

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team Handel - voorzieningenrechter

zaak- / rolnummer: C/09/438258 / KG ZA 13-232

Vonnis in kort geding van 17 april 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Connexxion Taxi Services B.V.,
gevestigd te IJsselmuiden (gemeente Kampen),
eiseres,
advocaat mr. J.F. van Nouhuys,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon
de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport),
zetelende te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. H.M. Fahner te Den Haag,

waarin zijn tussengekomen:

de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

1. Transvision B.V.,
gevestigd te Gorinchem,
2. Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
3. Zorgvervoercentrale Nederland B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
advocaat mr. P.F.C. Heemskerk te Utrecht.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Connexxion', 'de Staat', 'Transvision', 'RMC' en 'ZCN'. De tussengekomen partijen gezamenlijk zullen worden aangeduid als 'de Combinatie'.

1. Het incident tot tussenkomst

De Combinatie heeft gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen Connexxion en de Staat. Ter zitting van 3 april 2013 hebben Connexxion en de Staat verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. De Combinatie is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat de toewijzing van de gevorderde tussenkomst in de weg staat aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen.

C/09/438258 / KG ZA 13-232

17 april 2013

2

2. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 3 april 2013 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.1. Het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (hierna 'VWS') heeft, als onderdeel van de Staat, een Europese openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de 'dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking', hierna 'de Opdracht'. Het product, bekend onder de naam 'Valys', houdt in dat personen binnen de doelgroep een reisbudget aan taxikilometers krijgen, waarmee zij vrijelijk gedurende het jaar kunnen reizen. De Opdracht heeft een minimale looptijd van drie jaar en negen maanden en vertegenwoordigt een waarde van ongeveer € 60.000.000,- per jaar. Op de aanbestedingsprocedure is het Besluit aanbesteding overheidsopdrachten (Bao) van toepassing. Het gunningscriterium is de 'economisch meest voordelige inschrijving'.

2.2. De aanbestedingsprocedure is nader omschreven in het 'Beschrijvend document 'Europese openbare aanbesteding van de dienstverlening sociaalrecreatief bovenregionaal vervoer voor mensen met een mobiliteitsbeperking' ten behoeve van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport' van 10 juli 2012, hierna 'het Beschrijvend Document'. In het Beschrijvend Document is in de paragraaf 'Uitsluitingsgronden en Geschiktheidseisen' – voor zover hier van belang – het volgende opgenomen:

"Een Inschrijving waarop een Uitsluitingsgrond van toepassing is wordt terzijde gelegd en komt niet in aanmerking voor verdere (inhoudelijke) beoordeling."

Voor de uitsluitingsgronden wordt verwezen naar de als bijlage bijgevoegde Uniforme eigen verklaring aanbestedingen (hierna 'Eigen verklaring'), die door de inschrijvers moet worden ingevuld en als verplichte bijlage aan de inschrijving moet worden toegevoegd. Het Beschrijvend Document vermeldt op dit punt:

"Hiermee (...) verklaart Inschrijver dat op hem geen Uitsluitingsgronden (zie punt 2 en 3 van de Uniforme eigen verklaring aanbestedingen) van toepassing zijn door ondertekening van de Uniforme eigen verklaring aanbestedingen."

2.3. De Eigen verklaring maakt met verwijzing naar artikel 45 Bao onderscheid tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. In de Eigen verklaring staat vermeld welke facultatieve uitsluitingsgronden bij de beoordeling van de aanbesteding worden betrokken. Van inschrijvers wordt gevraagd onder meer het volgende te verklaren:

"3.4 zijn onderneming, of een bestuurder ervan in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan;

(...)

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

(...)

Ondertekening

6.1 hij deze verklaring onvoorwaardelijk en zonder enig voorbehoud heeft ondertekend; hij zich ervan bewust is dat het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een valse verklaring in de zin van punt 3.6

C/09/438258 / KG ZA 13-232

17 april 2013

3

(...) en dat dit kan leiden tot een onvoorwaardelijke uitsluiting voor de resterende duur van deze aanbestedingsprocedure;"

2.4. Onder meer Connexxion en de Combinatie, bestaande uit Transvision, RMC en ZCN, hebben aan de onderhavige aanbestedingsprocedure deelgenomen.

2.5. Bij brief van 8 oktober 2012 heeft VWS aan Connexxion meegedeeld dat haar inschrijving op de tweede plaats is geëindigd en dat hij voornemens is de opdracht te gunnen aan de Combinatie.

2.6. Naar aanleiding van deze beslissing heeft Connexxion bij de voorzieningenrechter van deze rechtbank (onder zaak- / rolnummer 429610 / KG ZA 12-1164) een kort geding aanhangig gemaakt tegen de Staat. Bij vonnis van 18 december 2012 heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van Connexxion strekkende tot ongedaanmaking van de gunningsbeslissing afgewezen.

2.7. Voordien, op 20 november 2012 heeft de Raad van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna 'de NMa') op de voet van artikel 56 lid 1 Mededingingswet (Mw) boetebeschikkingen (hierna 'de boetebesluiten') vastgesteld in de zaken 7130 en 7131. In deze zaken, die beide zien op taxivervoer in de regio Rotterdam, zijn wegens overtreding van artikel 6 Mw aan RMC boetes opgelegd van € 4.564.000,- en € 3.741.000,- en aan de BIOS-groep, waarvan ZCN onderdeel uitmaakt, een boete van € 643.000,-. Daarnaast zijn aan zes leidinggevenden van (onder meer) RMC en de BIOS-groep boetes opgelegd tot € 120.000,- per persoon. De geconstateerde overtredingen betreffen enerzijds afspraken gemaakt tussen RMC en de BIOS-groep in de periode tussen 18 december 2007 en 27 augustus 2010 en anderzijds afspraken tussen RMC en een derde, inmiddels gefailleerde, partij in de periode van 17 april 2009 tot 1 maart 2011.

2.8. In januari 2013 heeft RMC een kort geding aanhangig gemaakt tegen De Staat en de NMa en gevorderd de openbaarmaking van de boetebesluiten op te schorten. Bij vonnis van 7 februari 2013 heeft de voorzieningenrechter RMC niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering. In de in het vonnis gegeven samenvatting van de onderbouwing van de vorderingen van RMC staat onder meer met volgende vermeld:

"Openbaarmaking van de primaire besluiten op de door de NMa voorgenomen wijze zal er naar verwachting toe leiden dat (...) van deelname aan aanbestedingsprocedures wordt uitgesloten wegens een ernstige professionele fout, met alle onherstelbare schadelijke gevolgen voor haar van dien."

2.9. Bij brief van 18 februari 2013 heeft VWS aan Connexxion en de andere inschrijvers meegedeeld dat hij ondanks voormelde boetebeschikkingen zijn eerdere gunningsbeslissing handhaaft. In deze brief (hierna 'de Toelichtingsbrief') schrijft VWS dat uitsluitingsgrond 3.6 (valse Eigen verklaring) zich niet voordoet en dat uitsluiting op grond van uitsluitingsgrond 3.4 (ernstige beroepsfout) niet proportioneel zou zijn. De brief vermeldt – voor zover hier relevant – het volgende:

"Op grond van het Europese en nationale recht kan slechts uitsluiting wegens één of meer van de gronden als genoemd in onderdeel 3 van de Uniforme eigen verklaring volgen indien die maatregel gegeven de specifieke omstandigheden van het geval proportioneel is. Bij de in dat verband te maken afweging dienen naar het oordeel van VWS in ieder geval de navolgende aspecten te worden betrokken:

i. de ernst van de overtredingen;

C/09/438258 / KG ZA 13-232

17 april 2013

4

- ii. de mate van betrokkenheid bij de overtredingen van leidinggevendens;
- iii. de sinds de overtredingen verstreken tijd;
- iv. een verband met de onderhavige aanbesteding;
- v. de wegens de overtredingen opgelegde sancties;
- vi. de maatregelen die getroffen zijn om herhaling te voorkomen;
- vii. de omvang van de aanbestede opdracht;
- viii. de houding/opstelling van de Combinatie.

(...)

Uit de boetebeschikkingen volgt dat twee van de drie combinanten (RMC en ZCN) zich schuldig hebben gemaakt aan overtreding van artikel 6, eerste lid Mw. De personen die volgens de NMa feitelijk leiding hebben gegeven aan de door haar vastgestelde overtredingen zijn nog steeds werkzaam bij de betrokken ondernemingen in dezelfde functies en zullen dat blijven hangende de aanhangig gemaakte bezwaar en mogelijk aanhangig te maken beroepsprocedure. In dit verband heeft de Combinatie echter uitdrukkelijk verklaard dat deze personen zich ten volle committeren aan de vóór 1 april 2013 in te voeren Compliance Programma's.

Bovendien heeft de Combinatie aangegeven dat bij de uitvoering van de opdracht niet de beboete combinanten, maar Transvision een leidinggevende en coördinerende rol heeft en als primaire contact voor VWS zal fungeren. De Combinatie heeft voorts verzekerd dat de dagelijkse leiding over Transvision berust en zal berusten bij personen die niet door de NMa zijn aangemerkt als feitelijk leidinggevendens van de door haar vastgestelde overtredingen. (...) Verder zal het statutair bestuur van Transvision vóór 1 april 2013 zodanig worden gewijzigd dat geen beboete rechtspersonen daarvan deel uitmaken.

(...)

Uit de door de Combinatie verstrekte informatie blijkt voorts dat RMC, ZCN en Transvision gevorderd zijn met de voorbereiding van een uitgebreid Compliance Programma dat vóór 1 april 2013 in werking zal treden.

(...)

VWS is tevens van mening dat belang moet worden gehecht aan de waarde van de opdracht. Deze is aanzienlijk gelet op de minimale duur van 3 jaar en 9 maanden en de geraamde waarde van € 60 miljoen op jaarbasis. Een beslissing tot uitsluiting van de Combinatie zou daarmee grote financiële gevolgen hebben. De financiële gevolgen zouden boven op de door NMa opgelegde boetes komen.

(...)

Gelet op de houding en opstelling van de combinanten, waaronder hun op het voorkomen van nieuwe overtredingen van de Mededingingswet gerichte inzet, en mede gelet op de aanzienlijke omvang van de onderhavige opdracht en daarmee de financiële gevolgen voor de Combinatie van uitsluiting, is VWS van mening dat uitsluiting van de Combinatie van de onderhavige opdracht niet proportioneel zou zijn, mits wordt voldaan aan de navolgende combinatie van voorwaarden die tevens in de met de Combinatie te sluiten overeenkomst worden opgenomen:

- I. de Compliance Programma's van RMC, ZCN en Transvision zullen, in aanvulling op de door de Combinatie verwoorde uitgangspunten, voldoen aan de navolgende vereisten:

- a. (...)

- b. (...)

(...)

- VII. onverminderd hetgeen in de overeenkomst (...) is bepaald over tussentijdse beëindiging, opzegging en intrekking van de overeenkomst, heeft VWS het recht om de overeenkomst op ieder moment door schriftelijke opzegging te beëindigen indien:

- i. de informatie die de Combinatie heeft verstrekt, en waarop VWS zijn besluit tot handhaving heeft gebaseerd, onjuist blijkt;

C/09/438258 / KG ZA 13-232

17 april 2013

5

- ii. *één of meer van de hiervoor sub I t/m VI genoemde voorwaarden niet (tijdig) door RMC, ZCN en/of Transvision wordt nagekomen;*
(...)

De Combinatie is bij brief d.d. 15 februari 2013 over deze beslissing geïnformeerd. In het vervolg daarop heeft de Combinatie schriftelijk bevestigd dat zij ongeclausuleerd akkoord gaat met deze voorwaarden in combinatie met het opnemen van deze voorwaarden in de overeenkomst.”

3. Het geschil

3.1. Connexxion vordert, zakelijk weergegeven:

primair: de Staat te verbieden de opdracht te gunnen aan de Combinatie, althans aan enig ander dan Connexxion, voor zover de Staat de Opdracht nog in de markt wenst te zetten;

subsidiar: de Staat te verbieden de Opdracht aan de Combinatie te gunnen en hem te gebieden, met inachtneming van dit vonnis, tot herbeoordeling van de ontvangen inschrijvingen over te gaan;

primair en subsidiar op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de Staat en de Combinatie in de proceskosten.

3.2. Daartoe stelt Connexxion het volgende. Omdat RMC en ZCN (als onderdeel van de BIOS-groep) een ernstige beroepsfout hebben begaan en de Combinatie heeft verzuimd hiervan melding te maken in de Eigen verklaring, dient de Combinatie, conform het Beschrijvend Document, op grond van de uitsluitingsgronden 3.4 en 3.6 te worden uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Hierbij dient mede in aanmerking te worden genomen dat Transvision een volle dochter is van ZCN en RMC en dat de verboden afspraken tot nadeel van Connexxion hebben gestrekt. De door VWS toegepaste proportionaliteitstoets en de door hem blijkens de Toelichtingsbrief nader gevoerde onderhandelingen met de Combinatie zijn in strijd met het aanbestedingsrecht. Ook indien wel aan een proportionaliteitstoets kan worden toegekomen, dan had de Combinatie alsnog moeten worden uitgesloten. Gelet op het voorgaande moet het VWS worden verboden te gunnen aan de Combinatie, althans aan een ander dan Connexxion, dan wel dient herbeoordeling plaats te vinden.

3.3. De Staat en de Combinatie voeren ieder afzonderlijk gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

3.4. De Combinatie vordert – zakelijk weergegeven – Connexxion in haar vorderingen niet-ontvankelijk te verklaren, althans deze af te wijzen, met veroordeling van Connexxion in de proceskosten.

3.5. Verkort weergegeven stelt de Combinatie daartoe dat zij terecht niet is uitgesloten van de aanbestedingsprocedure en dat zij er belang bij heeft dat de opdracht definitief aan haar wordt gegund en derhalve bij afwijzing van de vorderingen van Connexxion, aangezien de definitieve gunning bij toewijzing van de vorderingen van Connexxion in gevaar kan komen.

3.6. Voor zover nodig zullen de standpunten van Connexxion en de Staat met betrekking tot de vorderingen van De Combinatie hierna worden besproken.

C/09/438258 / KG ZA 13-232

17 april 2013

6

4. De beoordeling van het geschil

4.1. Het geschil dat partijen verdeeld houdt spitst zich toe op de vraag of het door VWS gehandhaafde gunningsvoornemen om de Opdracht aan de Combinatie te gunnen in stand kan blijven. Hiertoe dient te worden beoordeeld of de Combinatie op grond van de in de Eigen verklaring vermelde facultatieve uitsluitingsgronden 3.4 (ernstige beroepsfout) dan wel 3.6 (valse Eigen verklaring) van de aanbestedingsprocedure had behoren te worden uitgesloten. Bij dit oordeel dient te worden betrokken de vraag of VWS redelijkerwijs tot het oordeel kon komen dat uitsluiting van de Combinatie op grond van 3.4 disproportioneel zou zijn.

4.2. Bij de inrichting van de aanbesteding heeft VWS ervoor gekozen de in de Eigen verklaring vermelde uitsluitingsgronden in de procedure op te nemen. Tot deze uitsluitingsgronden behoort de facultatieve uitsluitingsgrond vermeld in artikel 45 lid 3 sub d Bao, een bepaling die op haar beurt rechtstreeks is overgenomen uit artikel 45 Richtlijn 2004/18/EG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna 'de Richtlijn'). In artikel 45 lid 2 Richtlijn is bepaald dat van de aanbestedingsprocedure kan worden uitgesloten een deelnemer die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken. Lid 2 van artikel 45 van de Richtlijn sluit af met de woorden:

“de lidstaten bepalen overeenkomstig hun nationaal recht en onder eerbiediging van het communautair recht de voorwaarden voor toepassing van dit lid.”

De met artikel 45 Richtlijn corresponderende paragraaf 43 in de considerans luidt:

“Voorkomen moet worden dat overheidsopdrachten worden gegund aan ondernemers die hebben deelgenomen aan een criminele organisatie of die zich schuldig hebben gemaakt aan omkoping of fraude ten nadele van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, of aan het witwassen van geld. (...) Zulke ondernemers moeten worden uitgesloten zodra de aanbestedende dienst kennis heeft van een overeenkomstig het nationale recht uitgesproken en in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing met betrekking tot dergelijke strafbare feiten. De niet-naleving van de milieuwetgeving of van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, ten aanzien waarvan een onherroepelijk vonnis of een beslissing met vergelijkbare werking wegens onwettige afspraken is uitgesproken, kan als een delict dat in strijd is met de beroepsgedragsregels van de ondernemer of als een ernstige fout worden beschouwd, indien het nationale recht daartoe strekkende bepalingen bevat.”

4.3. Uit het voorgaande volgt dat de Richtlijn geen autonome kwalificatie bevat van het begrip “ernstige fout in de beroepsuitoefening” en dat de invulling van dit begrip en de voorwaarden voor toepassing van deze uitsluitingsgrond is overgelaten aan de nationale wetgever. De Nederlandse wetgever verwijst in de Memorie van Toelichting bij het Bao in dit verband naar de – inmiddels ingetrokken Beleidsregels integriteit en uitsluiten bij aanbestedingen in BIBOB-sectoren (Stcrt. 2004, nr. 40, p.15). Voorts vermeldt de Memorie van Toelichting:

“De omstandigheden genoemd in artikel 45, derde lid, onderdelen c en d, behoeven echter wel nadere invulling door de aanbestedende dienst. Voor de aanbestedende diensten van het Rijk is dit reeds gedaan door in voornoemde beleidsregels een nadere invulling te geven aan de genoemde uitsluitingsgronden. In deze beleidsregels is onder meer bepaald dat het door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) opgelegd hebben gekregen van een boete of last onder dwangsom in de zin van artikel 56, eerste lid, van de Mededingingswet, wordt aangemerkt als het begaan hebben van een ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep (artikel 45, derde lid, onderdeel d). Andere

C/09/438258 / KG ZA 13-232

17 april 2013

7

aanbestedende diensten kunnen deze beleidsregels van toepassing verklaren of zelf beleidsregels opstellen. Zodra meer ervaring is opgedaan met de toepassing van de beleidsregels zal worden onderzocht in hoeverre het mogelijk is om een nadere wettelijke regeling voor alle aanbestedende diensten te treffen.”

4.4. Nu de in de Memorie van Toelichting vermelde nadere wettelijke regeling er niet is gekomen en de daar vermelde Beleidsregels inmiddels zijn ingetrokken, moet aan de Combinatie worden toegegeven dat de Nederlandse wetgever de nadere invulling aan het begrip “ernstige beroepsfout” niet blijvend heeft gegeven. In plaats daarvan heeft hij die invulling en de voorwaarden voor toepassing overgelaten aan de aanbestedende diensten. Niet valt in te zien dat deze indirecte invulling niet voldoet aan de door de communautaire wetgever aan de lidstaten gegeven ruimte, mits de door de aanbestedende diensten gekozen uitsluitingsgrond betrekking heeft op onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer en voor zover dat gedrag wijst op kwaad opzet of bewuste nalatigheid van een zekere ernst.

4.5. In de onderhavige aanbesteding heeft VWS nagelaten nadere invulling te geven aan het begrip “ernstige beroepsfout” en de voorwaarden waaronder deze uitsluitingsgrond wordt toegepast. Dit betekent dat het voor inschrijvers niet duidelijk was onder welke voorwaarden VWS toepassing zou geven aan uitsluitingsgrond 3.4. Desalniettemin behoeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter er geen twijfel over te bestaan dat een overtreding van het kartelverbod, zoals die ten aanzien van RMC en ZCN door de NMa is geconstateerd, als zodanig heeft te gelden. Hierover bestond bij Connexxion en VWS geen enkele twijfel en ook de Combinatie, althans RMC, heeft getuige het onder 2.8 vermelde kort geding de boetes – minst genomen – in verband gebracht met de uitsluitingsgrond “ernstige beroepsfout”. Naar Connexxion en VWS bovendien onweersproken hebben gesteld, volgt uit de toelichting op de (Uniforme) Eigen verklaring dat mededingingsbepalende bepalingen zullen kunnen worden aangemerkt als een “ernstige beroepsfout”, zodat ook om die reden bij de Combinatie daarover geen onduidelijkheid kon bestaan.

4.6. Anders dan de Combinatie heeft betoogd is voor het vaststellen van een ernstige beroepsfout niet nodig dat er een onherroepelijke veroordeling ligt. Dit volgt in ieder geval niet uit artikel 45 Bao en het daaraan ten grondslag liggende artikel 45 lid 2 onder d van de Richtlijn, waar is bepaald dat een “ernstige fout” moet worden vastgesteld “op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken”. De Combinatie heeft er terecht op gewezen dat in paragraaf 43 van de considerans van de Richtlijn sprake is van “een onherroepelijk vonnis of een beslissing met vergelijkbare werking”, maar die tekst sluit vooral aan bij artikel 45 lid 2 onder c van de Richtlijn, terwijl in het arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2012 in de zaak Forposta (zaak C-465/11) met zoveel woorden is overwogen dat “geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis” is vereist voor de vaststelling van een fout in de zin van artikel 45 lid 2 sub d Richtlijn. Dat betekent dat VWS op grond van de niet onherroepelijke boetebesluiten van de NMa kon aannemen dat sprake was van een ernstige beroepsfout aan de zijde van de Combinatie.

4.7. Nu het ervoor gehouden moet worden dat op de Combinatie, althans op twee van haar combinanten, uitsluitingsgrond 3.4 van toepassing is, moet beoordeeld worden of VWS, kon komen tot zijn beslissing uitsluiting van de Combinatie disproportioneel te achten en daarom de aanvankelijke gunningsbeslissing te handhaven.

C/09/438258 / KG ZA 13-232

17 april 2013

8

4.8. Nog daargelaten de vraag of het binnen de kaders van het aanbestedingsrecht mogelijk is om na het constateren van de toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond per inschrijver te beoordelen of hij al dan niet behoort te worden uitgesloten, geldt dat het Beschrijvend Document noch het Bao aanknopingspunten biedt voor de door VWS blijkens de Toelichtingsbrief toegepaste proportionaliteitstoets. De aan het aanbestedingsrecht ten grondslag liggende beginselen van transparantie en gelijke behandeling vereisen dat de voorwaarden inzake de deelneming aan een opdracht tevoren duidelijk moeten zijn bepaald opdat betrokkenen exact de procedurele verplichtingen kunnen kennen en er zeker van kunnen zijn dat deze verplichtingen voor alle (potentiële) deelnemers gelden, zodat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Voor zover VWS de proportionaliteitstoets wenste aan te leggen, had hij deze dan ook moeten opnemen in het Beschrijvend Document. De opmerkingen over een dergelijke toets in de Memorie van Toelichting bij het Bao en in artikel 2.88 sub c van de Aanbestedingswet 2012, die overigens niet op de onderhavige aanbestedingsprocedure van toepassing is, zijn in het licht van de onder 2.2 vermelde mededeling in het Beschrijvend Document dat toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond tot terzijdelegging leidt, onvoldoende.

4.9. Gelet op het voorgaande mocht VWS niet zonder meer komen tot de door hem aangelegde proportionaliteitstoets. Daar komt bij dat VWS het kennelijk noodzakelijk heeft gevonden om in verband met de boetebesluiten nadere voorwaarden op te leggen aan de Combinatie. Dit volgt met zoveel woorden uit de Toelichtingsbrief waar staat dat uitsluiting niet proportioneel zou zijn mits wordt voldaan aan de in die brief gestelde voorwaarden. Daarin komt tot uitdrukking dat VWS kennelijk wel tot uitsluiting zou zijn overgegaan als de Combinatie niet met die nadere voorwaarden zou hebben ingestemd. Dat de voorwaarden in belangrijke mate door de Combinatie zelf zijn voorgesteld doet aan het karakter daarvan niet af nu zij kennelijk door VWS belangrijk zijn gevonden, zijn overgenomen en nota bene zijn aangevuld. Connexxion heeft er terecht op gewezen dat aldus tussen VWS en de Combinatie kennelijk onderhandelingen zijn gevoerd die hebben geleid tot een op maat gesneden pakket van voorwaarden waaraan deze specifieke inschrijver moet voldoen om alsnog voor gunning in aanmerking te komen, althans om uitsluiting te voorkomen. Een en ander is uit het oogpunt van de hiervoor vermelde beginselen van gelijke behandeling en transparantie ontoelaatbaar, aangezien een inschrijver die op grond van het Beschrijvend Document uitgesloten had behoren te worden feitelijk in staat wordt gesteld om onder vooraf niet kenbare voorwaarden alsnog voor gunning in aanmerking te komen.

4.10. Gelet op het voorgaande dient de Combinatie alsnog te worden uitgesloten van de onderhavige aanbestedingsprocedure en kan de (gehandhaafde) gunningsbeslissing van 18 februari 2013 niet in stand blijven. Of de Combinatie zich daarnaast nog in ernstige mate heeft schuldig gemaakt aan een valse Eigen verklaring, behoeft derhalve geen bespreking meer.

4.11. Anders dan de Combinatie aan het slot van de zitting heeft betoogd, staat het op 7 december 2012 door de Hoge Raad gewezen arrest (LJN: BW9233) er niet aan in de weg dat een (voorlopige) gunningsbeslissing wordt herroepen in verband met een nadien aan het licht gekomen uitsluitingsgrond. Het arrest had immers betrekking op de situatie dat de gunningsbeslissing tardief wordt aangevuld met andere (reeds bekende) gronden.

4.12. Slotsom van het voorgaande is dat het VWS moet worden verboden de Opdracht te gunnen aan de Combinatie.

C/09/438258 / KG ZA 13-232

17 april 2013

9

4.13. Nu VWS ter zitting heeft toegezegd de te geven beslissing na te leven, bestaat geen reden voor oplegging van een dwangsom.

4.14. Uit de gedeeltelijke toewijzing van de vordering van Connexxion volgt dat de vordering van de Combinatie wordt afgewezen.

4.15. VWS (de Staat) en de Combinatie zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten, zoals gevorderd uitvoerbaar bij voorraad, inclusief nakosten en vermeerderd met de wettelijke rente.

5. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- verbiedt de Staat de Opdracht te gunnen aan de Combinatie;
- wijst de vorderingen van de Combinatie af;
- veroordeelt de Staat en de Combinatie in de proceskosten, tot dusver aan de zijde aan de zijde van Connexxion begroot op € 1.481,71, waarvan € 816,- aan salaris advocaat, € 589,- aan griffierecht en € 76,71 aan dagvaardingskosten;
- veroordeelt de Staat en de Combinatie tevens in de nakosten, forfaitair begroot op € 131,- aan salaris advocaat;
- bepaalt dat, indien en voor zover de Staat en/of de Combinatie niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en het vonnis om die reden door Connexxion aan de Staat en/of de Combinatie is betekend, de nakosten worden vermeerderd met een bedrag van € 68,- aan salaris advocaat en met de exploitkosten van de betekening van dit vonnis;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. J.J. van der Helm en in het openbaar uitgesproken op 17 april 2013.

vj

