

72

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
18 februari 2014, nr. C/09/454680 /KG ZA
13-1302, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338
(mr. Hage)
Noot mr. C.H. van Hulsteijn

Ernstige beroepsfout. Ontbinding van na aanbesteding gesloten overeenkomst in casu niet onrechtmatig. Opgewekt vertrouwen. Het niet-nakomen van contractuele verplichtingen kan slechts als ernstige beroepsfout worden gekwalificeerd als sprake is van opzet of ernstige nalatigheid. Uitsluiting inschrijver in strijd met zorgvuldigheidsbeginsel en disproportioneel.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.87 lid sub c]

Het Ministerie van Economische Zaken (EZ, onderdeel van de Staat, start in juni 2013 een aanbesteding voor het verzorgen van restauratieve voorzieningen (cateringdiensten) voor de Rechtspraak (de opdracht), met als doel het sluiten van een raamovereenkomst. De opdracht is verdeeld in 11 percelen. Eveneens in juni 2013 start EZ een aanbesteding voor het verzorgen van restauratieve voorzieningen voor het Kerndepartement van EZ. Sodexo schrijft begin augustus 2013 op beide aanbestedingen in. In september 2013 gunt het Ministerie van EZ de opdracht voor het Kerndepartement van EZ definitief aan Sodexo en in november 2013 sluiten beide partijen een overeenkomst ten behoeve van deze aanbesteding (de overeenkomst). In oktober 2013 bericht EZ aan Sodexo dat zij ook voornemens is vijf percelen van de opdracht (voor de Rechtspraak) aan haar te gunnen. Met betrekking tot deze laatste aanbesteding (de opdracht) vindt op 2 december 2013 een gesprek plaats tussen Sodexo en EZ. Tijdens dit gesprek (vier weken voor de start van de uitvoering van de overeenkomst) stelt Sodexo de Staat ervan op de hoogte dat zij een rekenfout heeft gemaakt in de inschrijving voor de aanbesteding voor het Kerndepartement van EZ en dat nakoming van de overeenkomst voor haar tot aanzienlijke schade zal leiden. Over de (verdere) inhoud van het gesprek ontstaat tussen partijen een verschil van mening. Sodexo stelt dat het een verkennend gesprek betrof, waarbij zij niet heeft bedoeld te zeggen dat zij de overeenkomst niet zal nakomen, terwijl EZ stelt dat Sodexo tijdens het gesprek heeft meegedeeld dat haar bestuur in Parijs reeds besloten had dat de overeenkomst niet

zou worden uitgevoerd. Als gevolg van het gesprek ontbindt de Staat de overeenkomst met Sodexo (voor de cateringdiensten voor het Kerndepartement van EZ) en besluit de Staat het gunningsvoornemen voor de percelen voor de opdracht (voor de Rechtspraak) in te trekken. Even later, op 20 december 2013, bericht de Staat aan Sodexo dat de beoordeling van de inschrijvingen op de opdracht (voor de echtspraak) niet juist is verlopen, zodat er een herbeoordeling zal plaatsvinden, en dat zij (Sodexo) wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak. Reden voor uitsluiting is volgens de Staat een 'ernstige beroepsfout' ex art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012 van Sodexo, omdat het in het geheel niet nakomen van een overeenkomst de meest vergaande en ernstigste vorm van niet-nakomen is die denkbaar is, en het daarom, in lijn met het oordeel van het HvJ EU, moet worden gekwalificeerd als een ernstige beroepsfout. Deze ernstige beroepsfout heeft de professionele geloofwaardigheid van Sodexo en het vertrouwen van de Staat in Sodexo dusdanig aangetast dat van de Staat niet verwacht kan worden dat hij direct daarop weer een belangrijke opdracht aan Sodexo toevertrouwt, aldus de Staat. Ook zou de inschrijving voor de opdracht (voor de Rechtspraak) niet rechtsgeldig ondertekend zijn, aldus de Staat.

Sodexo maakt bezwaar, start een kort geding en vordert onder meer de Staat te gebieden de ontbinding van de overeenkomst (voor de diensten voor het Kerndepartement van EZ) ongedaan te maken, de ongeldigverklaring van de inschrijving van Sodexo c.q. haar uitsluiting van de opdracht (voor de Rechtspraak) in te trekken, en de inschrijving van Sodexo mee te nemen in de herbeoordeling van de inschrijvingen op de betreffende opdracht.

Ontbinding van de overeenkomst voor de cateringdiensten voor het Kerndepartement

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter heeft Sodexo niet op ondubbelzinnige wijze aan de Staat kenbaar gemaakt dat nakoming van de overeenkomst nog tot de mogelijkheden behoorde (een mededeling van die strekking heeft Sodexo pas gedaan, nadat haar gebleken was dat de Staat haar had uitgesloten van deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak), zodat de Staat met die mogelijkheid geen rekening heeft hoeven houden. Derhalve is het gebrek aan vertrouwen van de Staat in de nakoming door Sodexo gerechtvaardigd. De conclusie van de voorzieningenrechter is dat het de Staat vrijstond om de overeen-

komst te ontbinden. De vordering van Sodexo tot ongedaanmaking van de ontbinding van de overeenkomst wordt afgewezen.

Uitsluiting van deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak

De vraag die vervolgens voor ligt is of hetgeen is voorgevallen bij de aanbesteding ten behoeve van het Kerndepartement van EZ in de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak in redelijkheid kan worden aangemerkt als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep, die er op grond van het bepaalde in art. 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012 toe leidt dat Sodexo van deelname aan die aanbesteding wordt uitgesloten. De andere vraag is of Sodexo vanwege de ongeldigheid van de ondertekening van haar inschrijving mocht worden uitgesloten. De voorzieningenrechter beantwoordt beide vragen ontkennend.

a. Ernstige beroepsfout

Hoewel de Staat de overeenkomst op goede gronden heeft ontbonden, aangezien hij uit de gedragingen van Sodexo heeft mogen begrijpen dat Sodexo de overeenkomst niet zou nakomen, betekent dit nog niet dat ook sprake is van een ernstige beroepsfout aan de zijde van Sodexo, die van invloed is op haar professionele geloofwaardigheid. Weliswaar kan de niet-nakoming van contractuele verplichtingen onder omstandigheden worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening, maar in het onderhavige geval is opzet of ernstige nalatigheid aan de zijde van Sodexo, als gevolg waarvan Sodexo de overeenkomst niet is nagekomen, voorshands niet aannemelijk geworden. Weliswaar zijn van de zijde van de Staat twijfels geuit met betrekking tot de door Sodexo gestelde rekenfout, maar dit rechtvaardigt naar voorlopig oordeel niet het standpunt dat Sodexo de Staat doelbewust heeft misleid en de rekenfout slechts aan de orde heeft gesteld om onder nakoming van de overeenkomst uit te komen. Dat Sodexo pas kort voor de daadwerkelijke implementatie van de overeenkomst melding heeft gemaakt van de rekenfout maakt dit niet anders, omdat Sodexo voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat deze fout pas ten volle zichtbaar werd bij de implementatiebesprekingen. In het licht van de hiervoor vermelde omstandigheden is de voorzieningenrechter van oordeel dat het maken van een rekenfout, de inhoud van het naar aanleiding daarvan gevoerde gesprek op 2 december 2013 en het aandeel van Sodexo in de ontbinding van de overeenkomst niet zodanig ernstig zijn, dat (zoals de Staat heeft betoogd) sprake is van een ernstige beroepsfout en al evenmin dat deze de vergaande consequentie

van uitsluiting van deelname van Sodexo aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak rechtvaardigt. Daar komt nog bij dat de Staat heeft nagelaten een grondig en onafhankelijk onderzoek in te stellen, maar Sodexo direct, zonder hoor en wederhoor toe te passen, heeft uitgesloten van de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak, hetgeen gelet op de omstandigheden van het geval naar voorlopig oordeel als in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en als disproportioneel moet worden aangemerkt.

b. (On)geldigheid ondertekening inschrijving

Voor zover de Staat aan zijn motivering om Sodexo van deelname aan de aanbesteding voor de Rechtspraak uit te sluiten ten grondslag heeft gelegd dat de inschrijving van Sodexo niet rechtsgeldig is ondertekend, oordeelt de voorzieningenrechter dat daarvan geen sprake is en dat, voor zover er sprake was van onduidelijkheid over de ondertekeningbevoegdheid van de door Sodexo gevolmachtigde, het op de weg van de Staat had gelegen hierover vragen te stellen.

De vorderingen van Sodexo tot het intrekken van de uitsluiting van Sodexo van de opdracht (voor de Rechtspraak), en het meenemen van de inschrijving van Sodexo in de herbeoordeling van de inschrijvingen op de betreffende opdracht, worden toegewezen.

De besloten vennootschap Sodexo BV te Capelle aan den IJssel,
advocaat mr. A.C.M. Fischer-Braams te Rijswijk,
tegen
de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden (Ministerie van Economische Zaken)
te Den Haag,
advocaat mr. A.L.M. de Graaf te Den Haag.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 7 februari 2014 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. Het Ministerie van Economische Zaken (EZ) heeft, als onderdeel van de Staat en namens de Rechtspraak, in juni 2013 een 'Aanbesteding Restauratieve Voorzieningen voor de Rechtspraak', hierna 'de Opdracht', uitgeschreven, met als doel het sluiten van een raamovereenkomst. De Opdracht is verdeeld in 11 percelen en heeft een minimale looptijd van drie jaar en een maximale looptijd van acht jaar. Eveneens in juni 2013

heeft het Ministerie van EZ een aanbesteding uitgeschreven voor het verzorgen van restauratieve voorzieningen voor het Kerndepartement van EZ. 1.2. Op 6 augustus 2013 heeft Sodexo voor alle percelen van de Opdracht ingeschreven. De inschrijving en de bij de inschrijving overgelegde verklaringen zijn alle ondertekend door J.J. Stellingwerf. Bij de inschrijving heeft Sodexo een volmacht d.d. 24 juli 2013 overgelegd, ondertekend door J.G.E. Rijnierse (CEO) en A.M. van der Woerd (CFO) namens de directie van Sodexo Nederland B.V., de holdingmaatschappij van Sodexo, Sodexo Allys B.V. en Sodexo Prestige B.V., waarop is vermeld dat J.J. Stellingwerf bevoegd is tot het ondertekenen van de voor de aanbesteding nodige documenten. In de aanhef van deze volmacht is vermeld:

Betreft: Volmacht ten behoeve van de aanbesteding restauratieve voorzieningen De Rechtspraak.

1.3. Op 7 augustus 2013 heeft Sodexo ingeschreven op de aanbesteding voor het Kerndepartement van EZ.

1.4. Nadat de Staat op 12 augustus 2013 een toelichting aan Sodexo had gevraagd op haar inschrijving voor wat betreft het aantal uren inzet van personeel per maand en Sodexo deze toelichting op dezelfde dag had verstrekt, is de opdracht ten behoeve van het Kerndepartement van EZ op 13 september 2013 definitief aan Sodexo gegund. Op 7 november 2013 heeft Sodexo een overeenkomst met de Staat gesloten voor het verzorgen van restauratieve voorzieningen ten behoeve van het Kerndepartement van EZ, hierna 'de Overeenkomst'.

1.5. Desgevraagd heeft Sodexo op 3 oktober 2013 nog aanvullende stukken overgelegd in het kader van de inschrijving op de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak, waaronder uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel, de statuten en de volmacht van de directie d.d. 24 juli 2013.

1.6. Bij brief van 18 oktober 2013 heeft de Staat ter zake van de Opdracht aan Sodexo meegedeeld dat de percelen 2, 3, 5, 6 en 11 voorlopig aan haar zijn gegund en dat zij met betrekking tot de overige percelen niet voor gunning in aanmerking komt.

1.7. Op 2 december 2013 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen J. Bakker, sales director bij Sodexo, en M. Plomp, Manager Facilitair, Huisvesting en Inkoop/Coördinerend directeur Inkoop van het Ministerie van EZ. Tijdens dit gesprek

heeft J. Bakker te kennen gegeven dat Sodexo in het kader van haar inschrijving op de opdracht ten behoeve van het Kerndepartement van EZ een rekenfout heeft gemaakt, waardoor zij een verlies van € 250.000,-- per jaar zal lijden. Op verzoek van M. Plomp heeft J. Bakker het standpunt van Sodexo in een brief van 3 december 2013 weergegeven. Deze brief vermeldt – voor zover hier van belang – het volgende:

"(....)"

Zoals besproken op 2 december 2013 heeft Sodexo B.V. in haar inschrijving aan Ministerie van Economische zake inzake de aanbesteding Cateringdiensten fouten gemaakt waardoor Sodexo B.V. in alle redelijkheid niet kan voldoen aan haar inschrijving. (...)

Vervolgens hebben wij in ons constructieve gesprek twee mogelijke oplossingsrichtingen verkend, te weten "niet opstarten" en "opstarten per 1.1.2014 en spoedig ontbinden". U heeft aangegeven mogelijke gevolgen van beide twee opties te willen onderzoeken.

(....)"

1.8. Zowel J. Bakker als M. Plomp, voornoemd, hebben ten overstaan van een notaris een verklaring onder ede afgelegd met betrekking tot de inhoud van het gesprek dat zij op 2 december 2013 met elkaar hebben gevoerd. De strekking van de verklaring van J. Bakker is dat het gesprek een verkennend karakter droeg, dat er twee mogelijke oplossingsrichtingen besproken zijn en dat niet is meegedeeld dat Sodexo reeds een beslissing genomen had, terwijl de strekking van de verklaring van M. Plomp is dat J. Bakker heeft meegedeeld dat het hoofdkantoor van Sodexo in Parijs heeft besloten dat Sodexo de Overeenkomst niet meer mocht uitvoeren en dat M. Plomp uit de mededelingen van J. Bakker niet heeft kunnen afleiden dat sprake was van een verkennend gesprek of dat Sodexo nog overwoog om de Overeenkomst na te komen.

1.9. Bij brief van 6 december 2013 heeft de Staat – voor zover hier van belang – het volgende aan Sodexo meegedeeld:

"(....)"

In het voornoemde gesprek – bevestigd in voornoemde brief van 3 december jl. – deelde u mij mede dat in de inschrijving fouten zijn gemaakt van een zodanige aard dat Sodexo 'in alle redelijkheid niet kan voldoen aan haar inschrijving'. U stelt mij twee mogelijke oplossingsrichtingen voor, die beide in feite op hetzelfde neerkomen: een 'niet opstarten'

en een 'opstarten gevolgd door een spoedig ontbinden' van de overeenkomst. Beide oplossingen komen neer op een onmiddellijk respectievelijk op een korte termijn ontbinden van de met u gesloten overeenkomst. Dit betekent dat Sodexo de gedane inschrijving niet gestand kan en wil doen en de met u gesloten overeenkomst niet langer wil nakomen. Een nadere termijn stellen om u alsnog in de gelegenheid te stellen de overeengekomen verplichtingen na te komen, acht ik dan ook niet zinvol.

Aangenomen moet worden dat, nu vaststaat dat Sodexo haar inschrijving niet gestand wil doen en de gesloten overeenkomst wil ontbinden nog voordat daaraan uitvoering is gegeven, Sodexo reeds thans toerekenbaar tekort schiet in de nakoming van haar verplichtingen.

(...)"

Sodexo is voorts aansprakelijk gehouden voor de schade die de Staat (het Ministerie van EZ) lijdt en voorts is aan haar meegedeeld dat op korte termijn een nieuwe aanbesteding zal worden gestart, maar dat Sodexo voor die aanbesteding niet zal worden uitgenodigd.

1.10. Bij brief van 10 december 2013 heeft Sodexo (samengevat) aan de Staat meegedeeld dat het standpunt van de Staat zoals dat is verwoord in zijn brief van 6 december 2013 wat Sodexo betreft voorbarig is, dat zij aansprakelijkheid van de hand wijst en dat zij het er niet mee eens is dat zij wordt uitgesloten van een meervoudig onderhandse aanbesteding.

1.11. De Staat heeft op 10 december 2013 schriftelijk aan Sodexo meegedeeld dat hij zich voor wat betreft alle percelen van de Opdracht beraadt over de verdere voortgang van de aanbestedingsprocedure en dat de Staat heeft besloten het gunningsvoornemen voor alle percelen in te trekken.

1.12. Op 13 december 2013 heeft de Staat de Overeenkomst per direct ontbonden en Sodexo aansprakelijk gesteld voor alle schade.

1.13. Op verzoek van Sodexo heeft de voorzieningenrechter van deze rechtbank het inmiddels door Sodexo aanhangig gemaakte kort geding, waarin zij wenste op te komen tegen de afwijzende beslissing van de Staat van 18 oktober 2013 en waarvan de mondelinge behandeling gepland was op 17 december 2013, pro forma aangehouden.

1.14. Bij brief van 20 december 2013 heeft de Staat aan Sodexo Nederland B.V. meegedeeld dat de beoordeling van de inschrijvingen op de Opdracht niet juist is verlopen, zodat een herbeoordeling zal worden uitgevoerd. Voort is meegedeeld dat

Sodexo (Nederland B.V.) wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak. In deze brief is – voor zover hier van belang – het volgende vermeld:

"(...)

2.3. In onderhavige aanbesteding is door de Staat de uitsluitingsgrond uit artikel 2.87, eerste lid, sub c., van de Aanbestedingswet 2012 "het begaan van een ernstige beroepsfout" van toepassing verklaard

(...).

(...)

2.6. In casu heeft Sodexo een overeenkomst gesloten en de Staat tot op het laatste moment in de veronderstelling gelaten dat nakoming van deze overeenkomst zou plaatsvinden. Zij heeft drie maanden ná definitieve gunning van de overeenkomst en vier weken voorafgaand aan de start van de uitvoering echter simpelweg te kennen gegeven geen uitvoering te zullen geven aan de overeenkomst. Het geheel niet nakomen van een overeenkomst betreft de meest vergaande en ernstigste vorm van niet-nakomen die denkbaar is, zodat onmiskenbaar en in lijn met het oordeel van het Hof van Justitie sprake is van een ernstige beroepsfout. Het moet voor iedere weldenkende marktpartij voldoende duidelijk zijn dat het op deze wijze in de kou laten staan van een opdrachtgever van zodanige ernst en omvang is, dat dit heeft te gelden als een 'ernstige fout' met consequenties voor toekomstige opdrachten.

2.7. (...) In onderhavig geval heeft deze ernstige beroepsfout de professionele geloofwaardigheid van Sodexo en het vertrouwen van de Staat in Sodexo dusdanig aangetast dat van Sodexo niet verwacht kan worden dat hij direct daarop weer een belangrijke opdracht aan Sodexo toevertrouwt. De Staat acht uitsluiting in dit geval dan ook proportioneel.

4.2. Wellicht ten overvloede merkt de Staat tevens op dat Sodexo ook niet in aanmerking kan komen voor gunning, omdat haar inschrijving niet rechtsgeldig is ondertekend. De inschrijving van Sodexo is ondertekend door de heer Stellingwerf. De heer Stellingwerf is volgens het uittreksel van de kamer van koophandel niet vertegenwoordigingsbevoegd. Bij de inschrijving van Sodexo zit wel een volmacht gevoegd aan de heer Stellingwerf, maar deze volmacht is niet afkomstig van de inschrijver, Sodexo B.V., maar van Sodexo Nederland B.V. Het afgeven van een volmacht namens Sodexo Nederland B.V. kan niet leiden tot een rechtsgeldige ver-

tegenwoordiging van Sodexo B.V. ook om deze reden kan de inschrijving van Sodexo niet in de herbeoordeling worden meegenomen.
(....)».

1.15. Op 23 december 2013 heeft Sodexo bij brief aan de advocaat van de Staat gereageerd op de brief van 20 december 2013. In die brief heeft Sodexo (samengevat) betwist dat de inschrijving niet rechtsgeldig is ondertekend en heeft zij bezwaar gemaakt tegen het besluit van de Staat om Sodexo uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak vanwege een vermeende ernstige beroepsfout. Daarbij heeft Sodexo zich tevens uitdrukkelijk bereid verklaard om de Overeenkomst alsnog na te komen.

1.16. Omdat Sodexo zich niet kan vinden in de beslissing van de Staat van 20 december 2013, heeft zij de voorzieningenrechter verzocht om voortzetting van het kort geding, waarbij zij (de grondslag van) haar eis heeft gewijzigd.

2. Het geschil

2.1. Sodexo vordert – na wijziging van eis en zake-lijk weergegeven – *primair* (1) de Staat te gebieden de ontbinding van de Overeenkomst ongedaan te maken, althans deze buiten effect te laten; (2) de Staat te gebieden om een eventuele onderhandse aanbestedingsprocedure ten behoeve van het kerndepartement van EZ te staken; (3) de Staat te gebieden de Overeenkomst na te komen; (4) de Staat te gebieden te gehangen en te gedogen dat Sodexo de opdracht ten behoeve van het kerndepartement van EZ (verder) uitvoert (5) de Staat te gebieden om de ongeldigverklaring van de inschrijving van Sodexo op c.q. haar uitsluiting van de Opdracht in te trekken; (6) de Staat te gebieden om de inschrijving van Sodexo mee te nemen in de herbeoordeling van de inschrijvingen op de Opdracht (7) de Staat te gebieden om in het kader van een herbeoordeling ook alle andere inschrijvingen te onderwerpen aan een zorgvuldig onderzoek en (8) de Staat te verbieden om de aanbesteding Restauratieve voorzieningen voor de Rechtspraak in te trekken, althans hem te gebieden om ook Sodexo uit te nodigen indien de aanbesteding wordt ingetrokken en de opdracht wordt geplaatst via een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure. *Subsidiair* vordert Sodexo een in goede justitie te bepalen voorziening te treffen die recht doet aan de belangen van So-

dexo, het primair en subsidiair gevorderde op straffe van een dwangsom en met veroordeling van de Staat in de proceskosten en de nakosten.

2.2. Daartoe stelt Sodexo het volgende. De Staat heeft Sodexo ten onrechte uitgesloten van deelname aan de aanbesteding voor restauratieve voorzieningen ten behoeve van de Rechtspraak. Anders dan de Staat heeft betoogd heeft J.J. Stellingwerf de inschrijving op die aanbesteding krachtens volmacht rechtsgeldig namens Sodexo ondertekend. Uit de van Sodexo Nederland B.V. afkomstige volmacht blijkt immers dat deze specifiek betrekking heeft op de inschrijving op de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak Dat Sodexo Nederland B.V. tevens de holdingmaatschappij is van Sodexo Altys B.V. en Sodexo Prestige B.V. leidt in dit verband niet tot onduidelijkheid, aangezien alleen Sodexo heeft ingeschreven op de aanbesteding. Voorts heeft Sodexo in het kader van de aanbesteding ten behoeve van het Kerndepartement van EZ krachtens een identieke volmacht gehandeld en hiertegen zijn van de zijde van de Staat geen bezwaren naar voren gebracht. Voor zover een en ander tot onduidelijkheid bij de Staat zou hebben geleid, had het op zijn weg gelegen om daarover opheldering te vragen bij Sodexo. Door dit na te laten heeft de Staat in strijd met het proportionaliteitsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel gehandeld.

Sodexo kan zich evenmin verenigen met de tweede reden die de Staat voor de uitsluiting van Sodexo heeft gegeven. Van een ernstige beroepsfout omdat Sodexo de Overeenkomst bewust niet is nagekomen, is immers geen sprake. Partijen hebben voorafgaand aan het sluiten van de Overeenkomst en ook nadien veelvuldig contact met elkaar gehad en zij hebben veel energie gestoken in de implementatie van de Overeenkomst. Toen duidelijk werd dat Sodexo een rekenfout had gemaakt, hebben partijen op 2 december 2013 een verkennend gesprek gevoerd, waarbij twee oplossingsrichtingen zijn besproken. Hieruit blijkt echter geenszins dat Sodexo haar inschrijving niet gestand zou willen doen en aansprakelijkheid van de hand wijst. De ontbinding van de Overeenkomst, die heeft plaatsgevonden zonder aanmaning of ingebrekestelling, is dan ook onrechtmatig en kan in het kader van de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak niet aan Sodexo worden tegengeworpen, nog daargelaten dat de Staat de

brief van 20 december 2013 heeft gericht aan Sodexo Nederland B.V., zodat niet duidelijk is tot wie de uitsluiting van deelname zich richt.

Gelet op het voorgaande dient de Staat de ontbinding van de Overeenkomst ongedaan te maken en de Overeenkomst na te komen. Voorts dient de Staat de uitsluiting/ongeldigverklaring van Sodexo in het kader van de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak in te trekken en de inschrijving van Sodexo mee te nemen in de herbeoordeling.

2.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. Tussen partijen is in geschil of de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door de Overeenkomst met Sodexo te ontbinden en voorts of hij Sodexo op goede gronden heeft mogen uitsluiten van deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak. Deze geschilpunten zullen hierna achtereenvolgens worden besproken.

Ontbinding van de Overeenkomst onrechtmatig?

3.2. De aanleiding voor de Staat om de Overeenkomst te ontbinden wordt gevormd door de inhoud van het gesprek tussen partijen op 2 december 2013, tijdens welk gesprek Sodexo de Staat ervan op de hoogte heeft gesteld dat er een rekenfout was gemaakt in de inschrijving en dat nakoming van de Overeenkomst tot aanzienlijke schade voor Sodexo zou leiden. Over de (verdere) inhoud van het gesprek verschillen partijen van mening. Sodexo stelt zich op het standpunt dat het een verkennend gesprek betrof, waarin partijen hebben gesproken over mogelijke oplossingen en waarbij Sodexo niet heeft bedoeld te zeggen dat zij de Overeenkomst niet zal nakomen, terwijl de Staat naar voren heeft gebracht dat Sodexo tijdens het gesprek heeft meegedeeld dat haar bestuur in Parijs reeds besloten had dat de Overeenkomst niet zou worden uitgevoerd en dat Sodexo derhalve niet zou nakomen. Sodexo heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet op ondubbelzinnige wijze aan de Staat kenbaar gemaakt dat nakoming van de Overeenkomst nog tot de mogelijkheden behoorde (een mededeling van die strekking heeft Sodexo pas gedaan, nadat haar gebleken was dat de Staat haar had uitgesloten van deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak), zodat de Staat met die mogelijkheid geen rekening heeft hoeven houden.

Derhalve mocht de Staat er van uitgaan dat de Overeenkomst – ook in de visie van Sodexo – in ieder geval op korte termijn zou worden ontbonden. Tegen die achtergrond heeft de Staat mogen begrijpen dat Sodexo geen uitvoering zou geven aan de Overeenkomst, althans dat aan die uitvoering snel een einde zou komen, en is zijn gebrek aan vertrouwen in de nakoming door Sodexo naar voorlopig oordeel gerechtvaardigd. Derhalve stond het de Staat vrij om de Overeenkomst te ontbinden. Voor toewijzing van het gevorderde zoals hiervoor onder 2.1. onder (1) tot en met (4) omschreven, bestaat dan ook geen aanleiding.

Uitsluiting van deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak

3.3. De vraag die vervolgens ter beantwoording voor ligt is of hetgeen is voorgevallen in het kader van de aanbesteding ten behoeve van het Kerndepartement van EZ in de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak in redelijkheid kan worden aangemerkt als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep, die er op grond van het bepaalde in artikel 2.87, eerste lid, sub c, Aanbestedingswet 2012 toe leidt dat Sodexo van deelname aan die aanbesteding wordt uitgesloten en of dat Sodexo vanwege de ongeldigheid van de ondertekening van haar inschrijving mocht worden uitgesloten. De voorzieningenrechter beantwoordt die vragen ontkennend. Redengevend daarvoor is het volgende.

3.4. Anders dan de Staat heeft betoogd is niet aannemelijk geworden dat het een bewuste en weloverwogen keuze van Sodexo is geweest om de Overeenkomst niet na te komen. Hoewel de Staat de Overeenkomst op goede gronden heeft ontbonden, aangezien hij – zoals hiervoor reeds is overwogen – uit de gedragingen van Sodexo heeft mogen begrijpen dat Sodexo de Overeenkomst niet zou nakomen, betekent dit nog niet dat ook sprake is van een ernstige beroepsfout aan de zijde van Sodexo, die van invloed is op haar professionele geloofwaardigheid. Weliswaar kan de niet-nakoming van contractuele verplichtingen onder omstandigheden worden aangemerkt als een fout bij de beroepsuitoefening, maar in het onderhavige geval is opzet of ernstige nalatigheid aan de zijde van Sodexo, als gevolg waarvan Sodexo de Overeenkomst niet is nagekomen, voorshands niet aannemelijk geworden. Weliswaar zijn van de zijde van de Staat twijfels geuit met betrekking tot de door Sodexo gestelde reken-

fout en heeft hij betoogd dat Sodexo geen enkele steekhoudende onderbouwing voor deze rekenfout heeft gegeven, maar dit rechtvaardigt – tegenover de stellingen van Sodexo – naar voorlopig oordeel niet het standpunt dat Sodexo de Staat doelbewust heeft misleid en de rekenfout slechts aan de orde heeft gesteld om onder nakoming van de Overeenkomst uit te komen. Dat Sodexo pas kort voor de daadwerkelijke implementatie van de Overeenkomst melding heeft gemaakt van de rekenfout maakt dit niet anders, aangezien Sodexo voldoende aannemelijk gemaakt dat deze fout pas ten volle zichtbaar werd naar aanleiding van tussen partijen gevoerde implementatiebesprekingen. In het licht van de hiervoor vermelde omstandigheden is de voorzieningenrechter van oordeel dat het maken van een rekenfout, de inhoud van het naar aanleiding daarvan gevoerde gesprek op 2 december 2013 en het aandeel van Sodexo in de ontbinding van de Overeenkomst niet zodanig ernstig zijn, dat – zoals de Staat heeft betoogd – sprake is van een ernstige beroepsfout en al evenmin dat deze de vergaande consequentie van uitsluiting van deelname van Sodexo aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak rechtvaardigt. Daar komt nog bij dat de Staat heeft nagelaten een grondig en onafhankelijk onderzoek in te stellen, maar Sodexo direct, zonder hoor en wederhoor toe te passen, heeft uitgesloten van de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak, hetgeen gelet op de omstandigheden van het geval naar voorlopig oordeel als in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en als disproportioneel moet worden aangemerkt. Deze eerste door de Staat genoemde grondslag kan zijn beslissing om de inschrijving van Sodexo terzijde te leggen dan ook niet dragen.

3.5. Voor zover de Staat aan zijn motivering om Sodexo van deelname aan de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak uit te sluiten ten grondslag heeft gelegd dat de inschrijving van Sodexo niet rechtsgeldig is ondertekend, overweegt de voorzieningenrechter als volgt. Weliswaar is op het briefpapier waarop de volmacht op 24 juli 2013 is verstrekt vermeld dat Sodexo Nederland B.V. de holdingmaatschappij is van Sodexo, Sodexo Altys B.V. en Sodexo Prestige B.V., zodat de volmacht strikt genomen ook betrekking zou kunnen hebben op een andere vennootschap dan Sodexo, maar gelet op de omstandigheid dat op de volmacht is vermeld dat deze betreft “Volmacht ten behoeve van de aanbesteding restaura-

tieve voorzieningen De Rechtspraak” en alleen Sodexo in het kader van die aanbesteding een inschrijving heeft ingediend, is de voorzieningenrechter van oordeel dat het voor de Staat duidelijk had moeten zijn dat deze volmacht is verleend met betrekking tot Sodexo. Zou er al sprake zijn van onduidelijkheid dan had het op de weg van de Staat gelegen om bij Sodexo om opheldering te vragen, hetgeen hij heeft nagelaten. J.J. Stellingwerf was derhalve bevoegd om de inschrijving en de daarbij behorende stukken – krachtens volmacht van Sodexo Nederland B.V. – namens Sodexo te ondertekenen, zodat de Staat Sodexo naar voorlopig oordeel ook om die reden niet heeft mogen uitsluiten van deelname vanwege een ongeldige inschrijving.

3.6. Slotsom van het voorgaande is dat de vorderingen, zoals hiervoor in 2.1. onder (5) en (6) weergegeven, zullen worden toegewezen op de wijze zoals hierna onder de beslissing wordt vermeld. Daarbij zal geen termijn worden bepaald voor de herbeoordeling, aangezien het bewaken van de voortgang van de aanbesteding naar het oordeel van de voorzieningenrechter is voorbehouden aan de Staat. Gelet op voormelde toewijzing kan hetgeen Sodexo heeft gesteld met betrekking tot de vraag tot wie de uitsluiting van deelname, zoals vermeld in de brief van 20 december 2013 van de Staat aan Sodexo Nederland B.V., zich richt en met betrekking tot de omstandigheid dat ontbinding van de Overeenkomst niet valt onder de reikwijdte van de bij de inschrijving verlangde Eigen Verklaring, hier verder onbesproken blijven.

3.7. De Staat heeft onweersproken aangevoerd dat hij ook zonder dwangsom gehoor zal geven aan dit vonnis. Oplegging van een dwangsom is in dit geval dan ook niet passend, zodat de daartoe strekkende vordering wordt afgewezen.

3.8. De vordering zoals omschreven in 2.1. onder (7) wordt afgewezen. Van de zijde van Sodexo is immers onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de Staat de overige inschrijvingen op de aanbesteding ten behoeve van de Rechtspraak niet op een zorgvuldige wijze heeft beoordeeld, zodat voor een herbeoordeling van die inschrijvingen geen aanleiding bestaat. Ook de vordering zoals vermeld in 2.1. onder (8) wordt afgewezen. Gesteld noch gebleken is dat de Staat voornemens is de aanbesteding in te trekken, terwijl de wijze waarop de aanbestedingsprocedure wordt voortgezet,

evenals – zoals hiervoor reeds is overwogen – de termijn voor de herbeoordeling, tot het domein van de aanbestedende dienst behoort.

3.9. In de omstandigheid dat partijen over en weer gedeeltelijk in het (on-)gelijk zijn gesteld, wordt aanleiding gevonden te bepalen dat iedere partij de eigen proceskosten draagt.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- gebiedt de Staat om binnen twee weken na de datum van dit vonnis de ongeldigverklaring van de inschrijving van Sodexo op de 11 percelen, c.q. haar uitsluiting in het kader van de aanbesteding Restauratieve voorzieningen voor de Rechtspraak in te trekken;
- gebiedt de Staat om de inschrijving van Sodexo op de 11 percelen mee te nemen in het kader van de herbeoordeling van de inschrijvingen ten behoeve van de aanbesteding Restauratieve voorzieningen;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Feiten

Onder toepasselijkheid van de Aanbestedingswet 2012 organiseerde de Staat in 2013 twee aanbestedingen voor restauratieve voorzieningen; één voor de Rechtspraak ('de Opdracht Rechtspraak') en één voor het Kerndepartement van Economische Zaken ('de Opdracht Kerndepartement'). Sodexo schreef op beide Opdrachten in en kreeg de Opdracht Kerndepartement definitief gegund. Ook kreeg Sodexo enkele percelen van de Opdracht Rechtspraak voorlopig gegund.

Tijdens de implementatiegesprekken die Sodexo in het kader van de Opdracht Kerndepartement voerde met de Staat, kwam Sodexo erachter dat zij in haar inschrijving een rekenfout had gemaakt, waardoor zij jaarlijks flink verlies zou lijden. Sodexo heeft de Staat hiervan mondeling op de hoogte gebracht en de inhoud van dat gesprek de volgende dag schriftelijk aan de Staat bevestigd. In die brief geeft Sodexo aan dat zij niet redelijkerwijs kan voldoen aan haar inschrijving

en dat partijen in het gesprek twee mogelijke oplossingsrichtingen hebben verkend: niet opstarten of opstarten per 1 januari 2014 en spoedig ontbinden. De Staat heeft daarop de overeenkomst ter zake van de Opdracht Kerndepartement per direct ontbonden en Sodexo aansprakelijk gesteld voor alle schade.

Ondertussen trok de Staat zijn gunningsvoornemen aan Sodexo met betrekking tot de Opdracht Rechtspraak in en berichtte Sodexo dat zij werd uitgesloten van verdere deelname aan die aanbesteding. De Staat baseerde de uitsluiting van Sodexo (onder meer) op de uitsluitingsgrond van de 'ernstige beroepsfout', omdat het niet nakomen van de overeenkomst inzake de Opdracht Kerndepartement volgens de Staat als zodanig is te kwalificeren. Volgens de Staat waren door die niet-nakoming de professionele geloofwaardigheid van Sodexo en het vertrouwen in Sodexo dusdanig aangetast, dat niet van de Staat kon worden verwacht dat hij daarop direct weer een opdracht aan Sodexo zou toevertrouwen, zodat uitsluiting proportioneel was.

Sodexo kwam in kort geding op tegen haar uitsluiting, zodat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag diende te toetsen of deze uitsluiting terecht was. Hij diende daarbij twee vragen te beantwoorden:

- (1) is de bewuste gedraging als ernstige beroepsfout te kwalificeren?
- (2) is uitsluiting in de gegeven omstandigheden proportioneel?

Niet-nakoming contractuele verplichtingen

De voorzieningenrechter toetst eerst of de niet-nakoming van Sodexo van de overeenkomst met de Staat inzake de Opdracht Kerndepartement een ernstige beroepsfout is (vraag 1). Zijn (indringende) toets bestaat uit een toets aan de criteria die het Europese Hof van Justitie in het *Forposta*-arrest¹ heeft gegeven voor uitwerking van de 'ernstige beroepsfout' in het nationale recht, te weten:

¹ HvJ EU 13 december 2012, zaak C-465/11, *Forposta* («JAAN» 2013/4).

- er dient sprake te zijn van onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer;

- het gedrag van de betrokken marktdeelnemer dient (gewoonlijk) te wijzen op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer;

- het gedrag van de betrokken marktdeelnemer dient in concreto en individueel te worden beoordeeld.

De voorzieningenrechter staat niet alleen in zijn toets aan de hand van deze criteria uit het *Forposta*-arrest; de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam toetste eerder op dezelfde wijze of in de gegeven situatie sprake was van een ernstige beroepsfout.²

Met betrekking tot de handelwijze van Sodexo oordeelt de voorzieningenrechter dat weliswaar niet-nakoming van contractuele verplichtingen onder omstandigheden kan worden aangemerkt als fout bij de beroepsuitoefening, maar dat bij Sodexo geen sprake was van opzet of ernstige nalatigheid, als gevolg waarvan zij de overeenkomst niet is nagekomen. De Staat had volgens de voorzieningenrechter niet aannemelijk gemaakt dat Sodexo hem doelbewust had misleid en de rekenfout alleen had aangevoerd om onder de overeenkomst uit te komen.

De vraag rijst echter of de voorzieningenrechter terecht tot uitgangspunt neemt dat niet-nakoming van contractuele verplichtingen onder omstandigheden kan worden aangemerkt als ernstige beroepsfout. Ik meen dat dat niet het geval is en licht dat toe.

In zijn arrest *KPN/Tele2 en Staat*³ overwoog de Hoge Raad dat (alle) uitsluitingsgronden ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie dienen te worden vermeld. Naar mijn mening vloeit hieruit voor de aanbestedende dienst niet alleen de verplichting voort om in zijn aanbestedings-

documentatie ondubbelzinnig te vermelden dát hij de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout hanteert, maar ook welke situaties naar zijn mening (kunnen) worden aangemerkt als ernstige beroepsfout (ervan uitgaand dat het aanbestedende diensten is toegestaan die invulling zelf te geven)⁴.

In de memorie van toelichting op de Aanbestedingswet 2012 heeft de wetgever een opsomming gegeven van de 'meest in aanmerking komende gedragingen' voor de toepassing van de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout.⁵ Dat zijn de volgende:

- overtreding van voorschriften betreffende de gezondheid;
- overtreding van voorschriften betreffende arbeidsomstandigheden;
- overtreding van voorschriften betreffende milieudelicten;
- overtredingen van de Rijttijdenwet;
- overtredingen van de Mededingingswet;
- het hebben begaan van een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid.

Met deze opsomming in de memorie van toelichting heeft de wetgever wellicht gehoor willen geven aan de verplichting die de Europese Richtlijn 2004/18 aan de lidstaten oplegt om de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout nader uit te werken in nationale wetgeving. Als dat het geval is, rijst de vraag of de Nederlandse wetgever hiermee aan zijn verplichtingen heeft voldaan, en of hiermee een (voldoende) nadere invulling aan het begrip 'ernstige beroepsfout' is gegeven. Naar mijn mening is dat slechts in zoverre het geval, als enkel de door de wetgever specifiek genoemde situaties te kwalificeren zijn als ernstige beroepsfout. Andere situaties zijn

² V.zr. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535 («JAAN» 2013/126); V.zr. Rb. Rotterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381 («JAAN» 2013/206).

³ HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 («JAAN» 2013/6).

⁴ Het Hof Den Haag oordeelde dat dit is toegestaan; zie Hof Den Haag 3 september 2013, zaaknummers 200.126.056/01 en 200.127.146/01 («JAAN» 2013/172). Ik ben het met dat oordeel overigens niet eens, waarvoor ik verwijs naar mijn noot bij V.zr. Rb. Noord-Holland 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802 («JAAN» 2014/15).

⁵ TK 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 80.

dat naar mijn mening niet. Uit eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad volgt immers dat enkel in die situaties tot uitsluiting kan worden overgegaan, die ondubbelzinnig en op niet voor misverstand vatbare wijze in de aanbestedingsdocumentatie zijn vermeld. Wat betreft de ernstige beroepsfout kan het ondubbelzinnige en niet voor misverstand vatbare toepassingsbereik weliswaar worden gegeven in de memorie van toelichting, maar dan moet vervolgens ook daadwerkelijk sprake zijn van ondubbelzinnigheid, met andere woorden: er mag geen ruimte bestaan voor discussie over het toepassingsbereik. Die ruimte bestaat wel, als zou worden aangenomen dat ook andere situaties dan de specifiek genoemde tot uitsluiting zouden kunnen leiden. Dit leidt mij tot de conclusie dat andere situaties dan die in de memorie van toelichting als 'voorbeelden' zijn gegeven, in beginsel niet tot uitsluiting op deze grond kunnen leiden.

Het voorgaande is slechts anders, als ervan wordt uitgegaan dat de wetgever met het begrip 'voorbeelden' ruimte heeft willen geven aan aanbestedende diensten om het toepassingsbereik van de ernstige beroepsfout nader uit te werken in hun aanbestedingsdocumentatie. Vindt die uitwerking in de aanbestedingsdocumentatie niet plaats, dan volgt mijns inziens uit het transparantiebeginsel dat in andere gevallen dan de gegeven voorbeelden niet tot uitsluiting mag worden overgegaan.

Terug naar de voorliggende kwestie. De niet-nakoming van contractuele verplichtingen is niet opgenomen in de opsomming in de memorie van toelichting. Had de Staat gemeend dat deze situatie tot de kwalificatie als ernstige beroepsfout behoorde te leiden, dan had hij dat in zijn aanbestedingsdocumentatie moeten vermelden. Uit de uitspraak blijkt niet of de Staat dit heeft gedaan; aannemelijk is echter dat hij dit niet heeft gedaan (gelet op de aanbestedingsdocumentatie van de Staat in eerdere aanbestedingsprocedures). De voorzieningenrechter had daarom naar mijn mening tot uitgangspunt moeten nemen dat de niet-nakoming van contractuele verplichtingen niet is te kwalificeren als ernstige beroepsfout.

Zorgvuldigheid en proportionaliteit

Ook toetst de voorzieningenrechter of de Staat zorgvuldig en proportioneel heeft gehandeld (in het kader van zowel vraag 1 als vraag 2). Volgens de voorzieningenrechter is dat niet het geval, omdat de Staat Sodexo direct van de aanbesteding voor de Opdracht Rechtspraak heeft uitgesloten, zonder hoor en wederhoor toe te passen. Dit oordeel acht ik juist, onder meer om het volgende.

Aan de verplichting tot hoor en wederhoor wordt op dit punt (met name) uitvoering gegeven door middel van de Eigen verklaring. In hoofdstuk 7 van de Eigen verklaring kan een inschrijver namelijk aangeven waarom een op hem van toepassing zijnde uitsluitingsgrond niet tot uitsluiting dient te leiden. De ernstige beroepsfout is echter geen vastomlijnd begrip, zodat het voor een inschrijver op voorhand niet vaststaat welke gedragingen de betreffende aanbestedende dienst als zodanig zal kwalificeren.⁶ Een inschrijver weet met betrekking tot deze uitsluitingsgrond dan ook niet wat hij in zijn Eigen verklaring moet verklaren over de toepasselijkheid ervan, en evenmin of hij een toelichting moet geven in hoofdstuk 7. Onder die omstandigheden acht ik het niet meer dan zorgvuldig dat een aanbestedende dienst, voordat hij tot uitsluiting overgaat, de betreffende inschrijver informeert welke gedraging naar zijn mening een ernstige beroepsfout is, waarbij hij die inschrijver (a) de gelegenheid biedt een toelichting te geven op de omstandigheden waaronder de betreffende gedraging zich heeft voorgedaan; en (b) vraagt aan te geven waarom deze gedraging niettemin niet tot uitsluiting zou mogen leiden, gelijk aan de wijze waarop dat in hoofdstuk 7 van de Eigen verklaring gebeurt. Op deze manier kan de aanbestedende dienst op zorgvuldige wijze beoordelen (a) of sprake is van een ernstige beroepsfout; en (b) of uitsluiting in de gegeven omstandigheden proportioneel is.

C.H. van Hulsteijn
Advocaat bij CMS Derks Star Busmann

⁶ Zie voor mijn bezwaar hiertegen opnieuw de noot bij Vzr. Rb. Noord-Holland 29 oktober 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:9802 («JAAN» 2014/15).