

119

Nationale procedureregels betreffende uitsluiting

Hof van Justitie EU

19 juni 2019, nr. C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507
(M. Vilaras, R. Silva de Lapuerta, D. Šváby, S. Rodin, N. Piçarra)

Noot mr. M.W. Speksnijder, mr. E.J.M. Benders, deze noot heeft betrekking op
«JAAN» 2019/119 en «JAAN» 2019/127

Facultatieve uitsluitingsgronden. Past Performance. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Nationale procedureregels.

[Richtlijn 2014/24/EU art. 57]

Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Meca Srl en de Comune di Napoli (gemeente Napels, Italië) over het besluit van de gemeente Napels om Sirio Srl toe te staan haar deelneming aan een aanbesteding voort te zetten.

De Tribunale amministrativo regionale della Campania heeft het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Staan de communautaire beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen en rechtszekerheid als bedoeld in het [VWEU] en de daaruit volgende beginselen van gelijke behande-

ling, non-discriminatie, evenredigheid en doeltreffendheid als bedoeld in Richtlijn 2014/24, alsmede art. 57 lid 4 onder c) en g) van deze richtlijn, in de weg aan toepassing van een nationale regeling als de Italiaanse regeling die volgt uit art. 80 lid 5 onder c) van het wetboek overheidsopdrachten, volgens welke de aanbestedende dienst, indien aanzienlijke gebreken bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht die hebben geleid tot de vroegtijdige ontbinding van een eerdere aanbestedingsovereenkomst, in rechte worden betwist, de betrouwbaarheid van de inschrijver niet kan beoordelen totdat in de civielrechtelijke procedure een definitieve beslissing is verkregen, en dit zonder dat het bedrijf heeft aangetoond compliancemaatregelen te hebben genomen om de tekortkoming te verhelpen en herhaling ervan te voorkomen?”

Oordeel van het Hof

In de eerste plaats komen de bewoordingen van art. 57, lid 4 van Richtlijn 2014/24 voldoende overeen met de daarbij ingetrokken bepaling, te weten art. 45 lid 2 van Richtlijn 2004/18, opdat het Hof zich bij de door de verwijzende rechter verzochte uitlegging kan laten leiden door de rechtspraak van het Hof inzake die laatstgenoemde bepaling.

Wanneer het Hof dus facultatieve uitsluitingsgronden moest uitleggen, zoals die van art. 45 lid 2 eerste alinea onder d) of g) van Richtlijn 2004/18, welke bepalingen als enige niet naar het nationale recht verwezen, baseerde het zich op art. 45 lid 2 tweede alinea van die richtlijn, op grond waarvan de lidstaten overeenkomstig hun nationale recht en onder eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dat lid 2 bepalen, om de beoordelingsmarge van die lidstaten nader af te bakenen en zelf de draagwijdte van de litigieuze facultatieve uitsluitingsgrond te definiëren.

In de tweede plaats kunnen de aanbestedende diensten volgens art. 57 lid 4 van Richtlijn 2014/24 “elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de in die bepaling genoemde voorwaarden.” Uit de bewoordingen van voornoemde bepaling volgt dus dat het wordt overgelaten aan de aanbestedende diensten, en niet aan een nationale rechter, om te beoordelen of een ondernemer

moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.

In de derde plaats dient de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure er meer in het bijzonder toe om hem in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen, zoals blijkt uit art. 57 lid 4 onder c) en g), alsmede overweging 101 van Richtlijn 2014/24.

Beide uitsluitingsgronden zijn gebaseerd op een wezenlijk element van de betrekking tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld. Zo geeft overweging 101 eerste alinea van Richtlijn 2014/24 aan dat de aanbestedende diensten ondernemers kunnen uitsluiten “die onbetrouwbaar zijn gebleken”, en spreekt de tweede alinea van “wangedrag” bij de uitvoering van eerdere overheidsopdrachten “dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer.”

In de vierde plaats moeten aanbestedende diensten volgens art. 57 lid 5 van Richtlijn 2014/24 de mogelijkheid hebben om een ondernemer uit te sluiten “op ieder moment tijdens de procedure” en niet alleen nadat een rechter zijn beslissing heeft gegeven, hetgeen een aanvullende indicatie vormt van de wil van de Uniewetgever om de aanbestedende dienst toe te staan om in een van de in art. 57 lid 4 van die richtlijn genoemde gevallen zijn eigen oordeel te vormen over het handelen of nalaten – zowel vóór als tijdens de aanbestedingsprocedure – van een ondernemer.

Tot slot zou het voor een aanbestedende dienst, indien hij automatisch gebonden zou zijn aan de door een derde gegeven beoordeling, waarschijnlijk moeilijk zijn om bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht te besteden aan het evenredigheidsbeginsel. Volgens overweging 101 van Richtlijn 2014/24 brengt dit beginsel in het bijzonder met zich mee dat een aanbestedende dienst, alvorens te beslissen tot uitsluiting van een ondernemer, rekening houdt met het feit dat de begane onregelmatigheden

klein zijn of met het feit dat kleine onregelmatigheden zich herhaaldelijk hebben voorgedaan.

Aldus blijkt duidelijk dat de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten niet absoluut is en dat, zodra een lidstaat heeft besloten om een van de facultatieve uitsluitingsgronden van Richtlijn 2014/24 op te nemen in zijn nationale recht, hij de wezenlijke kenmerken ervan, zoals vastgelegd in die richtlijn, in acht moet nemen. Door voor te schrijven dat de lidstaten “de voorwaarden voor de toepassing van dit art.” bepalen “met inachtneming van het Unierecht”, verhindert art. 57 lid 7 van Richtlijn 2014/24 dat de lidstaten de in dat art. vastgestelde facultatieve uitsluitingsgronden verdraaien of voorbijgaan aan de doelstellingen en beginselen die aan elk van die uitsluitingsgronden ten grondslag liggen.

Gelet op het voorgaande moet op de voorgelegde vraag worden geantwoord dat art. 57 lid 4 onder c) en g) van Richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

In zaak C41/18, betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Tribunale amministrativo regionale della Campania (bestuursrechter in eerste aanleg Campanië, Italië) bij beslissing van 22 november 2017, ingekomen bij het Hof op 22 januari 2018, in de procedure
Meca Srl
tegen
Comune di Napoli,
in tegenwoordigheid van:
Sirio Srl,
wijst

HET HOF (Vierde kamer),
samengesteld als volgt: M. Vilaras, kamerpresident, R. Silva de Lapuerta, vicepresident van het

Hof, D. Šváby (rapporteur), S. Rodin en N. Piçarra, rechters,
advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: R. Schiano, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 13 december 2018,

gelet op de opmerkingen van:

– Comune di Napoli, vertegenwoordigd door A. Andreottola en A. Cuomo, avvocati,

– Sirio Srl, vertegenwoordigd door L. Lentini en C. Sito, avvocati,

– de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door C. Colelli en C. Pluchino, avvocati dello Stato,

– de Hongaarse regering, vertegenwoordigd door G. Koós, M. Z. Fehér en A. Pokoraczki als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Gattinara, P. Ondrůšek en L. Haasbeek als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 maart 2019,

het navolgende,

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (PB 2014, L 94, blz. 65, met rectificatie in PB 2015, L 184, blz. 31).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Meca Srl en de Comune di Napoli (gemeente Napels, Italië) over het besluit van de gemeente Napels om Sirio Srl toe te staan haar deelneming aan een aanbesteding voort te zetten.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. In de overwegingen 101 en 102 van richtlijn 2014/24 staat te lezen:

“(101) De aanbestedende diensten moet [...] de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intel-

lectuele-eigendomsrechten. Verduidelijkt moet worden dat een ernstige beroepsfout de integriteit van de ondernemer kan aantasten en ertoe kan leiden dat hij niet meer in aanmerking komt voor het plaatsen van een overheidsopdracht, ook al beschikt hij over de technische bekwaamheid en de economische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

Rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing, moet hij tevens naar eigen inzicht kunnen blijven beoordeelen hoeverre er sprake is van een ernstige beroepsfout, ingeval hij, voordat bij definitief, bindend besluit is vastgesteld dat er verplichte uitsluitingsgronden voorhanden zijn, met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer zijn verplichtingen heeft geschonden, waaronder de verplichtingen in verband met de betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen, tenzij in het nationale recht anders is bepaald. Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer. In het nationaal recht moet in een maximumtermijn voor dergelijke uitsluitingen voorzien worden.

Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn.

(102) Wel moeten ondernemers de mogelijkheid krijgen om maatregelen te nemen die de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend voorkomen. Met name kan het gaan om maatregelen op het gebied van personeel en organisatie, zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het wangedrag, passende maatregelen voor de reorganisatie van het personeel, de implementatie van verslag-

leggings- en controlesystemen, het opzetten van een interne controlestructuur voor toezicht op de naleving, en de vaststelling van interne regels met betrekking tot aansprakelijkheid en vergoeding. Als zulke maatregelen voldoende garanties bieden, mag de ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten. De ondernemer moet kunnen verzoeken dat de maatregelen die met het oog op mogelijke toelating tot de aanbestedingsprocedure zijn genomen, getoetst worden. Het bepalen van de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in zulke gevallen van toepassing zijn, dient aan de lidstaten te worden overgelaten. Het moet de lidstaten meer bepaald vrijstaan te beslissen of zij de individuele aanbestedende diensten toelaten de desbetreffende evaluaties uit te voeren, dan wel deze taak aan andere autoriteiten op een centraal of decentraal niveau toevertrouwen.”

4. Artikel 57 van deze richtlijn, met als opschrift “Uitsluitingsgronden”, bepaalt:

“[...]

4. De aanbestedende diensten kunnen elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de volgende voorwaarden:

[...]

c) wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;

[...]

g) wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht met een aanbestedende instantie of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties;

[...]

5. Aanbestedende diensten sluiten op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer uit wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in de leden 1 en 2.

Aanbestedende diensten kunnen op ieder moment tijdens de procedure een ondernemer van

deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of door lidstaten worden verplicht dat te doen, wanneer blijkt dat deze, wegens vóór of tijdens de procedure verrichte of nagelaten handelingen, in een van de omstandigheden verkeert als bedoeld in lid 4.

6. Elke ondernemer die in een van de in de leden 1 en 4 bedoelde situaties verkeert, mag bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de fout. Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de ondernemer de redenen daarvoor medegedeeld.

Een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies mag gedurende de duur van de uitsluiting als gevolg van dat vonnis geen gebruik kunnen maken van de in dit lid geboden mogelijkheid in de lidstaten waar het vonnis van kracht is.

7. De lidstaten bepalen bij wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting als de ondernemer geen in lid 6 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk vonnis in de gevallen bedoeld in lid 1, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4.”

Italiaans recht

5. Artikel 80, lid 5, onder c), van decreto legislativo n. 50 Codice dei contratti pubblici (wetsbesluit nr. 50 houdende het wetboek overheidsopdrachten) van 18 april 2016 (gewoon supplement bij GURI nr. 91 van 19 april 2016; hierna: “wetboek overheidsopdrachten”), bepaalt:

“De aanbestedende dienst sluit een ondernemer van de aanbestedingsprocedure uit in een van de volgende situaties, ook met betrekking tot een van zijn onderaannemers in de in artikel 105, lid 6, genoemde gevallen, indien:

[...]

c) de aanbestedende dienst op passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel kan worden getrokken. Daarvan is onder andere sprake in geval van aanzienlijke tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht of concessie die hebben geleid tot vroegtijdige ontbinding die niet in rechte is betwist of aan het einde van een gerechtelijke procedure is bevestigd of die hebben geleid tot een veroordeling tot schadevergoeding of andere sancties, een poging om het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden of om voor eigen voordeel vertrouwelijke informatie te verkrijgen, het – ook door nalatigheid – verstrekken van valse of misleidende informatie die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en plaatsing, het achterwege laten van informatie die noodzakelijk is voor het goede verloop van de selectieprocedure; [...]

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

6. De gemeente Napels heeft een aanbesteding uitgeschreven voor de gunning van een overheidsopdracht voor de verstrekking van schoolmaaltijden in het schooljaar 2017/2018. Deze opdracht was onderverdeeld in tien percelen, één voor elk van de deelgemeenten van de gemeente Napels.

7. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat Sirio met de gemeente Napels voor het voorgaande schooljaar een overeenkomst voor de verstrekking van schoolmaaltijden had gesloten voor twee percelen, die in mei 2017 is ontbonden wegens gevallen van voedselvergiftiging door de aanwezigheid van

colibacteriën in de in een schoolkantine verstrekte voedingswaren.

8. Nadat onderzoek van de Agenzia regionale per la protezione ambientale della Campania (ARPA-C) [(regionaal agentschap voor de milieubescherming van Campanië, Italië) (ARPAC)] had bevestigd dat er colibacteriën aanwezig waren in de door het bestuur van de betrokken school bewaarde voedingsmonsters, met name in het gestoofde rundvlees, is de overheidsopdracht voor de verstrekking van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2016/2017 gegund aan Meca, die na afloop van de aanbestedingsprocedure voor het plaatsen van deze overheidsopdracht als tweede was gerangschikt.

9. In het kader van haar deelname aan de in punt 6 van het onderhavige arrest genoemde aanbesteding, heeft Sirio uitdrukkelijk verklaard dat “de gemeente Napels bij besluit [...] van 29 juni 2017 de overeenkomst van 9 mei 2017 heeft ontbonden wegens een geval van voedselvergiftiging” en dat tegen deze ontbinding beroep is ingesteld bij de Tribunale di Napoli (rechter in eerste aanleg Napels, Italië).

10. Bij nota van 1 augustus 2017 heeft de aanbestedende dienst Sirio toegestaan om haar deelname aan die aanbesteding voort te zetten voor het perceel waarvoor zij een offerte had ingediend. Meca heeft bij de Tribunale amministrativo regionale della Campania (bestuursrechter in eerste aanleg Campanië, Italië) bezwaar gemaakt tegen de deelname van Sirio aan voornoemde aanbesteding, zonder te wachten op het besluit van de gemeente Napels over de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht, dat werd genomen op 7 november 2017 en waarbij de opdracht aan Sirio werd gegund.

11. Meca is van mening dat het Sirio niet had mogen worden toegestaan de aanbestedingsprocedure voort te zetten, aangezien de overeenkomst die zij met de gemeente Napels had voor een dienst met betrekking tot het verstrekken van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2016/2017, door laatstgenoemde was ontbonden als gevolg van een voedselvergiftiging bij leerlingen en schoolpersoneel.

12. Ter ondersteuning van haar beroep bij de verwijzende rechter, verwijt Meca de gemeente Napels geen beoordeling te hebben gegeven van de ernst van Sirio's wanprestatie bij de uitvoering van de overheidsopdracht voor het verstrekken van schoolmaaltijden voor het schooljaar 2016/2017,

ondanks dat artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten haar machtigt om “op passende wijze aannemelijk [te] maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel kan worden getrokken”. Volgens Meca kan het feit dat Sirio de ontbinding van de in punt 7 van het onderhavige arrest genoemde overeenkomst inzake dienstverlening bij een civiele rechter heeft betwist, de aanbestedende dienst niet deze bevoegdheid ontnemen. Gelet op het feit dat er in mei 2017 voedselvergiftiging had plaatsgevonden, had de gemeente Napels Sirio dus niet automatisch moeten toelaten tot de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbesteding.

13. Zowel de gemeente Napels als Sirio is daarentegen van mening dat het door laatstgenoemde bij de Tribunale di Napoli ingestelde beroep, de aanbestedende dienst belette een dergelijke beoordeling van de betrouwbaarheid van Sirio te maken.

14. De verwijzende rechter merkt op dat het standpunt van de gemeente Napels en Sirio niet ongefundeerd is aangezien volgens Italiaanse rechtspraak uit artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten volgt dat een inschrijver die bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht is tekortgeschoten, moet worden toegelaten tot een latere aanbestedingsprocedure indien hij een beroep heeft ingesteld, dat nog aanhangig is, tegen de contractontbinding als gevolg van die tekortkomingen.

15. De verwijzende rechter meent dat het Unierecht zich echter zou kunnen verzetten tegen een nationale bepaling als artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten. Deze bepaling zou immers tot gevolg hebben dat aan de daarin neergelegde facultatieve uitsluitingsgrond het effect wordt ontnomen, aangezien de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst teniet wordt gedaan ingeval een eerdere contractontbinding in rechte wordt betwist. Hoewel het Hof nog niet de gelegenheid heeft gehad artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 uit te leggen, volgt uit de rechtspraak van het Hof inzake artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114), voor welke bepaling artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 in de plaats is gekomen, dat het Unie-

recht zich verzet tegen ieder automatisme bij besluiten tot facultatieve uitsluiting wegens een ernstige fout in de beroepsuitoefening, omdat bij een dergelijk besluit noodzakelijkerwijs het evenredigheidsbeginsel in acht moet worden gehouden.

16. Omgekeerd zou het op grond van de beginselen van evenredigheid en doeltreffendheid ook verboden moeten zijn dat sprake is van automatisme bij de onmogelijkheid om een ondernemer uit te sluiten. Door te verhinderen dat de aanbestedende dienst een gemotiveerd oordeel geeft over de ernst van de fout in de beroepsuitoefening die heeft geleid tot de ontbinding van een eerdere overeenkomst, op grond dat die ontbinding is betwist bij een civiele rechter, zou artikel 80, lid 5, van het wetboek overheidsopdrachten derhalve in strijd zijn met voornoemde beginselen, en dus met richtlijn 2014/24. Artikel 57, lid 4, onder g), van die richtlijn vereist immers, volgens de verwijzende rechter, geen definitieve – en dus rechterlijke – beoordeling van de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.

17. Bovendien volgt uit het arrest van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact (C465/11, EU:C:2012:801), dat een “fout in de beroepsuitoefening” een uitsluitingsgrond is wanneer deze objectief gezien ernstig van aard is. Het Italiaanse recht stelt de uitkomst van deelname aan een aanbesteding echter afhankelijk van een potestatieve gebeurtenis, te weten het besluit om een beroep in rechte in te stellen tegen de ontbinding van een eerdere overeenkomst.

18. Tot slot zou de Italiaanse regeling ook onverenigbaar zijn met de doelstellingen die zijn genoemd in overweging 102 van richtlijn 2014/24, die voorziet in het mechanisme voor het verhelpen van de fouten van inschrijvers (compliancemaatregelen). Automatische toelating om mee te dingen als gevolg van het instellen van een civielrechtelijk beroep in rechte tegen de ontbinding van een eerdere overeenkomst ontmoedigt ondernemers immers om herstelmaatregelen te nemen, zelfs als deze noodzakelijk zouden zijn om te voorkomen dat de gedragingen die tot die eerdere ontbinding hebben geleid, worden herhaald.

19. In deze context heeft de Tribunale amministrativo regionale della Campania de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag: “Staan de communautaire beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen en

rechtszekerheid als bedoeld in het [VWEU] en de daaruit volgende beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, evenredigheid en doeltreffendheid als bedoeld in richtlijn [2014/24], alsmede artikel 57, lid 4, onder c) en g), van deze richtlijn, in de weg aan toepassing van een nationale regeling als de Italiaanse regeling die volgt uit artikel 80, lid 5, onder c), van [het wetboek overheidsopdrachten], volgens welke de aanbestedende dienst, indien aanzienlijke gebreken bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht die hebben geleid tot de vroegtijdige ontbinding van een eerdere aanbestedingsovereenkomst, in rechte worden betwist, de betrouwbaarheid van de inschrijver niet kan beoordelen totdat in de civielrechtelijke procedure een definitieve beslissing is verkregen, en dit zonder dat het bedrijf heeft aangetoond compliancemaatregelen te hebben genomen om de tekortkoming te verhelpen en herhaling ervan te voorkomen?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Opmerkingen vooraf

20. In de eerste plaats blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat de geraamde waarde van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht 1 127 660 EUR bedraagt, en dat deze bijgevolg hoger is dan de in artikel 4, onder d), van richtlijn 2014/24 vastgestelde drempel van 750 000 EUR voor overheidsopdrachten voor de specifieke diensten die zijn genoemd in bijlage XIV bij die richtlijn. Hieruit volgt dat voornoemde richtlijn van toepassing is op het hoofdgeding en dat de door de verwijzende rechter gestelde vraag uitsluitend aan de hand van de bepalingen van die richtlijn moet worden behandeld.

21. In de tweede plaats heeft de Italiaanse regering ter terechtzitting voor het Hof aangevoerd dat de door de verwijzende rechter in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing gehanteerde uitlegging van artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten niet overeenkomt met de nieuwe stand van het Italiaanse recht.

22. In een situatie waarin sprake lijkt te zijn van verschillende opvattingen over de toepasselijke nationale regelgeving, volgt desalniettemin uit vaste rechtspraak dat het in het kader van een krachtens artikel 267 VWEU ingeleide prejudiciële procedure niet aan het Hof is om de relevante nationale bepalingen te preciseren die op het hoofdgeding van toepassing zijn. Dat recht komt

uitsluitend toe aan de verwijzende rechter die, ofschoon hij de nationale toepasselijke bepalingen schetst, het aan het Hof overlaat om alle gegevens voor de uitlegging van het Unierecht te verstrekken om de verwijzende rechter in staat te stellen te beoordelen of een nationale wettelijke regeling in overeenstemming is met de Unieregeling (arrest van 26 juni 2008, Burda, C284/06, EU:C:2008:365, punt 39).

23. In deze omstandigheden moet de vraag van de verwijzende rechter worden beantwoord op basis van de feitelijke en juridische gegevens zoals deze uit de verwijzingsbeslissing blijken.

Ten gronde

24. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

25. In de eerste plaats, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 32 van zijn conclusie, komen de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 voldoende overeen met de daarbij ingetrokken bepaling, te weten artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18, opdat het Hof zich bij de door de verwijzende rechter verzochte uitlegging kan laten leiden door de rechtspraak van het Hof inzake die laatstgenoemde bepaling.

26. Wanneer het Hof dus facultatieve uitsluitingsgronden moest uitleggen, zoals die van artikel 45, lid 2, eerste alinea, onder d) of g), van richtlijn 2004/18, welke bepalingen als enige niet naar het nationale recht verwezen, baseerde het zich op artikel 45, lid 2, tweede alinea, van die richtlijn, op grond waarvan de lidstaten overeenkomstig hun nationale recht en onder eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dat lid 2 bepalen, om de beoordelingsmarge van die lidstaten nader af te bakenen en zelf de draagwijdte van de litigieuze facultatieve uitsluitingsgrond te definiëren (zie met name arrest van

13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C465/11, EU:C:2012:801, punten 2531).

27. Dienaangaande staat buiten kijf dat richtlijn 2014/24 de beoordelingsmarge van de lidstaten beperkt. Terwijl de verwijzing naar nationale wet- of regelgeving voorkwam in vijf van de zeven in artikel 45, lid 2, van richtlijn 2004/18 genoemde situaties, bevat thans immers van de negen in artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 genoemde situaties alleen de in punt b) van dat lid 4 genoemde situatie een dergelijke verwijzing.

28. In de tweede plaats kunnen de aanbestedende diensten volgens artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 “elke ondernemer van deelname aan een aanbestedingsprocedure uitsluiten, of daartoe door de lidstaten worden verplicht, indien voldaan is aan één van de [in die bepaling genoemde] voorwaarden”. Uit de bewoordingen van voornoemde bepaling volgt dus dat het wordt overgelaten aan de aanbestedende diensten, en niet aan een nationale rechter, om te beoordelen of een ondernemer moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.

29. In de derde plaats dient de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure er meer in het bijzonder toe om hem in staat te stellen de integriteit en betrouwbaarheid van elk van de inschrijvers te beoordelen, zoals blijkt uit artikel 57, lid 4, onder c) en g), alsmede overweging 101 van richtlijn 2014/24.

30. Zoals is benadrukt door de advocaat-generaal in de punten 42 en 43 van zijn conclusie, zijn beide uitsluitingsgronden immers gebaseerd op een wezenlijk element van de betrekking tussen de ondernemer aan wie de overheidsopdracht is gegund en de aanbestedende dienst, namelijk de betrouwbaarheid van de ondernemer, waarop het door die dienst in de ondernemer gestelde vertrouwen is gestoeld. Zo geeft overweging 101, eerste alinea, van richtlijn 2014/24 aan dat de aanbestedende diensten ondernemers kunnen uitsluiten “die onbetrouwbaar zijn gebleken”, en spreekt de tweede alinea van “wangedrag” bij de uitvoering van eerdere overheidsopdrachten “dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer”.

31. In de vierde plaats moeten aanbestedende diensten volgens artikel 57, lid 5, van richtlijn 2014/24 de mogelijkheid hebben om een ondernemer uit te sluiten “op ieder moment tijdens de procedure” en niet alleen nadat een rechter zijn

beslissing heeft gegeven, hetgeen een aanvullende indicatie vormt van de wil van de Uniewetgever om de aanbestedende dienst toe te staan om in een van de in artikel 57, lid 4, van die richtlijn genoemde gevallen zijn eigen oordeel te vormen over het handelen of nalaten – zowel vóór als tijdens de aanbestedingsprocedure – van een ondernemer.

32. Tot slot zou het voor een aanbestedende dienst, indien hij automatisch gebonden zou zijn aan de door een derde gegeven beoordeling, waarschijnlijk moeilijk zijn om bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht te besteden aan het evenredigheidsbeginsel. Volgens overweging 101 van richtlijn 2014/24 brengt dit beginsel in het bijzonder met zich mee dat een aanbestedende dienst, alvorens te beslissen tot uitsluiting van een ondernemer, rekening houdt met het feit dat de begane onregelmatigheden klein zijn of met het feit dat kleine onregelmatigheden zich herhaaldelijk hebben voorgedaan.

33. Aldus blijkt duidelijk dat, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in de punten 35 en 36 van zijn conclusie, de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten niet absoluut is en dat, zodra een lidstaat heeft besloten om een van de facultatieve uitsluitingsgronden van richtlijn 2014/24 op te nemen in zijn nationale recht, hij de wezenlijke kenmerken ervan, zoals vastgelegd in die richtlijn, in acht moet nemen. Door voor te schrijven dat de lidstaten “de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel” bepalen “met inachtneming van het Unierecht”, verhindert artikel 57, lid 7, van richtlijn 2014/24 dat de lidstaten de in dat artikel vastgestelde facultatieve uitsluitingsgronden verdraaien of voorbijgaan aan de doelstellingen en beginselen die aan elk van die uitsluitingsgronden ten grondslag liggen.

34. Zoals opgemerkt in punt 28 van het onderhavige arrest, volgt uit de bewoordingen van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 dat de Uniewetgever het aan de aanbestedende dienst heeft willen laten – en alleen aan de aanbestedende dienst – om in de fase van de selectie van inschrijvers te beoordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure.

35. Aan de verwijzende rechter moet op grond van de voorgaande overwegingen een antwoord worden gegeven.

36. Zoals volgt uit de verwijzingsbeslissing, wordt een aanbestedende dienst door artikel 80, lid 5,

onder c), van het wetboek overheidsopdrachten gemachtigd om een ondernemer uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure met name wanneer hij op passende wijze aannemelijk kan maken, ten eerste, dat de ondernemer ernstige fouten heeft begaan in zijn beroepsuitoefening waardoor zijn integriteit of betrouwbaarheid in twijfel wordt getrokken, ten tweede, dat deze ernstige fouten in de beroepsuitoefening, die het gevolg kunnen zijn van aanzienlijke tekortkomingen bij de uitvoering van een eerdere overheidsopdracht, hebben geleid tot de ontbinding van de overeenkomst tussen deze ondernemer en de aanbestedende dienst, tot een veroordeling tot schadevergoeding of tot een andere vergelijkbare sanctie en, ten derde, dat deze ontbinding niet in rechte is betwist of aan het einde van een gerechtelijke procedure is bevestigd.

37. Het is duidelijk dat met een nationale bepaling als artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten, het nuttige effect van de in artikel 57, lid 4, onder c) of g), van richtlijn 2014/24 neergelegde facultatieve uitsluitingsgrond niet wordt verzekerd.

38. De beoordelingsbevoegdheid die artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 aan de aanbestedende dienst verleent, wordt immers lamgelegd door het enkele feit dat een kandidaat of inschrijver een beroep instelt tegen de ontbinding van een met hem afgesloten eerdere overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht, zelfs als zijn gedrag dermate tekort leek te schieten dat die ontbinding gerechtvaardigd was.

39. Een regel zoals die van artikel 80, lid 5, onder c), van het wetboek overheidsopdrachten zet bovendien een inschrijver ten aanzien van wie een eerdere overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht is ontbonden, er klaarblijkelijk niet toe aan om herstelmaatregelen te nemen. In zoverre kan een dergelijke regel indruisen tegen de voorschriften van artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24.

40. Deze richtlijn is immers met name innovierend doordat in artikel 57, lid 6, is voorzien in het mechanisme van herstelmaatregelen (*self-cleaning*). Dit instrument, waarvan gebruik kan worden gemaakt door ondernemers die niet bij onherroepelijk vonnis zijn uitgesloten, zet een ondernemer die in een van de in artikel 57, lid 4, van voornoemde richtlijn bedoelde situaties verkeert, ertoe aan om te bewijzen dat de maatregelen die hij heeft genomen voldoende zijn om zijn

betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke facultatieve uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, dient de betrokken ondernemer niet te worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Hiertoe moet de ondernemer bewijzen dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of fouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

41. Zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 44 van zijn conclusie, wordt met de herstelmaatregelen het belang benadrukt dat wordt gehecht aan de betrouwbaarheid van de ondernemer, welk aspect van diepe invloed is op de uitsluitingsgronden betreffende de subjectieve kenmerken van de inschrijver.

42. Gelet op het voorgaande moet op de voorgelegde vraag worden geantwoord dat artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

Kosten

43. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 57, lid 4, onder c) en g), van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan het instellen van een

beroep in rechte tegen het besluit van een aanbestedende dienst om een overeenkomst voor de uitvoering van een overheidsopdracht te ontbinden wegens aanzienlijke gebreken bij de uitvoering, de aanbestedende dienst die een nieuwe aanbesteding heeft ingeleid, belet om in de fase van de selectie van de inschrijvers op enigerlei wijze de betrouwbaarheid van de bij die ontbinding betrokken ondernemer te beoordelen.

NOOT

Deze noot heeft betrekking op «JAAN» 2019/119 en «JAAN» 2019/127

Aanbestedende dienst moet integriteit en betrouwbaarheid inschrijver (kunnen) beoordelen

In deze zaak staat de vraag centraal of de gemeente Napels mocht afzien van het inhoudelijk beoordelen van de ontbinding van een eerdere overheidsopdracht als “past performance” in de zin van de daarop betrekking hebbende facultatieve uitsluitingsgrond, vanwege het enkele feit dat de betreffende inschrijver, Sirio Srl, die ontbinding in rechte had aangevochten. Het Italiaanse wetboek voor overheidsopdrachten schrijft in dat kader namelijk dwingend voor dat een aanbestedende dienst een inschrijver alleen van een aanbesteding uitsluit, indien de betreffende ontbinding in rechte niet is betwist.

Het HvJ EU oordeelt – in lijn met de conclusie van de A-G in deze zaak¹ – dat de Italiaanse bepaling het nuttig effect van de facultatieve uitsluitingsgronden “ernstige fout” en “past performance” niet verzekert. Met deze bepaling wordt de beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende dienst ten aanzien van de betrouwbaarheid van de inschrijver namelijk “lamgelegd” en worden inschrijvers niet aangespoord herstelmaatregelen te treffen, terwijl beide juist doelstellingen zijn van Richtlijn 2014/24/EU.² Het Unierecht staat om die reden aan de Italiaanse bepaling in de weg.

Ons inziens past dit oordeel van het HvJ EU goed binnen de bestaande Europese wettelijke kaders en reeds ontwikkelde jurisprudentie.³

Implementatie facultatieve uitsluitingsgronden in nationale wetgeving

Ingevolge art. 57 lid 7 van Richtlijn 2014/24/EU zijn de lidstaten vrij te bepalen of, en zo ja onder welke voorwaarden, zij de facultatieve uitsluitingsgronden implementeren in hun nationale wetgeving. Deze vrijheid is echter niet onbeperkt. Indien de lidstaten ervoor kiezen facultatieve uitsluitingsgronden in hun nationale wetgeving op te nemen, dient de implementatie daarvan steeds “met inachtneming van het Unierecht” plaats te vinden. Daarbij dienen de lidstaten een balans te vinden tussen enerzijds het belang bij zo toegankelijk mogelijke aanbestedingsprocedures met het oog op de vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening waarvoor facultatieve uitsluitingsgronden een barrière kunnen vormen, en anderzijds het belang bij het waarborgen van de professionaliteit, betrouwbaarheid en integriteit van inschrijvers.⁴ Het HvJ EU expliciteert in dit arrest dat de lidstaten bij het implementeren van de facultatieve uitsluitingsgronden in de nationale wetgeving de wezenlijke kenmerken van die uitsluitingsgronden steeds in acht moeten nemen en niet voorbij mogen gaan aan de doelstellingen en beginselen die daaraan ten grondslag liggen.⁵

1 Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 7 maart 2019, C-41/18 (*Meca*).

2 Zie Richtlijn 2014/24/EU considerans overweging 101 en 102.

3 Zie onder meer HvJ EU 4 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:476 (*CNS/Gruppo Torinese Trasporti*), vzr. Rb. Amsterdam 19 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9689 «JAAN» 2019/3 m.nt. mr. M.W. Speksnijder en mr. E.J.M. Benders, Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094 «JAAN 2019/5» m.nt. mr. M.W. Speksnijder en mr. M. van den Brink.

4 Zie Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 21 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:487 (*Impresa di Costruzioni*), pt. 53, en Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 30 juni 2016 (*Connexxion Taxi Services*), pt. 44, beiden met verwijzing naar HvJ EU 10 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2063, pt. 29, 31 en 32, en minder expliciet: Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 7 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:183 (*Meca*), pt. 35.

5 HvJ EU 19 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:507 (*Meca*), pt. 33.

De Italiaanse wetgever is met de bewuste bepaling, die het beoordelen van een eerdere ontbinding van een overheidsopdracht belet zodra de inschrijver tegen de juistheid daarvan beroep heeft aangetekend, op twee punten buiten de grenzen van zijn implementatiebevoegdheid getreden.

1. Beoordelingsbevoegdheid aanbestedende diensten

In de eerste plaats is de Italiaanse wetgever buiten zijn bevoegdheden getreden door de beoordelingsruimte van de aanbestedende dienst te beperken. Het HvJ EU benadrukt dat uit art. 57 lid 4 sub c en g en lid 5 en overweging (101) van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU volgt dat de aanbestedende dienst – en dus niet de lidstaat of de nationale rechter – op ieder moment in de procedure de integriteit en betrouwbaarheid van de inschrijver moet kunnen beoordelen in het kader van de facultatieve uitsluitingsgronden “ernstige fout” en “past performance”. Voor de “past performance”-uitsluitingsgrond geldt meer specifiek dat de aanbestedende dienst moet kunnen beoordelen of de tekortkomingen van de inschrijver dermate aanzienlijk waren dat deze de ontbinding van de overheidsopdracht rechtvaardigden.⁶ De uitsluitingsgrond “past performance” kan in die zin worden aangemerkt als een *lex specialis* van de uitsluitingsgrond “ernstige fout”.⁷

Dit oordeel sluit naadloos aan bij het *Forposta*⁸-arrest waarin het HvJ EU heeft geoordeeld dat de aanbestedende dienst steeds “*in concreto en individueel*” moet toetsen of sprake is van een ernstige fout,^{9,10} of dus meer specifiek: of sprake is van past performance.

Voor het beoordelen van de betrouwbaarheid en integriteit van de inschrijver in het concrete geval, biedt de generieke Italiaanse bepaling ten

onrechte geen enkele ruimte: zodra de inschrijver de juistheid van een vroegtijdige beëindigde overheidsopdracht in rechte betwist, mag de aanbestedende dienst die omstandigheid niet bij de beoordeling van de uitsluitingsgrond “ernstige fout” of “past performance” betrekken. Reeds om die reden verzet Richtlijn 2014/24/EU zich tegen deze bepaling.

In dit kader merken wij nog op dat het opstellen van een beleidsdocument over de wijze waarop de aanbestedende dienst de facultatieve uitsluitingsgronden “ernstige fout” en “past performance” beoordeelt, op zichzelf goed kan passen binnen de door het HvJ EU gestelde kaders. Randvoorwaardelijk is wel dat ruimte wordt gelaten voor een individuele toets van de betrouwbaarheid en integriteit van de inschrijver.¹¹

2. Self-cleaning

In de tweede plaats oordeelt het HvJ EU dat de Italiaanse bepaling op gespannen voet staat met art. 57 lid 6 en overweging (102) van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU, waarin is voorzien in de mogelijkheid voor inschrijvers om herstelmaatregelen te treffen (*self-cleaning*). Dit mechanisme houdt in dat de inschrijver, indien op hem één of meerdere facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn, de mogelijkheid heeft aan te tonen dat hij afdoende maatregelen heeft getroffen om zijn reeds gemaakte fouten ongedaan te maken en soortgelijke fouten in de toekomst te voorkomen, in welk geval de aanbestedende dienst hem alsnog moet toelaten tot de aanbestedingsprocedure. Het HvJ EU overweegt dat het mechanisme van herstelmaatregelen één van de meest innoverende elementen is van Richtlijn 2014/24/EU.¹²

De Italiaanse bepaling ontnemt inschrijvers evenwel iedere motivatie om herstelmaatregelen te treffen, aangezien de gemaakte beroepsfouten per definitie niet worden beoordeeld door de aanbestedende dienst, indien de inschrijver deze in rechte betwist. Gelet op de (in deze zaak) toe-

6 HvJ EU 19 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:507 (*Meca*), pt. 28, 29, 31 en 38.

7 Zie Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 7 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:183 (*Meca*), pt. 41.

8 HvJ EU 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*).

9 HvJ EU 13 december 2012 ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*), pt. 31.

10 Zie ook HvJ EU 4 juni 2019, ECLI:EU:C:2019:476 (*CNS/Gruppo Torinese Trasporti*), pt. 34.

11 Zie bijvoorbeeld Vzr. Rb. Amsterdam 19 november 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:9689 «JAAN» 2019/3 m.nt. mr. M.W. Speksnijder en mr. E.J.M. Benders.

12 Zie HvJ EU 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:801 (*Forposta*), pt. 39 t/m 41.

passelijke terugkijktermijn van vier jaar, is ons inziens voorstelbaar dat een civiele procedure de uitsluitingsgronden “ernstige fout” en “past performance” effectief buiten spel kan zetten, inschrijvers geen aanleiding zien hun fouten uit het verleden ongedaan te maken of maatregelen te treffen om deze in de toekomst te voorkomen.

Een voorbeeld in Nederland

Daar waar de Italiaanse inschrijvers tot op heden wellicht zonder scrupules hun ernstige fouten en past performance bij inschrijving opbiechtten omdat elke consequentie daarvan ontbrak, zien inschrijvers op Nederlandse aanbestedingen nog vaak af van zo’n biecht uit angst dat de aanbestedende dienst de getroffen herstelmaatregelen onvoldoende toereikend zal achten. Die keuze is echter niet zonder risico’s, zo blijkt ook uit een recente uitspraak van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Gelderland.¹³

In die zaak had de eigenaar/bestuurder van een eenmanszaak bij aanmelding op een inkoopnetwerk voor Wmo van een gemeente in oktober 2018 niet vermeld dat hij bij een eerdere aanbesteding in 2015 (van diezelfde gemeente) een valse verklaring had ingediend. Destijds had dezelfde eigenaar/bestuurder van de eenmanszaak (hoewel toen nog handelend als vennoot van een vof) niet in zijn aanmelding vermeld dat op hem de uitsluitingsgrond van de ernstige fout van toepassing was. De staatssecretaris had de eenmanszaak in 2013 namelijk bevolen zijn zorgactiviteiten te staken naar aanleiding van een negatief rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg.

Zodoende had de eenmanszaak zich dus twee keer achtereen schuldig gemaakt aan het indienen van een valse verklaring: in 2015 door zijn ernstige fout uit 2013 niet te vermelden, en in 2018 door zijn valse verklaring uit 2015 niet te vermelden. De voorzieningenrechter oordeelde dat de gemeente de eenmanszaak terecht had uitgesloten van de aanbesteding in 2018.

Door aanvankelijk zijn ernstige fout voor de gemeente te verzwijgen, heeft de marktpartij zich-

zelf dus in twee opvolgende aanbestedingen in de problemen gebracht. Had hij al in de aanbesteding in 2015 toegegeven dat hij zijn zorgactiviteiten gedwongen had moeten staken, maar maatregelen had getroffen om die fouten op te heffen én in de toekomst te voorkomen, dan had de gemeente die herstelmaatregelen inhoudelijk moeten beoordelen en had de inschrijver mogelijk twee valse verklaringen en alle consequenties van dien kunnen voorkomen.

De valse verklaring uit 2015 is voor de gemeente overigens ook nog reden geweest om de aanbestede overeenkomst uit 2015 vroegtijdig te beëindigen op 26 oktober 2018. Die omstandigheid legt de aanbestedende dienst eveneens aan de uitsluiting van de inschrijver ten grondslag. Dat laatste lijkt ons niet helemaal zuiver, aangezien uit het vonnis blijkt dat de uiterste inschrijfdatum 15 oktober 2018 betrof. De “past performance” had zich op dat moment dus nog niet voorgedaan en had de inschrijver zodoende nog niet bij inschrijving kunnen vermelden. Niettemin zal de inschrijver ook van die “past performance”, die uiteindelijk is terug te voeren op de ernstige fout in 2013, nog drie jaar de wrange vruchten plukken.¹⁴

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Uit het *Meca*-arrest volgt dat het – alleen – aan de aanbestedende dienst is om in het kader van uitsluitingsgronden “ernstige fout” en “past performance” de betrouwbaarheid en integriteit van de inschrijver te beoordelen, en om een inhoudelijk oordeel te vellen over de door de inschrijver getroffen herstelmaatregelen. Indien de inschrijver bewijst dat hij toereikende maatregelen heeft getroffen om de gemaakte fouten te herstellen en in de toekomst te voorkomen, moet de aanbestedende dienst de inschrijver tot de aanbesteding toelaten.

Het melden van de mogelijke toepasselijkheid van één van de genoemde uitsluitingsgronden en het treffen van herstelmaatregelen is zeer van belang. Uit het gegeven Nederlandse voorbeeld blijkt immers dat het verzwijgen van een uitsluitingsgrond nog tot ver na de toepasselijke terugkijktermijn vervelende gevolgen kan hebben. Om dat te voorkomen, raden wij inschrijvers aan om, indien mogelijk sprake is van een ernstige fout of

13 V.zr. Rb. Gelderland 11 april 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2525.

14 Zie art. 2.87 lid 2 sub d Aw 2012.

past performance, direct te investeren in herstelmaatregelen en deze maatregelen – samen met de betreffende “fout” – te allen tijde bij inschrijving in de UEA te vermelden.

Aanbestedende diensten adviseren wij de door inschrijvers in hun UEA vermelde herstelmaatregelen zorgvuldig te toetsen. Het getuigt tenslotte van integriteit en betrouwbaarheid om misstappen te vermelden en daar lering uit te trekken, en het is in het belang van zo toegankelijk mogelijke aanbestedingsprocedures met het oog op de vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening – en daarmee in lijn met de doelstellingen van de Europese wetgever – om iedereen een tweede kans te geven.

mr. M.W. Speksnijder
advocaat bij CMS

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

127

Valse verklaring

Rechtbank Gelderland
11 april 2019, nr. C/05/349289/KG ZA 19-49,
ECLI:NL:RBGEL:2019:2525
(mr. N.W. Huijgen)
Noot mr. M.W. Speksnijder, mr. E.J.M.
Brenders, onder «JAAN» 2018/119

**Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel.
Eigen verklaring. Rechtsbescherming. Valse
verklaring. (On-)geldigheid inschrijving.
Herstelmogelijkheid.**

[Wmo 2015]

Eiser heeft in 2012 samen met haar echtgenoot een vof opgericht. Via deze vof werd onder meer ambulante begeleiding en woonbegeleiding geboden. Eind december 2013 heeft de Staatssecretaris een aanwijzing aan de vof opgelegd op grond van art. 8 lid 1 Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz), waarna de vof haar zorgactiviteiten heeft gestaakt. De vof heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit, maar dit bezwaar is ongegrond verklaard op 28 mei 2015. De vennoten zijn hiertegen in beroep opgekomen. De bestuursrechter oordeelde op basis van het rapport op 16 juli 2015 dat de vof niet in staat is om verantwoorde zorg te verlenen.

De gemeente Ede (hierna: gemeente) heeft in 2015 een bestuurlijke aanbesteding georganiseerd, op grond waarvan zorgaanbieders die maatschappelijke ondersteuning bieden in de zin van de Wmo 2015, zich hiervoor konden aanmelden (inkoopnetwerk Wmo). Eiser had op dat moment een nieuwe eenmanszaak opgericht, waarmee zij zich bij de gemeente heeft aangemeld. Op 19 augustus 2015 is er een Procesovereenkomst tot stand gekomen tussen de gemeente en Eiser, waarmee Eiser toegang had tot één of meer Deelovereenkomsten. Op grond hiervan kon Eiser aanspraak maken op het betaald leveren van zorg aan cliënten van de gemeente.

De ABRvS heeft op 25 oktober 2017 uitspraak gedaan in de hoger beroepen tegen de uitspraak van de bestuursrechter van 16 juli 2015. De Afdeling heeft daarin de uitspraak van de Staatssecretaris herroepen, omdat in de schriftelijke vastlegging van het besluit geen limitatieve lijst van verbeterpunten voor de vof was opgenomen. De gemeente heeft bij brief van 26 oktober 2018 de Procesovereenkomst met Eiser en haar eenmanszaak opgezegd. Eiser heeft een valse verklaring gegeven bij aanmelding, door geen openheid te geven over de aanwijzing van de staatssecretaris op grond van art. 8 lid 1 Kwz.

Eiser heeft haar eenmanszaak intussen opnieuw aangemeld bij het inkoopnetwerk Wmo van de gemeente in het kader van de nieuwe inkoopronde Wmo voor de contractering 2019.

Opzegging Procesovereenkomst en Deelovereenkomst

Eiser vordert in de eerste plaats schorsing van de opzegging van de Procesovereenkomst en de Deelovereenkomst.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de gemeente bij haar opzegging alle voorgeschreven formaliteiten in acht heeft genomen. In de Procesovereenkomst is niet vermeld dat bij de opzegging de gronden voor opzegging moeten worden genoemd.

Desondanks heeft de gemeente dit wel gedaan. De eerste grond betreft schending van de uitgangspunten van samenwerking zoals die specifiek in de Procesovereenkomst zijn vermeld, waaronder professionaliteit, vertrouwen, betrouwbaarheid, integriteit en objectiviteit. Ter onderbouwing daarvan heeft de gemeente een e-mailwisseling overlegd tussen gemeenteambtenaren en Eiser uit de afgelopen jaren van samenwerking. De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit deze e-mailberichten valt af te leiden dat Eiser niet professioneel is en geen objectief gedrag vertoont jegens de gemeente.

Daarnaast heeft Eiser bij haar aanmelding een valse verklaring ingediend. In haar verklaring heeft Eiser namelijk niet gemeld dat zij enige tijd daarvoor een ernstige beroepsfout had begaan als venoot van de vof. De ABRvS heeft het besluit van de Staatssecretaris vernietigd en herroe-

pen, maar ook de Afdeling was van oordeel dat de kwaliteit van de door de vof geleverde zorg niet goed was en dat het daarom niet verantwoord was dat zij nog langer zorg in de zin van de Kwz zou verlenen. De voorzieningenrechter is dan ook van oordeel dat Eiser het besluit van de Staatssecretaris had moeten melden bij haar aanmelding.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de opzegging van de Procesovereenkomst rechtsgeldig en niet onrechtmatig is geschied. Dit geldt ook voor de opzegging van de Deelovereenkomst.

Nieuwe aanmelding

De tweede vordering van Eiser heeft betrekking op de (nieuwe) aanmelding bij het inkoopnetwerk Wmo van de gemeente en de vraag of de uitsluiting van Eiser en haar eenmanszaak daarvan voorlopig geoordeeld onrechtmatig mag worden geacht.

Vooropgesteld wordt dat dit een ongeldige aanmelding betreft, omdat Eiser bij haar aanmelding niet een door de gemeente gehanteerde inschrijfformulier heeft overlegd. Daarnaast heeft Eiser ook een verouderd uittreksel uit de KvK bijgevoegd, dat daardoor niet voldeed aan de daaraan gestelde eisen.

De vraag die vervolgens rijst is of de gemeente moet worden bevolen om Eiser de gelegenheid te bieden deze gebreken aan haar aanmelding op dit moment nog te herstellen. De gemeente is gehouden aan de beginselen van gelijkheid en transparantie. De inschrijftermijn is al geruime tijd gesloten, terwijl Eiser naar aanleiding van de aan haar bekendgemaakte uitsluiting geen actie heeft ondernomen. Daarbij stelt de gemeente dat de gebreken in de aanmelding een uitsluitingsgrond vormen, waardoor Eiser op dit moment niet meer tot het inkoopnetwerk kan en mag worden toegelaten.

Allereerst betreft dit het onderdeel "prestaties uit het verleden". Het gaat daarbij om het indienen van een valse verklaring bij de inschrijving in 2015. In de tweede plaats heeft Eiser zich in haar aanmelding bediend van een verklaring van de Belastingdienst Amsterdam de dato 20 juli 2019. In deze verklaring staat dat uitstel van betaling is verleend in verband met ingediend bezwaar en/of beroep of hoger beroep. Dit staat in de weg aan

de toelating tot het inkoopnetwerk Wmo. Een belangrijke reden voor uitsluiting is daarnaast ook de ernstig verstoorde verhouding tussen Eiser en de gemeente.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit alles ertoe leidt dat de uitsluiting van Eiser en haar onderneming van deelname aan de tot 15 oktober 2015 openstaande aanbesteding niet ten onrechte heeft plaatsgevonden.

Slotsom

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen af en veroordeelt Eiser tot betaling van de proceskosten.

*[Eiser],
[woonplaats],
eiseres,
advocaat mr. S.G. Blasweiler te Ede Gld,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE EDE,
zetelend te Ede,
gedaagde,
advocaat mr. F.J.J. Cornelissen te Arnhem.*

Partijen zullen hierna [Eiser] en de gemeente worden genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties 1 tot en met 17
- de nagezonden producties 18 tot en met 21
- de conclusie van antwoord met producties A tot en met GG van de gemeente
- de nagezonden producties HH en II van de gemeente
- de mondelinge behandeling van 28 maart 2019
- de pleitnota van [Eiser]
- de pleitnota van de gemeente.

1.2. [Eiser] heeft ter zitting bezwaar gemaakt tegen de door de gemeente ingediende producties A tot en met II en de voorzieningenrechter in dat verband verzocht om schorsing van de mondelinge behandeling tot een latere datum, om haar in de gelegenheid te stellen die producties nader te bestuderen en zich daartegen beter te kunnen verweren. De voorzieningenrechter heeft dit verzoek om schorsing ter zitting afgewezen. Ter toelichting daarop heeft de voorzieningenrechter gewezen op correspondentie die zich in het

procesdossier bevindt, waaruit blijkt dat het (de advocaat van) [Eiser] zelf is geweest die heeft aangedrongen om dit kort geding vóór 2 april 2019 te laten plaatsvinden, omdat zij anders in haar belangen zou worden geschaad. Een aanhouding van de behandeling past daarbij niet. Verder is toegelicht dat het in kort geding niet gebruikelijk is dat een conclusie van antwoord wordt genomen en dat dit stuk daarom in de procedure geen afzonderlijke status heeft. De gemeente heeft met haar conclusie en bijbehorende producties enkel een praktisch voorschot op haar ter zitting nog te voeren (juridische) verweer genomen en dat met producties willen onderbouwen. Daarmee kunnen de andere procesdeelnemers hun voordeel doen. De conclusie en die producties zijn ook tijdig toegestuurd, immers meer dan 24 uur voor de zitting. De omstandigheid dat de advocaat van [Eiser] deze stukken niet met [Eiser] heeft kunnen bespreken omdat [Eiser] de dag voor het kort geding andere besognes had, is voor haar risico. De aard van een kort geding brengt mee dat deelnemers voor een verrassing kunnen komen te staan en dat er op het laatste moment nog iets bekeken en besproken moet worden. Daarbij komt dan nog dat de producties waartegen [Eiser] bezwaar maakt voor een belangrijk deel stukken bevatten die [Eiser] moet kennen, omdat zij onderdeel van de daarin gevoerde correspondentie vormt. Dit geldt niet voor de overgelegde verklaringen van gemeenteambtenaren, maar deze verklaringen zullen slechts beperkt in de beoordeling van dit kort geding worden betrokken.

1.3. De zaak is vervolgens (verder) inhoudelijk behandeld.

1.4. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. [Eiser] heeft in 2012 samen met haar echtgenoot de vennootschap onder firma [naam VOF] opgericht. [Eiser] bood via [naam VOF] onder meer ambulante begeleiding en woonbegeleiding. [naam VOF] kende geen andere vennoten dan [Eiser] en haar echtgenoot.

2.2. Op 14 maart 2013 en 23 mei 2013 heeft de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: de Inspectie) een bezoek gebracht aan [naam VOF]. Nadat de Inspectie een lijst met bevindingen had opgesteld, heeft zij haar oordeel over [naam VOF] neergelegd in een rapport van 25 november 2013. De (toenmalige) staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) heeft vervol-

gens het voornemen gedeeld om [naam VOF] een aanwijzing te geven op grond van artikel 8 lid 1 Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz). Na nadere onderzoek is de Inspectie tot het oordeel gekomen dat [naam VOF] tekortschoot op zorginhoudelijk, organisatorisch en financieel gebied en dat het de voorwaarden voor het (kunnen) bieden van verantwoorde zorg niet of onvoldoende naleefde. De staatssecretaris heeft daarom bij besluit van 20 december 2013 uitvoering gegeven aan zijn voornemen en een aanwijzing opgelegd die erop neerkomt dat [naam VOF] haar zorgactiviteiten moest staken. Hieraan heeft [naam VOF] voldaan.

2.3. [naam VOF] heeft tegen het besluit van 20 december 2013 bezwaar gemaakt. Dit bezwaar is bij besluit van 28 mei 2014 ongegrond verklaard. Vervolgens is [naam VOF] met haar vennoten [Eiser] en haar echtgenoot tegen het besluit opgekomen in beroep bij de bestuursrechter van deze rechtbank. In de daarop volgende uitspraak van 16 juli 2015 staat onder meer het volgende vermeld:

“(…)

Overwegingen

(…)

4. (...) De inspectie heeft meerdere inspectiebezoeken gebracht. Uit deze bevindingen volgt onder andere dat cliënten niet de zorg kregen die door het CIZ was geïndiceerd en dat de begeleiding van cliënten niet voldeed aan de eisen die gesteld worden in artikel 6 Besluit zorgaanspraken AWBZ en dat eiseres niet beschikt over de vereiste deskundigheid. Ook kregen de cliënten niet de zorg die met eiseres was afgesproken. Verweerder is van mening dat de inspectie gedegen en zorgvuldig onderzoek heeft verricht, dat terecht een aanwijzing als bedoel in artikel 8, eerste lid, van de Kwz is gegeven en dat deze aanwijzing stopzetting van alle zorgverlening kon inhouden. Eiseres toonde geen inzicht in de tekortkomingen van de kwaliteit van de geleverde zorg en het werd onverantwoord geacht dat cliënten langer zorg ontvingen, terwijl de zorg op essentiële punten niet was geborgd. Het was niet verantwoord dat eiseres nog langer zorg in de zin van de Kwz zou verlenen. (...)

Het rapport van de IGZ

6. De rechtbank is van oordeel dat de IGZ in deze als deskundige kan worden gekwalificeerd, en dat het rapport van de IGZ van 25 november 2013

een advies van deze deskundige aan verweerder is. (...)

8. De rechtbank is van oordeel dat uit het rapport op objectieve en onpartijdige wijze blijkt welke feiten en omstandigheden aan de conclusies ten grondslag zijn gelegd, en dat die conclusies ook niet onbegrijpelijk zijn.

In het rapport zijn een groot aantal tekortkomingen geconstateerd. Eisers hebben weliswaar uitgebreid betoogd dat de bevindingen van de IGZ niet juist zijn, maar zij hebben geen concrete aanknopingspunten naar voren gebracht die leiden tot twijfel aan de juistheid van de hoofdlijn van het rapport, namelijk dat eiseres niet in staat is om verantwoorde zorg te verlenen. (...)

9. De conclusie is dat verweerder op het rapport van de IGZ mocht afgaan.

(...)”

2.4. In 2015 heeft de gemeente een “bestuurlijke aanbesteding”, ook wel “open house” georganiseerd. Zorgaanbieders die maatschappelijke ondersteuning boden in de zin van de Wmo 2015 mochten zich hiervoor aanmelden via het zogenaamde inkoopnetwerk Wmo. [Eiser] had op dat moment reeds een nieuwe eenmanszaak opgericht, [handelsnaam Eiser], waarmee zij zich bij de gemeente heeft aangemeld voor deelname aan het inkoopnetwerk. Tussen de gemeente en [Eiser], handelende onder [handelsnaam Eiser], is vervolgens op

19 augustus 2015 een Procesovereenkomst tot stand gekomen. De Procesovereenkomst bood [Eiser] toegang tot één of meer Deelovereenkomsten, op grond waarvan [Eiser] aanspraak kon maken op het betaald leveren van zorg aan cliënten van de gemeente. In de Procesovereenkomst staat onder meer het volgende vermeld:

“(…)”

Artikel 2 Voorwerp van de procesovereenkomst

1. De procesovereenkomst brengt tussen partijen een structuur tot stand voor communicatie, overleg en besluitvorming (...)

2. Deelname aan de procesovereenkomst geeft geen recht op deelname aan een deelovereenkomst, zoals genoemd in artikel 12. Partijen moeten deze deelovereenkomst(en) expliciet met elkaar sluiten. Het is echter niet mogelijk deel te nemen aan een deelovereenkomst zonder ook deel te nemen aan de procesovereenkomst.

(...)

Artikel 3 Duur van de procesovereenkomst

De procesovereenkomst gaat in op 1 september 2015 of op de datum van ondertekening van de procesovereenkomst, indien dit later is dan genoemde datum, en geldt voor onbepaalde tijd. (...)

Artikel 4 Uitgangspunten voor de samenwerking

1. De partijen zullen bij hun samenwerking op basis van de procesovereenkomst en de deellovereenkomst(en) steeds de volgende uitgangspunten / beginselen in acht nemen:

a) Vertrouwen: Het handelen van de partijen onder de procesovereenkomst zal zijn gebaseerd op wederzijds vertrouwen;

(...)

d) Professionaliteit: De partijen zullen vanuit hun eigen bekwaamheden en vakkennis samenwerken onder de procesovereenkomst en zij zullen bij de uitvoering van de deellovereenkomst(en) de hoogste standaarden van vakkennis en beroepsbekwaamheid in acht nemen;

e) Verantwoordelijkheid: De partijen zullen steeds zodanig tijdig die informatie aan elkaar geven die zij hebben en waarvan zij weten dat dit een potentieel nadeel voor andere betrokken belanghebbenden kan opleveren, dat de nodige acties kunnen worden genomen ter voorkoming van zulk nadeel;

f) Eerlijkheid: De partijen zullen elkaar steeds eerlijk en naar waarheid op de hoogte stellen van alle feiten die van belang zijn voor een goede uitvoering van de samenwerking onder de procesovereenkomst en de deellovereenkomst(en);

g) Betrouwbaarheid: De partijen gedragen zich als betrouwbare partners en komen de door hen gedane toezeggingen steeds na;

h) Integriteit: De partijen hebben respect voor alle betrokken belangen, met name die van de partijen die een belang hebben of zouden kunnen hebben bij de uitvoering van de deellovereenkomst(en);

i) Objectiviteit: De partijen zullen steeds op 'arms' lenght' met elkaar verkeren en zullen ieder potentieel conflicterend belang aan elkaar melden;

(...)

Artikel 5 Uitsluiting deelname aanbieders

1. De aanbieders kunnen niet (langer) deelnemen aan de procesovereenkomst en onderliggende deellovereenkomst(en) als:

a) uitsluitingsgronden op hen van toepassing zijn;

(...)

Artikel 13 Opzeggen van de procesovereenkomst

(...)

3. De gemeente kan de procesovereenkomst met een aanbieder tussentijds per aangetekende brief beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn van minstens zes kalendermaanden. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de aanbieder gedurende langere periode, minimaal 1 jaar, geen cliënten van de gemeente in zorg heeft gehad. De opzegtermijn gaat in op de eerste dag van de kalendermaand volgend op de kalendermaand waarin de aangetekende brief door de aanbieder is ontvangen. (...)

Artikel 16 Geschillen

1. Bij het ontstaan van geschillen bij de uitvoering van de procesovereenkomst of daaruit voortvloeiende deellovereenkomst(en) treden partijen eerst in onderling overleg om deze geschillen op te lossen. In uiterste gevallen kunnen partijen vervolgens gebruik maken van mediation, waarbij partijen die een geschil met elkaar hebben de kosten daarvan in gelijke delen dragen. Leiden onderling overleg en/of mediation niet binnen drie maanden tot een oplossing van het geschil, dan staat een gang naar de rechter open.

(...)"

2.5. Met inachtneming van de Procesovereenkomst hebben de gemeente en [Eiser], handelende onder [handelsnaam Eiser], vervolgens op 21 december 2015 de Deellovereenkomst Ambulante Dienstverlening (hierna: de Deellovereenkomst) gesloten. Artikel 5 van de Deellovereenkomst luidt als volgt:

"5. *Opzegging en beëindiging van de overeenkomst* (...)

3. De gemeente kan de overeenkomst met een aanbieder per aangetekende brief beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn van ten minste zes kalendermaanden. Dit kan onder meer aan de orde zijn als de aanbieder een langere periode, minimaal 1 jaar, geen nieuwe cliënten heeft gehad. De opzegtermijn gaat in op de eerste dag van de kalendermaand volgend op de kalendermaand waarin de aangetekende brief door de aanbieder is ontvangen. De aanbieder blijft verantwoordelijk om de continuïteit van de dienstverlening te garanderen.

(...)"

2.6. [Eiser] heeft bij de aanmelding van [handelsnaam Eiser] bij het inkoopnetwerk Wmo medio 2015 onder meer een eigen verklaring ingediend. In het kader van de toepasselijke uitsluitingsgronden heeft [Eiser] daarmee verklaard dat:

“3.3 zijn onderneming, of een bestuurder ervan in de vier jaar voorafgaande aan het tijdstip van het verzoek tot deelneming of de inschrijving in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan”;

en dat

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

2.7. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft vervolgens op

25 oktober 2017 uitspraak gedaan in de hoger beroepen van de staatssecretaris van VWS en [naam VOF] en haar vennoten tegen de uitspraak van de bestuursrechter van deze rechtbank van 16 juli 2015. De Afdeling heeft het besluit van de staatssecretaris van

20 december 2013 daarin herroepen, omdat in de schriftelijke vastlegging van het besluit geen limitatieve lijst van verbeterpunten voor [naam VOF] was opgenomen, welk gebrek bij een (nieuw) besluit op bezwaar vanwege een bevoegdheidsgebrek door tussentijdse wetwijziging niet kon worden hersteld. In de uitspraak staat verder onder meer het volgende vermeld:

“(…)

Overwegingen

(…)

3. Bij tussenuitspraak van 13 juli 2016 (hierna: de eerste tussenuitspraak) heeft de Afdeling geoordeeld dat de rechtbank met juistheid heeft geoordeeld dat [naam VOF] [vzr: [naam VOF]] geen aanknopingspunten naar voren heeft gebracht die leiden tot twijfel aan de juistheid van de hoofdlijn van het door de inspectie voor de Gezondheidszorg uitgebrachte rapport, namelijk dat [naam VOF] niet in staat is verantwoorde zorg te verlenen, en dat de staatssecretaris daarom mocht afgaan op het aan hem uitgebrachte rapport. Verder heeft de Afdeling geoordeeld dat de rechtbank terecht heeft geoordeeld dat de staatssecretaris de belangen van [naam VOF] voldoende heeft betrokken bij zijn besluitvorming door over te gaan tot het geven van een aanwijzing. (...)”

2.8. [Eiser] is vervolgens samen met haar echtgenoot en mede uit naam van [naam VOF] bij de rechtbank Den Haag een civiele bodemprocedure gestart tegen de Staat waarin zij schadevergoeding

vordert vanwege de herroeping van het besluit van 20 december 2013 door de Afdeling.

2.9. Bij brief van 26 oktober 2018 heeft de gemeente de samenwerking met [Eiser] en haar eenmanszaak [handelsnaam Eiser] opgezegd. In deze brief staat onder meer het volgende vermeld: “De gemeente Ede heeft met [handelsnaam Eiser] een Procesovereenkomst d.d. 19 augustus 2015 en een Deelovereenkomst Ambulante dienstverlening d.d. 21 december 2016 gesloten op basis van uw aanmelding op 19 augustus 2015 bij het inkoopnetwerk Wmo. Door middel van deze brief zeggen wij de twee hiervoor genoemde overeenkomsten op tegen 30 april 2019. Dat betekent dat beide overeenkomsten na voornoemde datum eindigen en dat u vanaf dat moment niet langer gerechtigd bent tot het verlenen van ambulante dienstverlening in opdracht van de gemeente. De grondslag, redenen en gevolgen van deze opzegging worden hieronder aan u toegelicht.

Opzeggen van de Procesovereenkomst

Artikel 13 lid 3 van de Procesovereenkomst bepaalt dat wij deze overeenkomst met een aanbieder tussentijds kunnen beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden. Dit artikel bepaalt ook dat de opzegtermijn ingaat op de eerste dag van de kalendermaand volgend op de kalendermaand waarin deze brief door u is ontvangen. Zoals hierboven al aangegeven betekent dit in uw geval dat de overeenkomst eindigt op 30 april 2019. Per die datum eindigt ook de onderliggende deelovereenkomst. Artikel 2 lid 2 van de Procesovereenkomst bepaalt namelijk dat deelname aan een deelovereenkomst niet mogelijk is zonder Procesovereenkomst.

Voor zover nodig: tevens opzeggen Deelovereenkomst

Indien en voor zover nodig wordt bij deze ook de deelovereenkomst opgezegd tegen 30 april 2019 op grond van artikel 5 lid 3 van die overeenkomst. Daarbij merken wij op dat u verplicht en verantwoordelijk bent de continuïteit van de dienstverlening te garanderen tot dat de overeenkomst eindigt. Dat betekent dat u tot 30 april 2019 uw bestaande cliënten moet blijven bedienen en dat u met het oog op het einde van de overeenkomst tijdig dient zorg te dragen voor een deugdelijke en zorgvuldige overdracht van cliënten aan een andere aanbieder.

Toelichting op de keuze om op te zeggen

Op grond van artikel 13 lid 3 van de Procesovereenkomst kan deze opzegging geschieden zonder

opgave van redenen, althans schrijft voornoemd artikel niet voor dat een opzegging zoals bij deze door ons gedaan met redenen omkleed moet zijn. Uiteraard zeggen wij uw Procesovereenkomst niet zomaar op. Wij zijn hierbij niet over een nacht ijs gegaan. De motivatie voor deze keuze zullen wij hierna, overigens geheel onverplicht, aan u uitlegen.

Uitgangspunten samenwerking

In artikel 4 van de Procesovereenkomst is vastgelegd dat u bij de samenwerking met ons de in voornoemd artikel genoemde uitgangspunten/beginselen in acht zal nemen, waaronder vertrouwen, professionaliteit, verantwoordelijkheid, betrouwbaarheid en integriteit. Al deze punten/beginselen zijn essentieel voor een goede samenwerking. Wij hebben helaas door de jaren heen moeten constateren dat u de uitgangspunten die wij hoog in het vaandel hebben staan met regelmaat schendt. Dit heeft tot gevolg dat u in onze visie inmiddels gedurende een langere periode een voortdurende onprofessionele houding aanneemt die afbreuk doet aan de door ons beoogde samenwerking. In het verlengde daarvan heeft dit ook negatieve gevolgen voor de kwaliteit van de door u geleverde zorg.

Onprofessionele houding

De onprofessionele houding blijkt ons met name uit de communicatie tussen u en de Wmo-ambtenaren van onze gemeente. Enkele – bepaald niet uitputtende voorbeelden – zijn uw e-mailbericht van 3 augustus jl. over een ongespecificeerde factuur, getiteld “laatste aanmaning [...]” en uw sms-berichten aan de heer [naam A] waarmee u op vrijdag 17 augustus jl. vergoedingen eist. U bedient zich daarbij steeds van dwingende bewoordingen en interpunctie (vele uitroepetekens of vraagtekens). Bij terechte vragen van onze zijde over de ontbrekende specificatie van uren reageert u bijvoorbeeld in termen als “ik voel me zeer onheus bejegend, “u [was] zeer onvriendelijk en probeerde mij woorden in de mond te duwen”, “uw communicatie is zeer naar en u probeerde mijn woorden te verdraaien”, “u heeft mij [...] beschuldigd en “dit is naar mijn s inziens [sic] met opzet gebeurd!!!” (alle citaten uit uw e-mail van 3 augustus jl.).

(...)

Geen vertrouwen (meer)

De communicatie van uw kant getuigt niet van professionaliteit en objectiviteit en biedt geen vertrouwen in een goede samenwerking. De relatie

tussen u en bepaalde Wmo-ambtenaren is inmiddels zodanig verstoord dat van ons in redelijkheid ook niet kan worden gevergd de Proces- en Deelovereenkomst te laten voortduren. Dat geldt temeer nu u met het herhaaldelijk weigeren om declaraties naar behoren te specificeren, de beginselen schendt van transparantie, verantwoordelijkheid, eerlijkheid en betrouwbaarheid.

Valse verklaring

Hierbij kennen wij ook gewicht toe aan het ons inmiddels gebleken feit dat u destijds bij aanmelding tot het inkoopnetwerk een valse verklaring afgelegd waarin u heeft aangegeven dat u noch de bestuurders van [handelsnaam Eiser] een ernstige beroepsfout hebben begaan. [handelsnaam Eiser] had bij deze verklaring openheid moeten geven over het besluit van de staatssecretaris van VWS van 20 december 2013 waarbij een aanwijzing is gegeven aan V.o.f. [naam VOF] op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen en over het onderliggende advies van de Inspectie voor de Gezondheidszorg. De bevindingen van de Inspectie wezen immers op ernstige beroepsfouten, die ook u als vennoot van de V.o.f. [naam VOF] raken en die [handelsnaam Eiser] dus had moeten melden bij haar aanmelding.

Door die melding (bewust) niet te doen heeft [handelsnaam Eiser] gehandeld in strijd met de uitsluitingsgronden die zijn neergelegd in 3.3 (ernstige beroepsfout) en 3.5 (valse verklaring) van de bij aanmelding ingediende eigen verklaringen. (...)

Opzegging en gevolgen

Het bovenstaande heeft ons na een zorgvuldige afweging van alle betrokken belang, waaronder uw belang bij voortzetting van de overeenkomst, doen besluiten om de overeenkomst op te zeggen tegen 30 april 2019. (...)

2.10. [Eiser] had haar eenmanszaak [handelsnaam Eiser] intussen tevens opnieuw aangemeld bij het inkoopnetwerk Wmo van de gemeente in het kader van de nieuwe inkoopronde Wmo voor de contractering 2019. Bij deze aanmelding heeft [Eiser] een verkeerd aanbestedingsdocument aangeleverd, namelijk dat van de gemeente Arnhem in plaats van de gemeente Ede. Verder heeft [Eiser] bij haar aanmelding onder andere een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel overgelegd dat eerder was afgegeven dan zes maanden voor de aanmelding en heeft zij daarnaast een “Verklaring betalingsgedrag” van

de Belastingdienst Amsterdam ingediend. Deze verklaring luidt als volgt:

“Op uw verzoek van 25 juni 2018 verklaar ik hierbij dat [Eiser] h/o [handelsnaam Eiser], (...), alle invorderbare belasting en premies heeft betaald, met uitzondering van de bedragen waarvoor uitsstel is verleend in verband met ingediend bezwaar en/of beroep of hoger beroep.

Bij deze verklaring zijn de volgende punten van belang:

- Deze verklaring gaat alleen over gegevens die op 20 juli 2018 bij de Belastingdienst/Amsterdam bekend waren.

- De Belastingdienst is niet aansprakelijk voor eventuele nadelige gevolgen die voortvloeien uit het gebruik van deze verklaring.”

2.11. Bij brief van 31 oktober 2018 heeft de gemeente als volgt op de aanvraag tot deelname aan het inkoopnetwerk Wmo gereageerd:

“(…)

Uitsluiting

De gemeente heeft besloten [handelsnaam Eiser] niet tot het inkoopnetwerk toe te laten, maar om [handelsnaam Eiser] uit te sluiten. Aan die beslissing liggen de volgende redenen ten grondslag, die ieder afzonderlijk deze uitsluiting rechtvaardigen:

- Uitsluitingsgrond “Prestaties uit het verleden”;
- Uitsluitingsgrond “Betaling van belastingen of sociale premies”;

- Ongeldige aanmelding door ontbreken (correct) Uniform Europees aanbestedingsdocument;
- Ongeldige aanmelding door ontbreken (correct) uittreksel Kamer van Koophandel.

(…)

Prestaties uit het verleden

Zoals u bekend en medegedeeld bij brief d.d. 26 oktober 2018 heeft de gemeente de Procesovereenkomst d.d. 19 augustus 2015 en de Deelovereenkomst Ambulante dienstverlening d.d. 21 december 2016 opgezegd vanwege verschillende tekortkomingen van [handelsnaam Eiser] in de nakoming van die overeenkomsten. (...)

Die tekortkomingen en die opzegging brengen mee dat op [handelsnaam Eiser] in het kader van zijn nieuwe aanmelding de uitsluitingsgrond “Prestaties uit het verleden” van toepassing is (...). Uit artikel 5 van de Procesovereenkomst, leden 1 en 2, volgt dat de toepasselijkheid van deze uitsluitingsgrond leidt tot uitsluiting van deelname, zodat [handelsnaam Eiser] wordt uitgesloten.

Betaling van belastingen of sociale premies

Bij aanmelding had [handelsnaam Eiser] een correcte “Verklaring betalingsgedrag nakoming fiscale verplichtingen” dienen over te leggen waarmee [handelsnaam Eiser] zou bewijzen te hebben voldaan aan haar betalingsverplichtingen op het gebied van belastingen en sociale premies. De verplichting tot overlegging van de Verklaring betalingsgedrag volgt onder meer uit artikel 5 lid 3 onderdeel b van de Procesovereenkomst en uit de aanmeldinstructie.

De gemeente stelt vast dat de door [handelsnaam Eiser] ingezonden verklaring niet voldoet en dat niet het vereiste bewijs is geleverd. (...)

De conclusie luidt dus dat [handelsnaam Eiser] niet heeft voldaan aan de verplichting een correcte Verklaring betalingsgedrag over te leggen en dat zij daarom moet op de voet van de uitsluitingsgrond “Betaling van belastingen of sociale premies” wordt uitgesloten van deelname aan het inkoopnetwerk.

Ontbreken correct Uniform Europees Aanbestedingsdocument

[handelsnaam Eiser] heeft in strijd met artikel 5 lid 2 van de Procesovereenkomst en in strijd met de aanmeldinstructie niet het juiste Uniform Europees Aanbestedingsdocument ingediend. In plaats daarvan is een eigen verklaring ingestuurd van afwijkende opmaak en inhoud, die kennelijk is bestemd voor inschrijving op een dynamisch aankoopstelsel van de gemeente Arnhem. Door niet het juiste Uniform Europees Aanbestedingsdocument volledig in te vullen en in te zenden, is de aanmelding van [handelsnaam Eiser] onvolledig (en ongeldig) zodat zij ook daarom terzijde wordt geschoven.

Ontbreken correct uittreksel van de Kamer van Koophandel

[handelsnaam Eiser] heeft een uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel ingediend dat is opgemaakt op 10 december 2017, zulks in strijd met de eis dat het uittreksel niet ouder mag zijn dan zes maanden. Dat vereiste volgt uit artikel 5 lid 3 onderdeel c van de Procesovereenkomst en uit de aanmeldinstructie. Omdat een uittreksel van maximaal zes maanden oud ontbreekt, is de aanmelding van [handelsnaam Eiser] ook op dat punt onvolledig en ongeldig. Ook daarom wordt zij terzijde geschoven. (...)

2.12. De rechtbank Den Haag heeft daarna in de bodemprocedure van [naam VOF] en haar vennoten tegen de Staat op 12 december 2018 vonnis

gewezen. In dit vonnis is de geldvordering afge-
wezen vanwege het ontbreken van causaal ver-
band tussen het in 2013 door de staatssecretaris
van VWS genomen besluit en de gestelde schade
door herroeping daarvan in 2017.

2.13. Op dit moment levert [Eiser] geen zorg in de
gemeente Ede. Wel is zij met haar onderneming
[handelsnaam Eiser] actief in de regio Mid-
den-Gelderland en de regio Amersfoort.

3. Het geschil

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

Primair

I de opzeggingen van 26 oktober 2018 door de
gemeente van de gesloten Procesovereenkomst op
19 augustus 2015 en van de gesloten Deelovereen-
komst Ambulante Dienstverlening op 21 decem-
ber 2015 tussen partijen na dit vonnis te schorsen
en geschorst te houden, totdat in een eventuele
bodempcedure door de rechtbank Gelderland
te Arnhem vonnis is gewezen;

II de uitsluiting van 31 oktober 2018 van [Eiser]
tot het Inkoopnetwerk Wmo door de gemeente na
dit vonnis te schorsen en geschorst te houden
totdat in een eventuele bodempcedure door de
rechtbank Gelderland te Arnhem vonnis is gewe-
zen;

III aan de gemeente op te dragen dat [Eiser] na dit
vonnis alsnog de gelegenheid krijgt om de gebre-
ken met betrekking tot het aanbestedingsdocu-
ment en het uittreksel van KvK te herstellen en
wordt toegelaten tot het Inkoopnetwerk Wmo van
de gemeente;

Subsidiar

IV aan het niet nakomen door de gemeente van in
het primair gestelde toegewezen door de recht-
bank na dit vonnis een dwangsom te verbinden
van € 1.000,00 per dag, met een maximum van
€ 250.000,00;

Primair en Subsidiar

V de gemeente te veroordelen in de proceskosten,
te vermeerderen met wettelijke rente.

3.2. De gemeente voert verweer en concludeert
tot afwijzing van de vorderingen.

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

4. De beoordeling van het geschil

4.1. [Eiser] vordert in de eerste plaats schorsing
van de opzegging van de Procesovereenkomst en

de Deelovereenkomst, tot over de rechtsgeldig-
heid van die opzegging in een bodempcedure is
beslist. Vaststaat dat de gemeente de Procesover-
eenkomst bij brief van 26 oktober 2018 heeft op-
gezegd, met inachtneming van de in artikel 13 lid
3 van die overeenkomst opgenomen opzegtermijn
van zes maanden, tegen 1 mei 2019. [Eiser] stelt
zich op het standpunt dat de gemeente niet had
mogen opzeggen op basis van artikel 13 lid 3,
maar dat zij bij de opzegging artikel 16 van de
overeenkomst had moeten toepassen. Dit artikel
schrijft voor dat bij het ontstaan van geschillen bij
de uitvoering van de Procesovereenkomst of
daaruit voortkomende deelovereenkomsten, par-
tijten eerst in onderling overleg treden om die ge-
schillen op te lossen, waarna in uiterste gevallen
van mediation gebruik kan worden gemaakt. An-
ders dan [Eiser] stelt, ziet dit artikel aldus niet op
opzegging van de overeenkomst, maar op geschil-
len over tekortkomingen daarin en/of ontbinding
daarvan. Dat is hier niet aan de orde. Voorhands
geoordeeld beperkt artikel 16 van de Procesover-
eenkomst de gemeente niet in haar contractuele
bevoegdheid om de Procesovereenkomst op de
voet van artikel 13 lid 3 en met inachtneming van
de overeengekomen opzegtermijn op te zeggen.
Er is pas sprake van een geschil in de zin van arti-
kel 16 als de wederpartij tegen die opzegging wil
opkomen. In dit geval is dat [Eiser] en zij heeft er
zelf voor gekozen dit geschil aan te brengen bij de
voorzieningenrechter.

4.2. De Procesovereenkomst tussen partijen is op
19 augustus 2015 gesloten voor onbepaalde tijd.
In artikel 13 lid 3 van de overeenkomst is bepaald
dat de overeenkomst kan worden opgezegd met
inachtneming van een termijn van zes kalender-
maanden. Dit heeft de gemeente gedaan en aan-
genomen moet dan ook worden dat de gemeente
bij haar opzegging alle voorgeschreven formalitei-
ten in acht heeft genomen. In artikel 13 lid 3 staat
immers niet vermeld dat de gronden voor opzeg-
ging bij de opzegging moeten worden genoemd.
In het artikel staat weliswaar een voorbeeld van
een opzeggingsgrond, maar er bestaan geen aan-
knopingspunten voor de gedachte dat dit voor-
beeld limitatief zou zijn en de overeenkomst enkel
op die (of een soortgelijke) grond zou mogen
worden opgezegd. Dit neemt niet weg dat de ge-
meente op grond van de redelijkheid en billijk-
heid wel gehouden kan zijn om redenen voor de
opzegging aan [Eiser] kenbaar te maken. In dat
verband zou dan van de gemeente een nadere

motivering van de opzegging mogen worden verwacht. Feit is dat de gemeente een dergelijke motivering ook heeft gegeven. Bij brief van 26 oktober 2018 heeft de gemeente een aantal gronden genoemd die, marginaal getoetst, de opzegging van de Procesovereenkomst kunnen dragen.

4.3. De eerste grond betreft schending van de uitgangspunten voor samenwerking zoals die specifiek in de Procesovereenkomst zijn vermeld, waaronder professionaliteit, vertrouwen, betrouwbaarheid, integriteit en objectiviteit. Ter onderbouwing daarvan heeft de gemeente een e-mailwisseling overgelegd tussen gemeenteambtenaren en [Eiser] uit de afgelopen jaren van samenwerking. Uit deze e-mailberichten kan worden afgeleid dat [Eiser] berichten vanuit de gemeente al geruime tijd anders interpreteert dan bedoeld en de daarin vervatte boodschappen als een persoonlijke aanval op haarzelf beschouwt. De reacties van [Eiser] die daarop volgen tonen niet van zodanig professioneel en objectief gedrag als van een zorgaanbieder jegens haar contractspartner, in dit geval de gemeente, mag worden verwacht. Op basis van de overgelegde e-mailberichten valt met name op dat de gemeente [Eiser] op basis van deze reacties en het vertoonde gedrag vanwege gebrek aan vertrouwen niet (langer) als betrouwbare contractspartner beschouwt. Hoewel (de advocaat van) [Eiser] ook bezwaar heeft gemaakt tegen overlegging van de hiervoor bedoelde e-mailwisseling en ook in dat verband om schorsing van de mondelinge behandeling heeft verzocht, staat vast dat de betreffende e-mailberichten door en naar [Eiser] zelf zijn verstuurd en zij met de inhoud daarvan aldus bekend is. Aan de stelling dat [Eiser] zich daartegen niet (afdoende) heeft kunnen verweren, zal dan ook voorbij worden gegaan.

4.4. Daarbij komt dat op basis van de omstandigheden van dit geval de gemeente [Eiser] kan verwijten dat zij bij haar aanmelding bij het inkoopnetwerk Wmo in augustus 2015 een valse verklaring heeft ingediend. [Eiser] heeft in haar verklaring namelijk niet gemeld dat zij enige tijd daarvoor een ernstige beroepsfout had begaan als vennoot van [naam VOF]. Vaststaat dat ten tijde van de contractering in september 2015 sprake was van een geldend exploitatieverbod voor [naam VOF], welk verbod op dat moment reeds door de bestuursrechter van deze rechtbank was bevestigd. De bestuursrechter heeft bij uitspraak

van 16 juli 2015 geoordeeld dat de Inspectie heeft gerapporteerd dat de cliënten van [naam VOF] niet de zorg kregen die voor hen was geïndiceerd en dat de begeleiding die zij wel ontvingen niet voldeed aan de eisen die daaraan op grond van de AWBZ mochten worden gesteld en met [naam VOF] waren overeengekomen. De zorg was hierdoor op essentiële punten niet geborgd, waardoor het niet verantwoord was dat [naam VOF] nog langer zorg in de zin van de Kwz zou verlenen. De bestuursrechter heeft vervolgens geoordeeld dat in het inspectierapport een groot aantal tekortkomingen zijn geconstateerd en dat namens [naam VOF] geen aanknopingspunten naar voren zijn gebracht die leiden tot twijfel aan de daarop gebaseerde mening van de Inspectie dat [naam VOF] niet in staat was verantwoorde zorg te verlenen. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft het besluit van 20 december 2013 vervolgens in een beroepsprocedure weliswaar op formele gronden vernietigd en herroepen, maar ook de Afdeling oordeelde dat de kwaliteit van de door [naam VOF] geleverde zorg dermate te wensen overliet, dat het niet verantwoord was dat zij nog langer zorg in de zin van de Kwz zou verlenen. De Afdeling motiveerde dat met het oordeel dat de door de Inspectie geconstateerde tekortkomingen dermate ernstig waren dat zij de feitelijke beëindiging van de activiteiten van [naam VOF] als zorgaanbieder rechtvaardigden.

4.5. De voorzieningenrechter is van oordeel dat [Eiser] het besluit van 20 december 2013 en de daarop volgende uitspraak van deze rechtbank in beroep als vennoot van [naam VOF] bij haar aanmelding tot het inkoopnetwerk Wmo bij de gemeente had moeten melden. In plaats daarvan staat vast dat [Eiser] heeft verklaard dat haar onderneming, noch een bestuurder daarvan, in de vier jaar voorafgaande aan het tijdstip van het verzoek tot deelname in de uitoefening van haar beroep geen ernstige fout heeft begaan en dat zij zich niet schuldig heeft gemaakt aan het niet of niet volledig verstrekken van de door de aanbestedende dienst, in dit geval de gemeente, verzochte inlichtingen. Het ter zitting gevoerde betoog van [Eiser] dat de gemeente ten tijde van haar inschrijving in augustus 2015 reeds bekend was met het besluit en de daarop volgende rechterlijke beslissing(en) gaat niet op. De gemeente heeft die bekendheid ter zitting gemotiveerd weersproken en verder aangevoerd dat de vorenbedoelde stukken haar eerst in 2017 zijn toege-

zonden. Nu de gemeente in de daarover gevoerde procedures verder ook geen partij was, kan in dit kort geding niet worden aangenomen dat zij met de inhoud daarvan medio 2015 al bekend was en dit [Eiser] in de aanbestedingsprocedure in 2015 zou ontslaan van haar verplichting de gemeente alle verzochte inlichtingen te verstrekken.

4.6. Dit alles leidt ertoe dat de opzegging van de Procesovereenkomst op 26 oktober 2018 voorshands geoordeeld rechtsgeldig en niet onrechtmatig is geschied. Dit geldt ook voor de opzegging van de Deelovereenkomst, waarvoor dezelfde gronden zijn gebezigd en die overigens ook vervalt op het moment dat niet langer een Procesovereenkomst tussen partijen bestaat.

4.7. De tweede vordering van [Eiser] heeft betrekking op de (nieuwe) aanmelding bij het inkoopnetwerk Wmo van de gemeente en de vraag of de uitsluiting van [Eiser] en haar eenmanszaak [handelsnaam Eiser] daarvan voorlopig geoordeeld onrechtmatig moet worden geacht. Vaststaat dat [Eiser] haar onderneming [handelsnaam Eiser] hangende de opzegging van de lopende Proces- en Deelovereenkomst door de gemeente op 26 oktober 2018 opnieuw heeft aangemeld bij het inkoopnetwerk Wmo van de gemeente voor contractering in 2019. Vooropgesteld wordt dat dit een ongeldige aanmelding betreft. In de eerste plaats heeft [Eiser] bij haar aanmelding niet het door de gemeente gehanteerde inschrijfformulier overgelegd, maar een inschrijfformulier van de gemeente Arnhem dat kennelijk betrekking had op een eerdere door die gemeente in de markt gezette inkoopprocedure. Daarnaast moet worden geconstateerd dat [Eiser] bij haar aanmelding een verouderd uittreksel uit de Kamer van Koophandel heeft bijgevoegd, dat daardoor niet voldeed aan de daaraan gestelde eisen. Een juiste aanmelding is daarna niet en dus ook niet vóór 15 oktober 2018, zijnde de uiterste inschrijfdatum, gevolgd, zodat de aanmelding van [Eiser] ook ontijdig is.

4.8. De vraag die vervolgens rijst is of de gemeente moet worden bevolen om [Eiser] de gelegenheid te bieden deze gebreken aan haar aanmelding op dit moment nog te herstellen. In dat verband is de gemeente in ieder geval gehouden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. [Eiser] heeft de stelling van de gemeente dat zij in het kader van de aanmeldingen bij het inkoopnetwerk Wmo naast [Eiser] circa tien andere aanbieders heeft uitgesloten niet

weersproken, zodat van de juistheid daarvan zal worden uitgegaan. Inmiddels is de inschrijftermijn tot het inkoopnetwerk al geruime tijd gesloten, terwijl [Eiser] naar aanleiding van de aan haar bij brief van 31 oktober 2018 bekend gemaakte uitsluiting geen actie heeft ondernomen. Gesteld noch gebleken is dat [Eiser] binnen bekwame tijd aan de gemeente heeft gevraagd of zij de in de brief vermelde gebreken zou mogen herstellen. Indien zij daartoe nu naar aanleiding van haar dagvaarding van maart 2019 alsnog in de gelegenheid wordt gesteld, zou dat ook moeten gebeuren bij andere inschrijvers die om soortgelijke redenen zijn afgewezen. Daarbij komt dat namens de gemeente is aangevoerd dat de gebreken in de aanmelding tevens een uitsluitingsgrond vormen, waardoor [Eiser] op dit moment überhaupt niet meer tot het inkoopnetwerk Wmo kan en mag worden toegelaten.

4.9. Dit betreft in de eerste plaats het onderdeel “prestaties uit het verleden”. Het gaat daarbij niet om de materiële tekortkoming in de zin van de aanwijzing van de Inspectie, want die dateert van 20 december 2013 en mag daarom niet meer in de beoordeling van de aanmelding in 2018 worden meegenomen, maar om het zich bedienen van een valse eigen verklaring bij de inschrijving tot het netwerk in augustus 2015 zoals hiervoor onder 4.4. en 4.5. reeds is besproken. In de tweede plaats heeft [Eiser] zich in het kader van haar aanmelding voor het onderdeel “Verklaring betalingsgedrag nakoming fiscale verplichtingen” bediend van een verklaring van de Belastingdienst Amsterdam. De Belastingdienst heeft in haar brief van 20 juli 2019 verklaard dat [Eiser], handelende onder [handelsnaam Eiser], alle invorderbare belastingen en premies heeft betaald, met uitzondering van de bedragen waarvoor uitstel is verleend in verband met ingediend bezwaar en/of beroep of hoger beroep. Anders dan dit doet vermoeden, is ter zitting gebleken dat deze zinsnede kennelijk geen betrekking heeft op bezwaar of beroep tegen de belastingaanslag zelf als wel een beroep op mogelijke verrekening van schade die [Eiser] van de Staat heeft gevorderd in de civiele bodemprocedure bij de rechtbank Den Haag. Volgens [Eiser] is de Belastingdienst bereid met de invordering van bepaalde (inkomens)belastingen te wachten op de uitkomst van die procedure en het mogelijk door [Eiser] daaruit te ontvangen schadebedrag. Wat daar verder ook van zij, vaststaat dat in de procedure in eerste aanleg de rechtbank Den

Haag op 12 december 2018 vonnis heeft gewezen waarin de geldvordering van [Eiser] integraal is afgewezen. Onder deze omstandigheid, waarover mr. drs. Chen (in het *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, februari 2014, nr.1, p. 22) heeft geschreven dat de verbintenis tot betaling er op zichzelf wel is, maar enkel onder bepaalde voorwaarden niet wordt opgeëist en het aanwezig zijn van een voorbehoud door de Belastingdienst tot gevolg zou moeten hebben dat de inschrijver moet (althans kan) worden uitgesloten, geldt dat in dit geval aannemelijk is dat [Eiser] een belastingschuld heeft die in de weg staat aan toelating tot het inkoopnetwerk Wmo. Daaraan doet niet af of [Eiser] tegen het vonnis van de rechtbank Den Haag wel of geen hoger beroep heeft ingesteld, omdat het recht op herstel van gebreken in ieder geval is komen te vervallen vanwege de hiervoor weergegeven (mogelijke) uitsluitingsgronden. Een belangrijke reden voor de uitsluiting is daarnaast ook de (overigens onweersproken) ernstig verstoorde verhoudingen tussen [Eiser] en de gemeente. Dit alles leidt ertoe dat de uitsluiting van [Eiser] en haar onderneming [handelsnaam Eiser] van deelname aan de tot 15 oktober 2018 openstaande aanbesteding voorshands geoordeeld niet ten onrechte heeft plaatsgevonden. De vordering strekkende tot schorsing daarvan zal dan ook worden afgewezen.

4.10. Of de gemeente [Eiser], handelende onder [handelsnaam Eiser], daarnaast ook volledig van het inkoopnetwerk Wmo mag uitsluiten, kan in dit kort geding niet worden vastgesteld. Deze vraag kan eventueel in een bodemprocedure worden voorgelegd en nader worden onderzocht. Voor uitwisseling van nadere standpunten en bewijslevering in dat verband is in dit kort geding naar haar aard geen plaats. Dat [Eiser] zich op dit moment niet bij het inkoopnetwerk kan aanmelden, rechtvaardigt naar het oordeel van de voorzieningenrechter in dit kort geding geen schorsing van die beslissing, mede vanwege het feit dat de gemeente ter zitting onweersproken heeft verklaard dat zij op dit moment ook geen opdracht in de markt heeft gezet waarvoor zorgaanbieders zich kunnen aanmelden.

4.11. Een belangenafweging maakt het voorgaande niet anders. Ter zitting is gebleken dat [Eiser], handelende onder [handelsnaam Eiser], vóór het moment dat de Procesovereenkomst en de Deelovereenkomst werden opgezegd in totaal één cliënt in de gemeente had waar zij gedurende drie

uur per week zorg aan verleende op basis van die overeenkomsten en dat zij daarnaast meerdere cliënten had in de regio Midden-Gelderland en Amersfoort aan wie zij zorg verleende tegen betaling. Dit is met het oog op de belangen van de gemeente om zich conform de bepalingen uit de tussen partijen in 2015 gesloten overeenkomsten en in lijn met de beginselen van het aanbestedingsrecht te kunnen gedragen geen zodanig belang dat een ordemaatregel als in dit kort geding gevorderd is gerechtvaardigd.

4.12. [Eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Deze kosten worden aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op:

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

Totaal € 1.619,00

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

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [Eiser] tot betaling van de proceskosten, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 1.619,00, waarin begrepen € 980,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis,

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

- € 157,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,
 - te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening,
- 5.4. verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Onder «JAAN» 2018/119

mr. M.W. Speksnijder
advocaat bij CMS

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