amsterdam B.V. (hierna: Infra Dam) heeft ingeschreven op één van de percelen waarin het werk was opgedeeld.

De huidige aandeelhouders van Infra Dam hebben die aandelen op 1 januari 2018 gekocht van voormalig aandeelhouder en diens echtgenote. De aandelen zijn pas veel later, op 7 september 2018, geleverd. Voormalig aandeelhouder was tot 28 april 2015 tevens bestuurder van Infra Dam.

De naam van voormalig aandeelhouder is opgedoken in onderzoek naar omkoping van ambtenaren van de gemeente, dat vanaf 2015 door de Rijksrecherche en Bureau Integriteit van de gemeente is verricht. In die onderzoeken is geconstateerd dat voormalig aandeelhouder in de periode van 2008 tot en met maart 2016 een aantal ambtenaren heeft bevoordeeld.

Op 19 juli 2018 heeft de gemeente Infra Dam schriftelijk geïnformeerd dat het college van B en W haar heeft uitgesloten van gunning van het werk. Als reden voor die uitsluiting heeft de gemeente gegeven dat Infra Dam heeft verzuimd bij haar inschrijving te vermelden dat er een strafrechtelijk onderzoek naar haar bedrijf loopt, en zij over dat feit ook niet in gesprek is getreden met de gemeente.

Infra Dam heeft bezwaar gemaakt tegen haar uitsluiting van de gunning. Zij stelt dat al haar banden met voormalig aandeelhouder zijn doorgesneden en dat daarmee het integriteitsrisico is weggenomen.

Integriteitsrisico

De gemeente baseert haar beslissing op informatie van de Rijksrecherche en op onderzoek van haar eigen Bureau Integriteit. Die informatie komt er kort gezegd op neer dat voormalig aandeelhouder via NL '81 Infra verschillende cadeaus heeft gegeven aan vier ambtenaren, en dat in ieder geval één van die ambtenaren geheim te houden informatie over een aanbesteding heeft gedeeld met voormalig aandeelhouder. Met "een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep" wordt elk onrechtmatig gedrag bedoeld dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer, omkoping van gemeentambtenaren valt daar zeker onder. Overigens levert omkoping ook oneerlijke concurrentie op. De omstandigheid dat nog geen strafrechtelijke veroordeling is uitgesproken, is niet relevant. De gemeente kan een ernstige fout in de uitoefening van het beroep ook aannemelijk maken door te wijzen op door de bevoegde autoriteiten ingesteld strafrechtelijk onderzoek of ingestelde strafvervolg (art. 5 lid 6 Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten (hierna: BIO)). Het onderzoek van de Rijksrecherche valt in ieder geval hieronder.

De gemeente mocht de gedragingen van voormalig aandeelhouder betrekken bij haar beoordeling of sprake is van een integriteitsrisico bij Infra Dam

(art. 2 lid 2 van de BIO). Voormalig aandeelhouder heeft immers als bestuurder leiding gegeven aan Infra Dam en als aandeelhouder zeggenschap gehad over die vennootschap.

Terugkijktermijn

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een integriteitsrisico, mag de aanbestedende dienst uitsluitend ernstige fouten betrekken die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan (art. 2.13.7, aanhef en onder c, jo. art. 2.13.8, aanhef en onder b, ARW 2016). Infra Dam heeft op de aanbesteding ingeschreven tussen 23 maart 2018 (de datum van publicatie van de aanbesteding) en 9 mei 2018 (de datum van opening van de inschrijvingen). In ieder geval mag dus worden teruggekeken tot 9 mei 2015.

Op grond van de overgelegde rapportages is aannemelijk dat voormalig aandeelhouder een aantal forse giften heeft gedaan aan ambtenaren die vallen binnen de terugkijktermijn van drie jaar. In totaal beroept de gemeente zich op twaalf giften van voormalig aandeelhouder aan haar ambtenaren over een periode van twee jaar, vanaf maart 2014. In zoverre is dan ook sprake van een patroon. Voor zover ernstige beroepsfouten – mogelijk zelfs strafbare feiten – passen binnen een patroon mag de gemeente die ook betrekken bij haar beslissing tot uitsluiting voor zover deze vallen vóór de terugkijktermijn, mits – zoals in dit geval – een gedeelte van die fouten is gemaakt binnen de terugkijktermijn en voldoende samenhang tussen de verwijten aanwezig is om dit "terugkijken" te rechtvaardigen.

Toetsingsmoment

Infra Dam stelt, onder verwijzing naar het bepaalde in het bestek dat de vraag of op een inschrijver een integriteitsrisico van toepassing is, moet worden getoetst op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Die datum zal in ieder geval ná 7 september 2018 liggen, de datum waarop met de levering van de aandelen de laatste band tussen voormalig aandeelhouder en Infra Dam is doorgesneden.

Deze stelling wordt verworpen. Het genoemde artikel moet aldus worden begrepen dat het toetsingsmoment dat van de voorlopige gunning is. De contractsluiting volgt namelijk pas na de definitieve gunning. Nadien heeft de aanbestedende

dienst niet meer de mogelijkheid om de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen als de winnaar de integriteitstoets niet doorstaat. Dit gevolg kan met de genoemde bepaling niet zijn beoogd. De beslissing tot voorlopige gunning aan Donkergröen is genomen in juni 2018. Op dat moment was voormalig aandeelhouder nog eigenaar, samen met zijn echtgenote, van alle aandelen in Infra Dam. Binnen een vennootschap is de algemene vergadering van aandeelhouders de hoogste macht. Infra Dam was op het moment van toetsing dan ook nog gelieerd aan voormalig aandeelhouder en NL '81 Infra in de zin van artikel 2 lid 2 van de BIO.

Door Infra Dam getroffen maatregelen

Om het integriteitsrisico weg te nemen, is voormalig aandeelhouder afgetreden als bestuurder van Infra Dam en hebben hij en zijn echtgenote alle aandelen in die vennootschap verkocht en geleverd. Daarnaast is Infra Dam voornemens een gedragscode te implementeren die de integriteit van haar onderneming moet bevorderen. De Gemeente acht uitsluiting van Infra Dam van gunning gerechtvaardigd, ondanks de getroffen maatregelen. Zij wordt daarin gevolgd. Haar beslissing tot uitsluiting van Infra Dam, die slechts marginaal kan worden getoetst, komt niet onbegrijpelijk – en zelfs alleszins begrijpelijk – voor. Het is voor de Gemeente als overheidslichaam immers van zeer groot belang dat ondernemingen waarmee zij samenwerkt, betrouwbaar zijn. De aan hen gegunde opdrachten worden immers betaald uit publieke middelen. De Gemeente heeft er dan ook een gerechtvaardigd belang bij om iedere mogelijke indruk te voorkomen dat zij zaken doet met een onderneming die, direct of indirect, betrokken is geweest bij omkoping van haar ambtenaren.

Inconsequent beleid

Infra Dam heeft melding gemaakt van een aantal opdrachten die haar de afgelopen jaren door de gemeente zijn verstrekt. Twee van die opdrachten dateren echter uit 2016, toen de gemeente nog niet beschikte over alle informatie die zij nu wel heeft. Twee verzoeken tot het uitbrengen van een offerte dateren van mei en juni 2018, kort voordat het besluit tot uitsluiting werd genomen. Pas sinds dat besluit is genomen, wordt Infra Dam niet langer uitgenodigd om offertes uit te brengen. Een verzoek van het Ingenieursbureau Am-

sterdam om bepaalde documenten te hernieuwen zodat Infra Dam uitnodigingen via de zogenoemde groslijst kan blijven ontvangen, is op zichzelf onvoldoende om bij Infra Dam het gerechtvaardigde vertrouwen te wekken dat de gemeente op dit moment nog zaken met haar wil doen. Deze feiten, ook wanneer die in samenhang worden gezien, doen echter niet af aan de in deze aanbestedingszaak door de gemeente genomen beslissing en leveren geen schending op van het vertrouwensbeginsel.

Conclusie

De gemeente heeft op alleszins begrijpelijke gronden beslist tot uitsluiting van Infra Dam. De vordering, die ertoe strekt die uitsluiting ongedaan te maken en het werk aan Infra Dam te gunnen, is dan ook niet toewijsbaar.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

INFRA DAM AMSTERDAM B.V.,

gevestigd te Amstelveen,

eiseres bij dagvaarding van 26 september 2018,

advocaat mr. J. Haest en mr. R.D. Chee te 's-Gravenhage,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE AMSTERDAM,

zetelend te Amsterdam,

gedaagde,

advocaten mr. M.H. de Vries en mr. E. van der Hoeven te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Infra Dam en de Gemeente worden genoemd.

1. De procedure

Ter zitting van 5 november 2018 heeft Infra Dam gesteld en gevorderd overeenkomstig de in kopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. De Gemeente heeft een conclusie van antwoord ingediend en verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorzieningen. Beide partijen hebben producties in het geding gebracht en hun standpunten nader toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aan de zijde van Infra Dam aanwezig [naam aandeelhouder] (aandeelhouder) en mr. Haest. Aan de zijde van de Gemeente waren aanwezig mr. Van der Hoeven en mr. De Vries.

2. De feiten

2.1. Op 23 maart 2018 heeft de Gemeente een Europese openbare aanbesteding voor het werk "Inkoop en aanplant met nazorg van bomen" gepubliceerd.

2.2. In artikel 0.04.4 van het bestek heeft de Gemeente haar beleid zoals vastgelegd in de Beleidsregel Integriteit en Overeenkomsten (hierna: de BIO) van toepassing verklaard op de aanbesteding en de te sluiten Raamovereenkomst. De BIO bevat voor zover hier van belang de volgende bepalingen:

"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 er sprake is van een integriteitsrisico betrekken. Onder gelieerde partijen worden in ieder geval verstaan personen of partijen die:

– direct of indirect leiding aan Partij geven of hebben gegeven;

(...)

– over Partij zeggenschap hebben of hebben gehad;

(...)

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

(...)

– een Partij uit te sluiten van de kans op gunning van een overheidsopdracht (...)

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 leidinggeven of sleutelpersoneel bij het Integriteitsrisico.

(...)

Artikel 5 (Facultatieve uitsluitingsgronden)

1. Bij Aanbestedingen en bij overige Overeenkomsten waaronder Vastgoedtransacties 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 beroepsregels of een ernstige fout in de uitoefening van het beroep heeft gedaan.

(...)

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, toezichtsregels, gedragsregels of gedragscodes;

(...)

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.

(...)

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

(...)

g. door te wijzen op door de bevoegde autoriteiten ingesteld strafrechtelijk onderzoek of strafvervolgning."

2.3. Artikel 01.29.01 lid 02 van het bestek luidt als volgt:

"De aannemer heeft, door het doen van een inschrijving, verklaard dat op het moment van het sluiten van deze Overeenkomst geen integriteitsrisico op hem van toepassing is. Onder integriteitsrisico wordt verstaan:

a) Het door de aannemer verrichten van gedragingen c.q. het plegen van of deelnemen aan misdrijven of overtredingen als vermeld in artikel 4 en 5 van de BIO. (...)"

2.4. Op de aanbesteding is ook het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (ARW 2016) van toepassing verklaard. De hier relevante bepalingen daarvan luiden als volgt:

“(…)

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; (...)”

2.5. Infra Dam heeft ingeschreven op één van de percelen waarin het werk was opgedeeld.

2.6. De huidige aandeelhouders van Infra Dam hebben die aandelen op 1 januari 2018 gekocht van [voormalig aandeelhouder] en diens echtgenote. De aandelen zijn pas veel later, op 7 september 2018, geleverd. [voormalig aandeelhouder] was tot 28 april 2015 tevens bestuurder van Infra Dam.

2.7. De naam van [voormalig aandeelhouder] is opgedoken in onderzoek naar omkoping van ambtenaren van de Gemeente, dat vanaf 2015 door de Rijksrecherche en Bureau Integriteit van de Gemeente is verricht. In die onderzoeken is geconstateerd dat [voormalig aandeelhouder] in de periode van 2008 tot en met maart 2016 een aantal ambtenaren heeft bevoordeeld met onder meer de volgende giften:

- een badkamer ter waarde van ongeveer € 24.000,00;
- een Samsung televisie ter waarde van ongeveer € 1.700,00;
- een badkamer ter waarde van ongeveer € 6.200,00;
- een airco installatie ter waarde van ongeveer € 7.600,00;
- zonnepanelen, dakvernieuwing en ledverlichting ter waarde van ongeveer € 6.000,00;
- een iPad, waarvan de waarde ligt tussen ongeveer € 380,00 en € 630,00;
- een set autobanden ter waarde van ongeveer € 1.000,00.

De onderzoekers hebben vastgesteld dat in ieder geval één van deze ambtenaren gevoelige aanbestedingsinformatie heeft gedeeld met NL '81 Infra B.V., een vennootschap van [voormalig aandeelhouder].

2.8. In een brief van de Gemeente van 12 juni 2018 aan Infra Dam, ter attentie van [voormalig aandeelhouder], staat dat onderzoek van Bureau Integriteit van de Gemeente grond biedt aan het vermoeden dat Infra Dam gelieerd is aan NL '81 Infra. De Gemeente heeft Infra Dam verzocht te reageren op de veronderstelde band tussen Infra Dam en NL '81 Infra, en haar uitgenodigd voor een gesprek.

2.9. In een brief van 18 juni 2018 heeft Infra Dam geantwoord dat [voormalig aandeelhouder] op 9 december 2014 is uitgeschreven als enig aandeelhouder en vanaf 28 april 2015 is afgetreden als directeur en dat hij, nu hij niet langer bevoegd was Infra Dam te vertegenwoordigen, geen gehoor kon geven aan de uitnodiging voor een gesprek.

In een aanvullende brief van 3 juli 2018 heeft Infra Dam geschreven dat [voormalig aandeelhouder] sinds 9 december 2014 niet langer haar enige aandeelhouder was, dat hij zijn resterende aandelen per 1 januari 2018 heeft verkocht aan twee nieuwe aandeelhouders en dat die aandelen korte tijd later zullen worden geleverd aan de kopers.

2.10. In juni 2018 is de opdracht tot het werk voorlopig gegund aan Donkergroen B.V.

2.11. Op 19 juli 2018 heeft de Gemeente Infra Dam schriftelijk geïnformeerd dat het college van Burgemeester en Wethouders haar heeft uitgesloten van gunning van het werk. Als reden voor die uitsluiting heeft de Gemeente gegeven dat Infra Dam heeft verzuimd bij haar inschrijving te vermelden dat er een strafrechtelijk onderzoek naar haar bedrijf loopt, en zij over dat feit ook niet in gesprek is getreden met de Gemeente.

2.12. Infra Dam heeft bezwaar gemaakt tegen haar uitsluiting van de gunning. Zij heeft – kort gezegd – haar standpunt herhaald dat al haar banden met [voormalig aandeelhouder] zijn doorgesneden en dat daarmee het integriteitsrisico is weggenomen. De uitwisseling van standpunten heeft de Gemeente niet op andere gedachten gebracht.

3. Het geschil

3.1. Infra Dam vordert, kort gezegd, primair de Gemeente te verbieden uitvoering te geven aan haar voornemen tot gunning aan Donkergroen en haar te gebieden – voor zover zij het werk nog wenst op te dragen – het werk aan Infra Dam op te dragen, alles op straffe van verbeurte van dwangsommen. Subsidiair vordert Infra Dam

passende maatregelen te treffen en daaraan zo nodig een dwangsom te verbinden. In alle gevallen vordert Infra Dam veroordeling van de Gemeente in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met rente.

3.2. De Gemeente voert verweer.

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

4. De beoordeling

Opmerkingen vooraf

4.1. Niet bestreden is dat Infra Dam in de aanbestedingsprocedure de beste prijs-kwaliteitsverhouding op basis van de laatste fictieve inschrijvingssom heeft geboden, met Donkergroen als tweede, en dat Infra Dam de opdracht zou hebben gekregen als zij niet zou zijn uitgesloten wegens de gestelde banden met NL '81 Infra.

4.2. In de brief van 19 juli 2018, waarin het besluit van de Gemeente tot uitsluiting van Infra Dam is vastgelegd, wordt gesproken over een strafrechtelijk onderzoek naar "haar bedrijf". Voor zover bekend loopt er tegen Infra Dam geen strafrechtelijk onderzoek. Het gaat hier om een vergissing. Bedoeld is het onderzoek naar [voormalig aandeelhouder]/NL '81 Infra en dat is Infra Dam ook kort daarna meegeedeeld.

Het integriteitsrisico

4.3. Het staat de Gemeente vrij, ter vermindering van integriteitsrisico's, een inschrijver uit te sluiten van de kans op gunning van de door haar aanbestede opdracht als die inschrijver een ernstige fout in de uitoefening van haar beroep heeft gemaakt.

4.4. De Gemeente baseert haar beslissing op informatie van de Rijksrecherche en op onderzoek van haar eigen Bureau Integriteit. Die informatie komt er kort gezegd op neer dat [voormalig aandeelhouder] via NL '81 Infra verschillende cadeaus heeft gegeven aan vier ambtenaren, en dat in ieder geval één van die ambtenaren geheim te houden informatie over een aanbesteding heeft gedeeld met [voormalig aandeelhouder]. Met "een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep" wordt elk onrechtmatig gedrag bedoeld dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer (HvJEU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 ([naam partij])). Omkoping van gemeenteambtenaren valt daar zeker onder. Overigens levert

omkoping ook oneerlijke concurrentie op. De omstandigheid dat nog geen strafrechtelijke veroordeling is uitgesproken, is niet relevant. De Gemeente kan een ernstige fout in de uitoefening van het beroep ook aannemelijk maken door te wijzen op door de bevoegde autoriteiten ingesteld strafrechtelijk onderzoek of ingestelde strafvervolgning (artikel 5 lid 6 BIO). Het onderzoek van de Rijksrecherche valt in ieder geval hieronder.

4.5. De Gemeente mocht de gedragingen van [voormalig aandeelhouder] betrekken bij haar beoordeling of sprake is van een integriteitsrisico bij Infra Dam (artikel 2 lid 2 van de BIO). [voormalig aandeelhouder] heeft immers als bestuurder leiding gegeven aan Infra Dam en als aandeelhouder zeggenschap gehad over die vennootschap.

Terugkijktermijn

4.6. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een integriteitsrisico, mag de aanbestedende dienst uitsluitend ernstige fouten betrekken die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan (artikel 2.13.7, aanhef en onder c, jo. 2.13.8, aanhef en onder b, ARW 2016). Infra Dam heeft op de aanbesteding ingeschreven tussen 23 maart 2018 (de datum van publicatie van de aanbesteding) en 9 mei 2018 (de datum van opening van de inschrijvingen). In ieder geval mag dus worden teruggekeken tot 9 mei 2015.

4.7. Op grond van de overgelegde rapportages is aannemelijk dat [voormalig aandeelhouder] in juli 2015 een badkamer ter waarde van ongeveer € 6.200,00 heeft gekocht en doen installeren ten behoeve van één van de ambtenaren van de Gemeente; dat hij in de periode oktober tot en met december 2015 ten behoeve van een andere ambtenaar zes zonnepanelen en ledverlichting ter waarde van ongeveer € 6.000,00 heeft gekocht en doen installeren, en dat hij die ambtenaar in maart 2016 nog drie extra zonnepanelen ter waarde van ongeveer € 2.000,00 heeft beloofd. Op de dag van de facturering aan NL '81 Infra is bij de onderneming van die vennootschap een doorzoeking uitgevoerd in het kader van de verdenking van ambtelijke omkoping; uiteindelijk lijkt de betrokken ambtenaar vervolgens de hiervoor bedoelde zonnepanelen zelf te hebben betaald. De rapportages bevatten verder aanwijzingen dat [voormalig aandeelhouder] in oktober 2015 ook een reis naar Turkije cadeau heeft gedaan aan

deze ambtenaar. Al deze forse giften vallen binnen de terugkijktermijn van drie jaar.

4.8. In totaal beroept de Gemeente zich op twaalf giften van [voormalig aandeelhouder] aan haar ambtenaren over een periode van twee jaar, vanaf maart 2014. In zoverre is dan ook sprake van een patroon. Voor zover ernstige beroepsfouten – mogelijk zelfs strafbare feiten – passen binnen een patroon mag de Gemeente die ook betrekken bij haar beslissing tot uitsluiting voor zover deze vallen vóór de terugkijktermijn, mits – zoals in dit geval – een gedeelte van die fouten is gemaakt binnen de terugkijktermijn en voldoende samenhang tussen de verwijten aanwezig is om dit ‘terugkijken’ te rechtvaardigen.

Toetsingsmoment

4.9. Infra Dam stelt, onder verwijzing naar het bepaalde in artikel 01.29.01 lid 02 van het bestek (zie onder 2.3) dat de vraag of op een inschrijver een integriteitsrisico van toepassing is, moet worden getoetst op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Die datum zal in ieder geval ná 7 september 2018 liggen, de datum waarop met de levering van de aandelen de laatste band tussen [voormalig aandeelhouder] en Infra Dam is doorsneden. De Gemeente hoeft er dus niet voor te vrezen dat zij een contract sluit met een niet-integere partij, aldus Infra Dam.

4.10. Deze stelling wordt verworpen. Het genoemde artikel moet aldus worden begrepen dat het toetsingsmoment dat van de voorlopige gunning is. De contractsluiting volgt namelijk pas na de definitieve gunning. Nadien heeft de aanbestedende dienst niet meer de mogelijkheid om de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen als de winnaar de integriteitstoets niet doorstaat. Dit gevolg kan met de genoemde bepaling niet zijn beoogd.

4.11. De beslissing tot voorlopige gunning aan Donkergroen is genomen in juni 2018. Op dat moment was [voormalig aandeelhouder] nog eigenaar, samen met zijn echtgenote, van alle aandelen in Infra Dam. Binnen een vennootschap is de algemene vergadering van aandeelhouders de hoogste macht. Infra Dam was op het moment van toetsing dan ook nog gelieerd aan [voormalig aandeelhouder] en NL 81' Infra in de zin van artikel 2 lid 2 van de BIO.

Door Infra Dam getroffen maatregelen

4.12. Om het integriteitsrisico weg te nemen, is [voormalig aandeelhouder] afgetreden als bestuurder van Infra Dam en hebben hij en zijn echtgenote alle aandelen in die vennootschap verkocht en geleverd. Daarnaast is Infra Dam voornemens een gedragscode te implementeren die de integriteit van haar onderneming moet bevorderen.

4.13. De Gemeente acht uitsluiting van Infra Dam van gunning gerechtvaardigd, ondanks de getroffen maatregelen. Zij wordt daarin gevolgd. Haar beslissing tot uitsluiting van Infra Dam, die slechts marginaal kan worden getoetst, komt niet onbegrijpelijk – en zelfs alleszins begrijpelijk – voor. Het is voor de Gemeente als overheidslichaam immers van zeer groot belang dat ondernemingen waarmee zij samenwerkt, betrouwbaar zijn. De aan hen gegunde opdrachten worden immers betaald uit publieke middelen. De Gemeente heeft er dan ook een gerechtvaardigd belang bij om iedere mogelijke indruk te voorkomen dat zij zaken doet met een onderneming die, direct of indirect, betrokken is geweest bij omkoping van haar ambtenaren.

4.14. Ten overvloede wordt voorts nog overwogen dat de integriteit van [naam aandeelhouder], de huidige aandeelhouder van Infra Dam, niet in het geding is. De Gemeente plaatst nog wél een vraagteken bij de herkomst van de gelden waarmee de overname van de aandelen is gefinancierd. Indien Infra Dam weer inschrijft bij een volgende aanbesteding, zal de Gemeente daarnaar onderzoek verrichten. Als dan blijkt dat de gelden niet bij [voormalig aandeelhouder] of een door hem gecontroleerde vennootschap afkomstig zijn, zullen de eerdere banden met [voormalig aandeelhouder] voor de Gemeente dan geen reden meer zijn om Infra Dam uit te sluiten van gunning.

Inconsequent beleid

4.15. Infra Dam heeft melding gemaakt van een aantal opdrachten die haar de afgelopen jaren door de Gemeente zijn verstrekt. Twee van die opdrachten dateren echter uit 2016, toen de Gemeente nog niet beschikte over alle informatie die zij nu wel heeft. Twee verzoeken tot het uitbrengen van een offerte dateren van mei en juni 2018, kort voordat het besluit tot uitsluiting werd genomen. Pas sinds dat besluit is genomen, wordt Infra Dam niet langer uitgenodigd om offertes uit te brengen. Een verzoek van het Ingenieursbureau

Amsterdam om bepaalde documenten te hernieuwen zodat Infra Dam uitnodigingen via de zogenoemde groslijst kan blijven ontvangen, is op zichzelf onvoldoende om bij Infra Dam het gerechtvaardigde vertrouwen te wekken dat de Gemeente op dit moment nog zaken met haar wil doen. Over de recente uitnodiging voor een andere meervoudige onderhandse aanbesteding – die Infra Dam stelt te hebben ontvangen op de vrijdag vóór de zitting – is de advocaten van de Gemeente niets bekend. Zij stellen dat de Gemeente navraag zal doen en zo nodig intern maatregelen zal treffen. Deze feiten, ook wanneer die in samenhang worden gezien, doen echter niet af aan de in deze aanbestedingszaak door de Gemeente genomen beslissing en leveren geen schending op van het vertrouwensbeginsel.

Conclusie

4.16. De gemeente heeft op alleszins begrijpelijke gronden beslist tot uitsluiting van Infra Dam. De vordering, die ertoe strekt die uitsluiting ongedaan te maken en het werk aan Infra Dam te gunnen, is dan ook niet toewijsbaar.

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

- griffierecht € 626,00
 - salaris advocaat 980,00
- Totaal € 1.606,00

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,

5.2. veroordeelt Infra Dam in de proceskosten, aan de zijde van de Gemeente tot op heden begroot op € 1.606,00,

5.3. veroordeelt Infra Dam in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 voor salaris advocaat, te vermeerderen met € 82,00 en de kosten van het betekeningsexploitatie ingeval betekening van dit vonnis plaatsvindt,

5.4. verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Beleid over de ernstige fout ontslaat aanbestedende dienst (niet) van toets Forposta

In deze zaak ligt de beslissing van de gemeente Amsterdam ("de gemeente") voor om Infra Dam uit te sluiten van deelname aan een aanbestedingsprocedure op grond van de facultatieve uitsluitingsgrond "ernstige fout". Dit, op grond van een lopend strafrechtelijk onderzoek naar de aan Infra Dam gelieerde vennootschap, NL '81 Infra, en diens aandeelhouder ("X"). X hield op het moment van inschrijven alle aandelen in Infra Dam.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de gemeente Infra Dam terecht van deelname aan de aanbesteding heeft uitgesloten, omdat X ervan wordt verdacht via NL '81 Infra vier ambtenaren van de gemeente in totaal twaalf keer te hebben omgekocht in de periode maart 2014 tot en met maart 2016. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kwalificeert de omkoping door X via NL '81 Infra als ernstige fout van Infra Dam in de zin van artikel 2.13.7 Aanbestedingsreglement Werken 2016 (en dus ook art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012), nu dergelijk onrechtmatig handelen zonder meer van invloed is op diens professionele geloofwaardigheid.

Hoewel ambtelijke omkoping natuurlijk een ernstige kwestie is die twijfel aan de integriteit van de betrokken onderneming rechtvaardigt, is het ons inziens maar de vraag of in het onderhavige geval wel wordt voldaan aan de wettelijke voorwaarden voor uitsluiting van *Infra Dam* op grond van de facultatieve uitsluitingsgrond "ernstige fout", althans is het de vraag of uitsluiting van *Infra Dam* wel proportioneel is. Naar onze mening zijn de gedragingen die door X zijn verricht namens NL '81 Infra namelijk niet zonder meer aan *Infra Dam* toe te rekenen. Bovendien hebben de gedragingen waar de gemeente zich op beroept grotendeels buiten de terugkijktermijn van drie jaar plaatsgevonden, is X als bestuurder van *Infra Dam* al lang uit beeld en zal de zeggenschap van X als aandeelhouder van *Infra Dam* mogelijk nog voor definitieve gunning volledig zijn doorbroken. Daarbij komt dat het maar zeer de vraag is of de huidige bestuurder van *Infra Dam* überhaupt van het strafrechtelijk onderzoek op de hoogte was. De voorzieningenrechter besteedt hier niet tot nauwelijks aandacht aan en lijkt nagenoeg uitsluitend te toetsen aan het Beleid Integriteit en Overeenkomsten (BIO) van de gemeente, terwijl dat beleid naar onze mening op

sommige punten de wettelijke kaders te buiten gaat.

Juridisch kader ernstige fout

Ingevolge artikel 2.87 lid 1 aanhef en sub c Aw 2012 kan een aanbestedende dienst een inschrijver van deelneming aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, indien hij annemelijk maakt dat de inschrijver een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep heeft gemaakt, als gevolg waarvan zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken. De Europese wetgever heeft de invulling van het begrip "ernstige fout" overgelaten aan de lidstaten.¹ De Nederlandse wetgever heeft het op haar beurt weer aan de aanbestedende diensten overgelaten.² Dientengevolge is het aan de aanbestedende diensten om het begrip "ernstige fout" op niet voor misverstand vatbare en ondubbelzinnige wijze in te vullen in de aanbestedingsstukken.³

Het HvJ EU heeft het begrip ernstige fout nader uitgewerkt in het *Forposta*⁴-arrest. De voorzieningenrechter verwijst naar dit arrest, maar gaat daarbij niet in op het feit dat in voornoemd arrest is gespecificeerd dat onrechtmatig handelen dat van invloed is op de professionele geloofwaardigheid van een marktdeelnemer niet altijd voldoende is voor een "ernstige fout"; er is dan mogelijk slechts sprake van een "fout". Een ernstige fout ziet gewoonlijk op "*gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer*", welk gedrag dan ook "*in concreto en individueel*" moet worden beoordeeld.⁵ Nu de ernstige fout een open norm

blijft die voor meerdere uitleg vatbaar is, schrijft de Gids Proportionaliteit voor dat aanbestedende diensten zeer restrictief dienen om te gaan met toepassing van deze uitsluitingsgrond.⁶

BIO – invulling ernstige fout

De gemeente heeft in het BIO invulling gegeven aan het begrip "ernstige fout". Artikel 4 van het BIO bevat een opsomming van ruim geformuleerde gedragingen die de gemeente aanmerkt als ernstige fouten. De vraag is of de gemeente met deze ruime beschrijvingen heeft voldaan aan de op haar rustende verplichting om op ondubbelzinnige en niet voor misverstand vatbare wijze invulling te geven aan de uitsluitingsgronden. Gesteld zou kunnen worden dat voor inschrijvers niet op voorhand precies duidelijk is welke gedragingen onder de ruime begrippen vallen en welke niet. Niettemin kunnen wij het oordeel van de voorzieningenrechter dat de ambtelijke omkoping in het onderhavige geval valt te scharen onder "*het begaan van gedragingen in strijd met voor het beroep of bedrijf van Partij relevante wet- en regelgeving, mededingingsrecht, tuchtregels, toezichtsregels, gedragsregels of gedragscodes*", dan wel "*alle andere delicten en gedragingen of omstandigheden die naar hun aard zijn aan te merken als ernstige fout in de uitoefening van het beroep*" volgen.

De gemeente heeft in artikel 2 BIO gespecificeerd dat bij de beoordeling van de ernstige fout ook handelingen van onder meer (voormalig) bestuurders, aandeelhouders, zakenpartners, groepsmaatschappijen en belangrijke werknemers zullen worden betrokken. Hoewel in artikel 2.8 van de toelichting op het BIO expliciet is vermeld dat de gemeente met het BIO niet beoogt verder te gaan dan waartoe zij op grond van de Aw 2012 verplicht is, menen wij dat het BIO hier op een aantal onderdelen de wettelijke kaders overschrijdt. Anders dan voor dwingende uitsluitingsgronden,⁷ kent de Aw 2012 voor facultatieve uitsluitingsgronden namelijk niet de mogelijkheid gedragingen van bestuurders, leidinggeven en toezichthouders bij de beoordeling daarvan te betrekken. Niettemin heeft het HvJ EU in

1 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04 (La Cascina), pt. 21, HvJ EU 10 juli 2014, C-358/12 (Consorzio Stabile), pt. 35, HvJ EU 14 december 2016, C-171/15 (Connexion Taxi Services), pt. 29, en HvJ EU 20 december 2017, C-178/16 (Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and RTI Mantovani e Guerrato), pt. 30.

2 Vergelijk bijvoorbeeld art. 45 lid 2 sub d van Richtlijn 2004/18/EG en art. 57 lid 4 sub c Richtlijn 2014/24/EU.

3 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:BW9233, rov. 3.6.4.

4 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta).

5 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta), pt. 27 t/m 31.

6 Gids Proportionaliteit, 1^e herziening, april 2016, vrs. 3.5A, p. 38.

7 Art. 2.86 lid 3 Aw 2012.

2017 (dus ruim na publicatie van het BIO in 2015) geoordeeld dat gedragingen van voormelde functionarissen eveneens bij de beoordeling van de facultatieve uitsluitingsgronden kunnen worden betrokken, omdat *“rechtspersonen door tussenkomst van hun vertegenwoordigers handelen”*.⁸ Dientengevolge mag de gemeente gedragingen van bestuurders, leidinggevend en toezichthouders wel bij de beoordeling van de ernstige fout betrekken, maar dienen gedragingen van (oud) zakenpartners, groepsmaatschappijen of belangrijke werknemers buiten beeld te blijven.⁹

Verder valt op dat in voornoemd artikel 2 BIO een beperking in tijd ontbreekt. Onduidelijk is daarvoor welke voormalig functionarissen de gemeente bij de beoordeling van de ernstige fout zal betrekken, hetgeen eveneens op gespannen voet staat met het gelijkheids- en daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Nu het BIO niet beoogt verder te gaan dan de Aw 2012, zou op dit punt aansluiting gezocht kunnen worden bij de termijn die in het kader van de Gedragsverklaring Aanbesteden (GVA) wordt gehanteerd. De GVA die als bewijs dient voor de afwezigheid van de dwingende en een aantal facultatieve uitsluitingsgronden,¹⁰ strekt zich slechts uit tot die functionarissen die in de twaalf maanden voorafgaand aan de aanvraag van de GVA nog in functie waren.¹¹ De voorzieningenrechter is hieraan voorbijgegaan met zijn oordeel dat sprake was van een ernstige fout van Infra Dam omdat X *“als bestuurder leiding [heeft] gegeven aan Infra Dam”*, terwijl X al ruim drie jaar voor inschrijving als bestuurder bij Infra Dam was afgetreden. Het feit dat de voorzieningenrechter geen aandacht heeft gehad voor deze wettelijke termijn van twaalf maanden is begrijpelijk, nu de voorzieningenrechter de gedragingen van X eveneens uit diens hoedanigheid van aandeelhouder aan Infra Dam heeft toegerekend. Daaruit mag ons inziens evenwel niet worden afgeleid dat gedragingen van functionarissen in alle gevallen zon-

der beperking in tijd mogen worden betrokken bij de beoordeling van een uitsluitingsgrond.

Voor de uitkomst van deze zaak is belangrijker dat de voorzieningenrechter, door voorop te stellen dat omkoping als ernstige fout kwalificeert, niet lijkt te hebben getoetst of de professionele geloofwaardigheid van Infra Dam daadwerkelijk is geschonden door de onrechtmatige handelingen die X heeft verricht via NL ‘81 Infra. Daarmee lijkt het oordeel van de voorzieningenrechter op gespannen voet te staan met het *Forposta*¹²-arrest dat steeds een individuele toets van het concrete geval vereist. Het belang van deze toets op de betrouwbaarheid van de inschrijver zelf is onlangs ook nog eens door de A-G van het HvJ EU benadrukt.¹³

Bewijsvoering

Deze individuele en concrete toets lijkt ook in het kader van de bewijsvoering te ontbreken. De voorzieningenrechter heeft met verwijzing naar artikel 5 lid 6 BIO overwogen dat de gemeente de ernstige fout van Infra Dam aannemelijk kan maken *“door te wijzen op door de bevoegde autoriteiten ingesteld strafrechtelijk onderzoek of ingestelde strafvordering”*, waartoe het onderzoek van de Rijksrecherche volgens de voorzieningenrechter moet worden gerekend. Onduidelijk blijft evenwel waarom een verwijzing naar het onderzoek van de Rijksrecherche – naar NL ‘81 Infra en X – voldoende zou zijn om invloed op de professionele geloofwaardigheid van Infra Dam aannemelijk te maken, laat staan dat uit die enkele verwijzing kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst van Infra Dam zou blijken. Weliswaar is een onherroepelijke veroordeling voor het aannemelijk maken van een ernstige fout niet vereist,¹⁴ maar het slechts verwijzen naar een gestart onderzoek naar een gelieerde onderneming en/of oud-bestuurder is wel het andere uiterste. Voor zover het BIO geen individuele toets meer vereist van het concrete geval, menen wij dat het

8 HvJ EU 20 december 2017, C-178/16 (Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and RTI Mantovani e Guerrato), pt. 34-36.

9 Zie ook vrz. Rb. Rotterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381, rov. 4.12 en 4.13.

10 Art. 2.89 lid 2 Aw 2012.

11 Art. 4.4 lid 2 sub c Aw 2012.

12 HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta).

13 Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 7 maart 2019, C-41/18 (Meca), pt. 42-45.

14 Vergelijk dwingende uitsluitingsgronden art. 2.85 Aw 2012 en zie HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (Forposta), pt. 28.

BIO ook op dit punt de wettelijke kaders te buiten treedt.

Terugkijktermijn

De voorzieningenrechter heeft bij zijn oordeel drie gevallen van omkoping door X via NL '81 Infra binnen de wettelijke terugkijktermijn van drie jaar betrokken (voor een vierde vermeende gift binnen de termijn bleek te zijn betaald) en acht gevallen van vóór die termijn.¹⁵ De voorzieningenrechter heeft daaraan ten grondslag gelegd dat deze laatste gedragingen voldoende samenhang zouden vertonen met de omkopingsgevallen binnen de terugkijktermijn (daarmee een patroon vormen), als gevolg waarvan "terugkijken" over een langere periode van ruim vier jaar gerechtvaardigd zou zijn. Onduidelijk is of de voorzieningenrechter dit patroon van onregelmatigheden heeft betrokken bij de vaststelling van de ernstige fout – hetgeen ons inziens vanuit een oogpunt van rechtszekerheid onjuist zou zijn –, of in het kader van de daaropvolgende proportionaliteitstoets, waarvoor blijken de considerans van Richtlijn 2014/24/EU wel ruimte bestaat.¹⁶

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Hoewel het vonnis bij eerste lezing heel begrijpelijk is met het oog op de ernst van de gedragingen van aan Infra Dam gelieerde partijen, menen wij dat er toch het een en ander op valt af te dingen. De voorzieningenrechter heeft primair getoetst aan het BIO, terwijl de vraag is of dat beleid – dat dateert van voor de aanpassing van de Aw 2012 de kaders van het Aw 2012 en Europese jurisprudentie op bepaalde punten niet overschrijdt. In ieder geval had de voorzieningenrechter naar onze mening meer aandacht moeten besteden aan de concrete omstandigheden van dit geval.

Voor inschrijvers is het hoe dan ook van belang vóór inschrijving goed kennis te nemen van – en zo nodig vragen te stellen over – het integriteitsbeleid van aanbestedende diensten en de toe-

passing daarvan, om te voorkomen dat hen na inschrijving verwijten kunnen worden gemaakt ten aanzien van hun integriteit.

Voor aanbestedende diensten geldt dat zij, hoewel de voorzieningenrechter in dit geval weinig kritisch is geweest ten aanzien van het BIO, goed moeten nagaan of het door hun opgestelde beleid past binnen de kaders van de Aw 2012 en de Europese jurisprudentie. Bovendien geldt wat ons betreft dat aanbestedende diensten, ongeacht de inhoud van hun beleid, op grond van onder meer het *Forposta*-arrest steeds een concrete en individuele toets moeten uitvoeren voordat zij tot uitsluiting van een partij op grond van de "ernstige fout" overgaan.

mr. M.W. Speksnijder
advocaat bij CMS

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

¹⁵ Art. 2.87 lid 2 sub b Aw 2012.

¹⁶ Richtlijn 2014/24/EU, considerans sub 101 en zie ook V zr. Rb. Gelderland 1 maart 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1187 «JAAN» 2016/95 m.nt. mr. M van den Brink en mr. E.J.M. Brenders.