

**JAAAN 2020/119, Rechtbank Rotterdam, 29-05-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5153, nr. C/10/592444 / KG ZA 20-200 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Rechtbank Rotterdam
<b>Datum uitspraak:</b> 29-05-2020
<b>Publicatie:</b> JAAAN 2020/119 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 6, 2020
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Krijbolder, J.S.C.</li><li>• Engelhart, W.J.W.</li></ul>
<b>ECLI:</b> <b><u>ECLI:NL:RBROT:2020:5153</u></b>
<b>Zaaknummer:</b> nr. C/10/592444 / KG ZA 20-200
<b>Rechtsgebied:</b> Aanbestedingsrecht
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• <b><u>ECLI:NL:RBROT:2020:5153</u></b></li><li>• Module Aanbesteding 2020/1432</li></ul>
<b>Rechter(s):</b> mr. P. de Bruin
<b>Partijen:</b> <p>de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid</p> <p>INTERACTION NEXT B.V.,</p> <p>gevestigd te Holten,</p> <p>eiseres,</p> <p>advocaat mr. A.E. Broesterhuizen te Deventer,</p> <p>tegen</p> <p>de publiekrechtelijke rechtspersoon</p> <p>GEMEENTE ROTTERDAM,</p> <p>zetelend te Rotterdam,</p> <p>gedaagde,</p> <p>advocaat mr. M. Ricci te Rotterdam,</p> <p>en tegen</p> <p>de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid</p> <p><b>SMARTDOCUMENTS NEDERLAND B.V.</b>,</p> <p>gevestigd te Deventer,</p> <p>tussengekomen partij,</p>

advocaten: mr. J.P.M. van Beers en L.E.J. Jonker te Den Bosch.

Partijen worden hierna Interaction, de Gemeente en SD genoemd.

**Regelgeving:**

- Aw 2012 art. 2:87
- Aw 2012 art. 4:87
- Richtlijn 2014/24 EU

**Inhoudsindicatie**

Valse verklaringen, Uitsluiting, Facultatieve uitsluitingsgronden, Ernstige fout in de uitoefening van het beroep, Aantasting mededinging, Uniform Europees Aanbestedingsdocument, Gelijkheidsbeginsel, Intrekking gunningsbeslissing

**Ga direct naar**

- **Samenvatting**
- **Uitspraak**
- **Beslissing/besluit**
- **Noot**

**Samenvatting**

In oktober 2019 heeft de gemeente Rotterdam (hierna: de Gemeente) de aankondiging gedaan voor de Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een opdracht voor de vervanging van documentcreatiesystemen.

Voor de opdracht hebben zich vier partijen ingeschreven, waaronder gedaagde en partij X (hierna: X). Bij vonnis van 11 juli 2018 heeft de rechtbank Overijssel in een procedure tussen (onder meer) X en (onder meer) gedaagde geoordeeld dat gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld jegens X. Volgens de rechtbank had gedaagde zich schuldig gemaakt aan vervalsing van de mededinging.

In haar op 3 december 2019 ingediende inschrijving heeft gedaagde de vraag of zij zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige beroepsfout zoals bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 met “nee” beantwoord. De vraag of zij overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging heeft gedaagde ook met “nee” beantwoord. Voorts heeft gedaagde ook “nee” geantwoord op de vraag of zij zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is om te controleren of er geen gronden voor uitsluiting zijn en of zij dergelijke informatie niet heeft achtergehouden.

Bij brief van 29 april 2020 heeft de Gemeente aan de inschrijvers meegedeeld dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan gedaagde. Naar aanleiding van bezwaar van X heeft de Gemeente aan gedaagde bericht haar gunningsbeslissing in te trekken en de opdracht te gunnen aan X. Volgens de Gemeente heeft gedaagde in haar inschrijving een valse verklaring afgelegd, omdat zij bij haar inschrijving geen melding heeft gemaakt van het vonnis waarin zij schuldig is verklaard aan een aantal feiten (waaronder vervalsing van de mededinging) die (kunnen) leiden tot een ernstige beroepsfout. Ook heeft gedaagde onder “zelfreinigende maatregelen” geen toelichting gegeven over welke maatregelen zij heeft getroffen om de Gemeente te verzekeren van een correcte uitvoering van de opdracht.

**Beoordeling van het geschil****Facultatieve uitsluitingsgronden**

Bij de beoordeling neemt de voorzieningenrechter tot uitgangspunt dat het achterhouden van het vonnis door gedaagde alleen tot uitsluiting kan leiden, indien het vonnis is te beschouwen als informatie die nodig is om te controleren of er

geen gronden voor uitsluiting zijn. Hiertoe is dus van belang of (de inhoud van) het vonnis mogelijkerwijs kan leiden tot de toepasselijkheid van de facultatieve uitsluitingsgronden ernstige beroepsfout en/of vervalsing van de mededinging, in de zin van art. 2.87 aanhef en lid 1 onder c en d Aw 2012.

Het doel van de facultatieve uitsluitingsgronden van art. 2.87 lid 1 sub c en d Aw 2012 is om de aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden om ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens een ernstige beroepsfout of vervalsing van de mededinging. De voorzieningenrechter overweegt, onder verwijzing naar Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, dat de duur van de uitsluiting niet langer mag zijn dan drie jaar na datum van de betrokken gebeurtenis. Wat precies onder de “gebeurtenis” moet worden verstaan, heeft de Europese wetgever in het midden gelaten. Voor de uitsluitingsgrond betreffende vervalsing van de mededinging heeft de Nederlandse wetgever hiervoor aangeknoopt bij de datum van een onherroepelijke veroordeling. Ten aanzien van de uitsluitingsgrond betreffende een ernstige beroepsfout heeft de wetgever in art. 2.87 aanhef en lid 2 sub b Aw 2012 bepaald dat uitsluitend ernstige fouten die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan in de beoordeling mogen worden betrokken. Binnen de gegeven grenzen kunnen aanbestedende diensten ondernemers van deelname uitsluiten, daarbuiten niet, aldus de voorzieningenrechter.

### **Ernstige beroepsfout**

De Gemeente heeft in de aanbestedingsstukken opgenomen dat zij bij de beoordeling van beroepsfouten alleen gedragingen van minder dan drie jaar oud in de beoordeling betreft, hetgeen voor onderhavige aanbestedingsprocedure betekent dat de terugkijktermijn begint op 3 december 2016.

Volgens de voorzieningenrechter kan er geen twijfel over bestaan dat het onrechtmatig handelen van gedaagde zoals vastgesteld in het vonnis, op zichzelf te beschouwen is als een ernstige beroepsfout in de zin van art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012. Dit handelen van gedaagde raakt aan de betrouwbaarheid en de integriteit van de betrokken onderneming, aldus voorzieningenrechter. Van belang is dus wanneer het onrechtmatig handelen heeft plaatsgevonden. In het vonnis is vastgesteld dat de onrechtmatige handelingen van gedaagde hebben plaatsgevonden in de periode van eind 2008 tot en met 2011. Daarmee ligt de beroepsfout dus in beginsel buiten de terugkijktermijn. Dat sprake is van een structurele beroepsfout die doorloopt tot enig moment gelegen op of na 3 december 2016 en aldus tot in de terugkijktermijn, volgt niet uit het vonnis, aldus de voorzieningenrechter.

### **Vervalsing mededinging**

In de aanbestedingsstukken heeft de Gemeente voor de uitsluitingsgrond betreffende vervalsing van de mededinging verwezen naar art. 2.87 Aw 2012. Er is alleen al daarom geen ruimere uitleg mogelijk van deze uitsluitingsgrond dan de daarin gegeven grenzen. Dat betekent dat deze uitsluitingsgrond alleen aan de orde is, indien er een onherroepelijke beschikking is in de zin van art. 4.87 Aw 2012. Het Vonnis is geen onherroepelijke beschikking in de zin van voormelde bepaling, zodat deze uitsluitingsgrond toepassing mist. Gedaagde mocht de vraag of zij overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging dan ook met “nee” beantwoorden, aldus de voorzieningenrechter.

Ten overvloede merkt de voorzieningenrechter nog op dat de facultatieve uitsluitingsgronden in het aanbestedingsrecht niet zijn bedoeld als straf, maar als mogelijkheid – om binnen de in de Aw 2012 gestelde voorwaarden – een ondernemer van deelname te kunnen uitsluiten. Zou dit anders zijn, dan raakt dit aan het beginsel van gelijke behandeling en het verbod op favoritisme en willekeur.

### **Conclusie**

De voorzieningenrechter gebiedt de Gemeente de gunningsbeslissing in te trekken

### **Uitspraak**

## 1. De procedure

1.1. In deze zaak heeft de voorzieningenrechter de aanvankelijk op 1 april 2020 geplande mondelinge behandeling vanwege de coronacrisis aangehouden en vervolgens beslist dat er een schriftelijke stukkenwisseling gevolgd door een mondelinge behandeling via Skype zou plaatsvinden.

1.2. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 4 maart 2020, met producties;
- de conclusie van antwoord van de Gemeente, met producties;
- de incidentele conclusie houdende conclusie tot tussenkomst subsidiair voeging;
- de conclusie van antwoord van SD, met producties;
- de nagekomen productie van Interaction;
- de mondelinge behandeling via Skype van 15 mei 2020;
- de pleitnota van Interaction;
- de pleitnota van de Gemeente.

1.3. SD heeft gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen Interaction en de Gemeente dan wel zich te mogen voegen aan de zijde van de Gemeente. Interaction en de Gemeente hebben verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. SD 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.

1.4. Vonnis is bepaald op heden.

## 2. De feiten

2.1. In oktober 2019 heeft de Gemeente de aankondiging gedaan voor de Europese openbare aanbestedingsprocedure voor de opdracht 'het beste documentcreatiesysteem voor Rotterdam' (hierna 'de Opdracht'). Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 (Aw) van toepassing. Het gunningscriterium is de 'economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd op basis van de beste prijs kwaliteitverhouding'.

2.2. De Opdracht ziet op de vervanging van bestaande documentcreatiesystemen, waarbij de Gemeente de bestaande systemen wenst te vervangen door een oplossing in de vorm van Software as a Service (hierna: SaaS) in een *private cloud*. De te sluiten overeenkomst heeft een looptijd van vier jaar met drie keer de mogelijkheid tot verlenging met een jaar.

2.3. De Opdracht is omschreven in het Beschrijvend Document van 2 oktober 2019 (hierna: het Beschrijvend Document) met bijbehorende bijlagen, waaronder Bijlage 1 (Toelichting 'ernstige fout') en Bijlage 2 (het Uniform Europees Aanbestedingsdocument).

2.4. In 5.1 van het Beschrijvend Document staat – voor zover hier van belang – het volgende vermeld.

“Alle in artikel 2.86 Aw opgenomen uitsluitingsgronden en de in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (Bijlage 2) aangekruiste facultatieve uitsluitingsgronden als opgenomen in artikel 2.87 Aw zijn van toepassing. Ten aanzien van de van toepassing zijnde uitsluitingsgrond “ernstige fout dienen Inschrijvers er rekening mee te houden dat de Aanbestedende Dienst zich het recht voorbehoudt zowel tijdens deze aanbestedingsprocedure als tijdens de looptijd

van de opdracht Inschrijver(s) te screenen indien er op grond van enig signaal dat de Aanbestedende Dienst bereikt, op welke wijze dan ook, een vermoeden rijst dat er sprake is van een ernstige fout. In Bijlage 1 is het begrip ernstige beroepsfout door de Aanbestedende Dienst nader ingevuld en is mede opgenomen onder welke voorwaarden deze uitsluitingsgrond wordt toegepast (proportionaliteitstoets) en onder welke voorwaarden de Aanbestedende Dienst gerechtigd is een reeds tot stand gekomen Overeenkomst te wijzigen, op te schorten of te ontbinden.

Als bewijs dat een Inschrijver niet in één van de genoemde omstandigheden verkeert dient hij het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (Bijlage 2) in te vullen.”

2.5. In Bijlage 1 wordt het begrip ‘ernstige fout’ als volgt toegelicht:

“Ter verduidelijking van het begrip “ernstige fout in de uitoefening van het beroep” zoals bedoeld in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (Bijlage 2) en paragraaf 5.2. deelt de Gemeente mee dat hieronder wordt verstaan: Kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst met betrekking tot het:

(...)

8. maken van afspraken met andere ondernemingen of het begaan van feitelijke gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat mededinging verhinderd, beperkt of vervalst wordt of het anderszins handelen in strijd met mededingingsregelgeving;

9. onrechtmatig handelen of tekortkomen in de nakoming van een Overeenkomst waaruit ernstige schade voortvloeit, als gevolg van grove nalatigheid, opzet of bewuste roekeloosheid;

(...)

12. alle andere delicten en gedragingen of omstandigheden die naar hun aard zijn aan te merken als ernstige fout in de uitoefening van het beroep.

(...)

Ten aanzien van de uitsluitingsgrond als genoemd in artikel 2.87 lid 1 sub c van de Aanbestedingswet 2012 geldt dat indien een Inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan de betreffende Inschrijver in beginsel wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure, tenzij uitsluiting disproportioneel zou zijn. De betreffende Inschrijver wordt in voorkomend geval in de gelegenheid gesteld om te bewijzen dat hij inmiddels de nodige maatregelen heeft genomen om herhaling in de toekomst te voorkomen en deze maatregelen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken Inschrijver niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Bij het nemen van een besluit om al dan niet tot uitsluiting van deelname aan de aanbestedingsprocedure danwel tot wijziging, opschorting of beëindiging van de Overeenkomst over te gaan kunnen onder meer de volgende aspecten in de afweging worden betrokken:

- de ernst van de overtredingen;
- de mate van betrokkenheid bij de overtredingen van leidinggevenden;
- de sinds de overtredingen verstreken tijd (de Gemeente betreft uitsluitend ernstige fouten die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan)
- het verband met de onderhavige aanbestedingen;
- de wegens overtredingen opgelegde sancties;
- de maatregelen die genomen zijn om herhaling te voorkomen;

- de omvang van de aanbestede opdracht;
- de houding/opstelling van de betreffende Inschrijver.

Tot daadwerkelijke uitsluiting (of ontbinding) wordt slechts besloten indien de Aanbestedende Dienst dat proportioneel acht.”

2.6. In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna: UEA) staan onder meer de volgende vragen:

- *Heeft de ondernemer zich schuldig gemaakt aan ernstige beroepsfouten zoals bedoeld in artikel 2.87?*
- *Zo ja, heeft de ondernemer zelfreinigende maatregelen genomen?*
- *Heeft de ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging?*
- *Valse verklaring: kan de ondernemer bevestigen dat:*
  - a) *hij zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is om te controleren of er geen gronden voor uitsluiting zijn dan wel of aan de selectiecriteria wordt voldaan,*
  - b) *hij dergelijke informatie niet heeft achtergehouden.*

2.7. Voor de Opdracht hebben zich vier partijen ingeschreven, waaronder Interaction en SD.

2.8. Bij vonnis van 11 juli 2018 (hierna: het Vonnis) heeft de rechtbank Overijssel in een procedure tussen (onder meer) SD en (onder meer) Interaction geoordeeld dat onder meer Interaction onrechtmatig heeft gehandeld jegens SD. Voor het bepalen van de omvang van de schade is verwezen naar een schadestaatprocedure. In dit vonnis heeft de rechtbank in rechtsoverwegingen 5.36, 5.39 en 5.42 – voor zover hier van belang en voor wat betreft andere partijen geanonimiseerd door de voorzieningenrechter – het volgende overwogen:

“5.36. De rechtbank concludeert dat uit al hetgeen hiervoor is overwogen het beeld naar voren komt van de uitvoering van een vooropgezet plan van X en Y om (...) een eigen concurrerende onderneming met een (...) concurrerend product (...) op te zetten. De rechtbank acht door eiseressen voldoende onderbouwd en onvoldoende gemotiveerd door gedaagden betwist dat deze plannen concrete vorm kregen en dat met de uitvoering daarvan een begin werd gemaakt in de laatste maanden van 2008. Toen stuurden (X) en een aantal van de andere leden van het kernteam van SD die later in dienst traden van IN [voorzieningenrechter: Interaction] vertrouwelijk bedrijfsgegevens en knowhow van SD en plannen om SD te gaan beconcurreren per mail naar de eigen privé computer. Dit alles leidde, op een ogenblik dat X en Y en de betrokken werknemers nog in dienst waren van SD, X en Y nota bene als statutair directeur, tot het opstellen van concrete plannen, met name het ondernemingsplan, een plan dat, naar uit het verdere verloop blijkt, in grote lijnen ook daadwerkelijk is uitgevoerd: de beoogde leden van het kernteam traden inderdaad later in dienst bij IN, en bestaande klanten en prospects werden, door de salesmanagers van SD, later in diezelfde functie werkzaam voor IN benaderd om over te stappen naar IN. Dit gebeurde zodanig effectief dat volgens Y ongeveer 20 klanten overstapten. terwijl uit het door eiseressen overgelegde verzicht opgenomen in productie 73 volgt dat er veel meer klanten van SD zijn benaderd. De rechtbank acht daarnaast aannemelijk gemaakt dat X en Y, die zelf door het rechterlijk verbod geen contact met medewerkers en klanten mochten hebben, in die periode gebruik hebben gemaakt van Z en het door Z opgerichte IN. Het staat immers vast dat zij, snel nadat zij niet meer door het rechterlijk verbod gebonden waren, door middel van (...) IN overnamen. Z fungeerde derhalve in die periode in zoverre als stroman. X en Y hebben blijkens de door eiseressen overgelegde telefoongegevens. in weerwil van het rechterlijk verbod met -toen nog medewerkers van SD contacten onderhouden, en dat deze contacten een zakelijke inhoud hadden, te weten de opbouw van de door hen beoogde concurrerende onderneming die later onder de vleugels zou komen van het door hen tijdens hun dienstverband met SD opgerichte (...). Bij de uitvoering van hun plannen hebben X, Y en Z (...) gebruik gemaakt van hun bekende vertrouwelijke bedrijfsinformatie, waaronder klantgegevens, van SD.

(...)

(...) de rechtbank is van oordeel dat het in strijd is niet hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is en met de normen van goed werknemerschap om te concurreren op de wijze waarop gedaagden dat hebben gedaan. Ook de wijze waarop gedaagden stelselmatig en substantieel gebruik hebben gemaakt van het bedrijfsdebet van SD en kennis en vertrouwelijke gegevens die zij hebben opgedaan tijdens hun dienstverband bij SD danwel uit hoofde van hun functie als bestuurder van SD acht de rechtbank onzorgvuldig en in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in liet maatschappelijk verkeer betamelijk is.

(...)

5.39. De gedaagden (...), IN en (...) dienen in deze te worden vereenzelvigd met hun oprichters en daarom geacht worden te hebben geweten van de onrechtmatige aard van het handelen van hun oprichters. (...), IN en (...) hebben daarvan alle drie geprofiteerd en waren daarbij instrumenteel. Daardoor hebben ook zij jegens eiseressen onrechtmatig gehandeld. Dit geldt ook voor (...) dat weliswaar pas op 11 januari 2012 – door (...) – is opgericht, maar dat daarna is gaan profiteren van de onrechtmatige concurrentie van de andere gedaagden door met name klanten van SD over te nemen.

5.42. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, zijn gedaagden (behoudens (...)) aansprakelijk voor de uit hun handelen voortvloeiende schade voor eiseressen.

De zaak zal, zoals gevorderd, voor het bepalen van de omvang van de schade worden verwezen naar de schadestaatprocedure. Eiseressen hebben immers nog behoefte aan nadere informatie van gedaagden om die schade te kunnen begroten. Met het oog daarop zal ook de vordering tot het verstrekken van stukken worden toegewezen. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen gedaagden er evenwel niet toe worden gehouden de gegevens tot op de dag van vandaag te verstrekken. Er komt immers een moment – zoals ook volgt uit het kort gedingvonnis van 19 maart 2009 (...) waarop gedaagden vrij zijn om de klanten van eiseressen te benaderen en af te werven. De rechtbank acht een termijn van twee jaar redelijk, hierbij in aanmerking nemende dat een concurrentiebeding – waarvan hier geen sprake is maar naar analogie – in beginsel een maximale duur van één jaar kent, behoudens bijzondere omstandigheden. Daarvan is naar het oordeel van de rechtbank sprake, gelet op de feiten en omstandigheden als hiervoor onder r.o. 5.36 genoemd. Gedaagden dienen de gevraagde stukken over de periode 2009-2011 te verstrekken. Het is aan de schadestaat-rechter om, wanneer daar ook een partijdebat over heeft plaatsgevonden, de termijn te bepalen gedurende welke eiseressen schade hebben geleden. (...)"

Tegen dit vonnis heeft (onder meer) Interaction hoger beroep ingesteld.

De stand van zaken in de procedure in hoger beroep is onbekend.

2.9. In haar op 3 december 2019 ingediende inschrijving heeft Interaction de vraag of zij zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige beroepsfout zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 met "nee" beantwoord. De vraag of zij overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging heeft zij ook met "nee" beantwoord. Voorts heeft Interaction de vraag: "Kan de ondernemer bevestigen dat:

a. a) hij zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is om te controleren of er geen gronden voor uitsluiting zijn (..)

b) hij dergelijke informatie niet heeft achtergehouden?"

met "ja" beantwoord.

2.10. Bij brief van 29 april 2020 heeft de Gemeente aan de inschrijvers meegedeeld dat zij voornemens is de Oprichting te gunnen aan Interaction.

2.11. Naar aanleiding van een bezwaar van SD heeft de Gemeente bij brief van 14 februari 2020 de Gemeente aan

Interaction meegedeeld dat het gunningsvoornemen aan Interaction wordt ingetrokken en dat zij nu voornemens is de Opdracht te gunnen aan SD. In de brief schrijft de Gemeente dat Interaction niet voor gunning in aanmerking komt, omdat er sprake is van een valse verklaring, en dat zij zal worden uitgesloten. De Gemeente schrijft verder dat Interaction heeft nagelaten de Gemeente te informeren over het Vonnis waarin is geoordeeld dat Interaction zich schuldig heeft gemaakt aan een aantal feiten (waaronder vervalsing van de mededinging) die (kunnen) leiden tot een ernstige beroepsfout. Interaction had moeten begrijpen dat zij onder ‘ernstige beroepsfouten’, dan wel onder vervalsing van de mededinging” het vakje “ja” had moeten aankruisen. Volgens de Gemeente had Interaction vervolgens onder “zelfreinigende maatregelen” een toelichting kunnen geven en kunnen aangeven welke maatregelen zij getroffen heeft om de Gemeente te verzekeren van een correcte uitvoering van de Opdracht.

2.12. Bij brief van 18 februari 2020 heeft de advocaat van Interaction gemotiveerd bezwaar gemaakt tegen de gewijzigde gunningsbeslissing. In reactie hierop heeft de Gemeente aan Interaction laten weten dat zij niet voornemens is de tweede gunningsbeslissing te herzien.

### **3. Het geschil**

3.1. Interaction vordert, samengevat:

#### **Primair:**

I. De Gemeente te verbieden de Opdracht te gunnen aan SD en haar te gebieden de gunningsbeslissing van 14 februari 2020 in te trekken;

II. de Gemeente te gebieden om op basis van de gunningsbeslissing van 29 januari 2020 de Opdracht aan Interaction te gunnen althans te verbieden de opdracht aan een andere inschrijver dan Interaction te gunnen, voor zover de Gemeente de opdracht nog wenst te gunnen;

#### **Subsidiair:**

III. de Gemeente te gebieden door de voorzieningenrechter passend geachte maatregelen te treffen;

*primair en subsidiair* op straffe van een dwangsom en met veroordeling van de Gemeente in de proceskosten, waaronder de nakosten en te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2. Aan deze vorderingen legt Interaction het volgende ten grondslag.

De uitsluitingsgronden ‘vervalsing van de mededinging’ en ernstige beroepsfout zijn niet van toepassing. Er is geen sprake van een onherroepelijk vonnis van een bevoegde autoriteit, zoals artikel 2.87 lid 1 sub d en lid 2 sub c in verbinding met artikel 4.7 lid 1 sub c Aw 2012 vereist.

De feiten zoals vastgesteld in het Vonnis hebben betrekking op de periode 2009 tot en met 2011 en vallen daarmee buiten de terugkijktermijn van artikel 2.87 lid 2 sub b Aw 2012 voor de ernstige beroepsfout. Overigens betwist Interaction dat het zakelijk geschil dat zij heeft met SD kwalificeert als een ernstige beroepsfout, en/of dat dit raakt aan de deugdelijke uitvoering van de Opdracht.

Het Vonnis kan dus niet tot uitsluiting leiden. Reeds daarom had het niet hoeven te worden gemeld. Interaction heeft dus ook geen valse verklaring afgelegd.

Bij het wijzigen van de gunningsbeslissing heeft de Gemeente geen hoor en wederhoor toegepast, terwijl zij daartoe op grond van het Beschrijvend Document en het transparantiebeginsel wel verplicht was. De procedure is daarmee onzorgvuldig. De gewijzigde gunningsbeslissing kan ook daarom niet in stand blijven.

3.3. De Gemeente en SD voeren gemotiveerd verweer en concluderen tot afwijzing van het gevorderde, met veroordeling van Interaction in de proceskosten, voor SD met daarbij de wettelijke rente en nakosten.



### 3.4. De Gemeente heeft – samengevat – het volgende aangevoerd.

De Gemeente kwalificeert de in het Vonnis vastgestelde onrechtmatige gedragingen als een ernstige beroepsfout van Interaction. Het door de rechtbank Overijssel vastgestelde gedrag was bovendien structureel van aard. Niet kan worden uitgesloten dat de relatie met een aantal klanten die Interaction van SD in die periode heeft afgeworven tot binnen de periode van drie jaar voor de inschrijving op de aanbesteding heeft voortgeduurd. De fouten liggen dus niet buiten de terugkijkttermijn.

Subsidiar geldt dat het Vonnis het aangrijpingspunt voor de terugkijkttermijn van de beroepsfout moet zijn. Voor de uitleg van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 dient te worden aangeknoopt bij artikel 57 lid 7 van Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten (hierna: de Richtlijn), waarvan het een zuinige implementatie vormt. Met de door het Hof van Justitie aan die bepaling gegeven uitleg valt niet te rijmen dat een ondernemer, aan wiens betrouwbaarheid moet worden getwijfeld, een opdracht gegund zou moeten krijgen omdat de (start van de) gedragingen buiten de terugkijkttermijn van drie jaren is gelegen, terwijl voor de periode dat het zakelijke geschil onder de rechter was geen zelfreinigende maatregelen zijn genomen en de onrechtmatige gedraging heeft voortgeduurd. Hoe dan ook had Interaction bij haar inschrijving melding moeten maken van het Vonnis en kunnen toelichten waarom zij niet van deelname hoefde te worden uitgesloten, zodat de Gemeente had kunnen controleren of er een uitsluitingsgrond van toepassing was. Door het niet te melden heeft Interaction een valse verklaring afgelegd en daarom moet zij worden uitgesloten. Aangezien herstel van dat gebrek onmogelijk is, hoefde de Gemeente geen hoor en wederhoor toe te passen.

3.5. SD vordert – samengevat – de Gemeente te gebieden, voor zover zij de opdracht nog wenst te gunnen, om uitvoering te geven aan de gunningsbeslissing van 14 februari 2020, althans de onderhavige opdracht aan geen ander te gunnen dan aan SD.

3.6. Hiertoe, en als verder verweer tegen de vordering van Interaction, heeft SD het volgende aangevoerd.

SD ondervindt nog altijd schade van de onrechtmatige gedragingen van Interaction die in de periode 2009 tot en met 2011 hebben plaatsgevonden. De in die periode door Interaction van SD afgeworven klanten zijn door langdurende contracten klant gebleven van Interaction. Zij plukt dus nog altijd de vruchten van die gedragingen – die zij niet heeft aangepast – en zij heeft geen enkele compensatie aangeboden. De gevolgen van de gedragingen waren dus tot in de terugkijkttermijn voelbaar en daarmee is sprake van een beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012. De onrechtmatige daad van Interaction kon pas na een langdurige procedure met getuigenverhoren worden vastgesteld. Op grond van artikel 57 lid 7 van de Richtlijn en de daaraan door het HvJ EU (in het Vossloh-arrest) gegeven uitleg dient voor de terugkijkttermijn daarom ook hier te worden aangeknoopt bij de kwalificatie van de feiten en niet bij de feiten zelf. Uit het vonnis van 12 juli 2019 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland ([ECLI:NL:RBGEL:2019:3391](#)) volgt dat dit mogelijk is.

Interaction had het Vonnis moeten melden. Nu zij dat niet heeft gedaan, is zij terecht uitgesloten. De Opdracht moet daarom dus conform de tweede gunningsbeslissing aan SD worden gegund.

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

## **4. De beoordeling**

4.1. Tussen partijen is in geschil of de tweede gunningsbeslissing in stand kan blijven. Hiertoe dient beoordeeld te worden of de Gemeente zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat Interaction bij haar inschrijving melding had moeten maken van het Vonnis.

4.2. Bij de beoordeling staat voorop dat 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 van de procedurele verplichtingen op de hoogte kunnen zijn 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, (zie onder meer HvJ 29 april 2004,

ECLI:EU:C:2004:236 (Succhi di Frutta).

4.3. Gelet op artikel 2.87 lid 1 sub h Aw 2012 en de daarop gebaseerde vraag in het UEA (zie 2.6) neemt de voorzieningenrechter tot uitgangspunt dat het achterhouden van het Vonnis alleen tot uitsluiting kan leiden, indien het Vonnis is te beschouwen als informatie die nodig is om te controleren of er geen gronden voor uitsluiting zijn. Hiertoe is dus van belang of (de inhoud van) het Vonnis mogelijkerwijs kan leiden tot de toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden ernstige beroepsfout en/of vervalsing van de mededinging, in de zin van artikel 2.87 aanhef en lid 1 onder c en d Aw 2012. Hoewel begrijpelijk is dat de Gemeente als aanbestedende dienst op basis van de relevante feiten zelf een oordeel wenst te vormen over de toepasselijkheid van uitsluitingsgronden en vervolgens over de proportionaliteit van een uitsluiting, brengt die wens niet mee dat inschrijvers haar moeten informeren over feiten die, om welke reden dan ook, niet tot uitsluiting kunnen leiden. Ter beoordeling ligt dus voor of het Vonnis kan leiden tot toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden ernstige beroepsfout en – omdat de Gemeente daarvan niet expliciet afstand heeft genomen – vervalsing van de mededinging. Gelet op de tussen partijen gevoerde discussie, is hierbij ook de terugkijktermijn van deze uitsluitingsgronden van belang.

#### **Facultatieve uitsluitingsgronden – algemeen**

4.4. De uitsluitingsgronden van artikel 2.87 lid 1 sub c en d Aw 2012 zijn een implementatie van artikel 57 van Richtlijn 2014/24/EU (hierna: de Richtlijn). Doel van deze facultatieve (dus onverplichte) uitsluitingsgronden is blijkens de considerans van de Richtlijn om de aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden om ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens een ernstige beroepsfout of vervalsing van de mededinging. Bij het hanteren van deze facultatieve uitsluitingsgronden moeten de aanbestedende diensten aandacht geven aan het proportionaliteitsbeginsel (zie considerans onder 101).

4.5. De Europese wetgever heeft het aan de nationale wetgevers overgelaten om – binnen de grenzen van het communautaire recht – de voorwaarden voor toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden te bepalen. De Nederlandse wetgever heeft dit gedaan in (onder meer) artikel 2.87 Aw 2012, waarbij de toepasselijkheid van de facultatieve uitsluitingsgronden ook weer deels is overgelaten aan de aanbestedende diensten. De volgens de Gemeente en SD zuinige implementatie van de facultatieve uitsluitingsgronden door de Nederlandse wetgever is een bewuste keuze. Niet valt in te zien waarom dat in strijd is met de in de Richtlijn geboden ruimte.

4.6. Artikel 57 lid 7 van de Richtlijn beperkt de toepasselijkheid van de facultatieve uitsluitingsgronden, in die zin dat de duur van de uitsluiting niet langer mag zijn dan *drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis*. Hierbij is in het midden gelaten wat er moet worden verstaan onder de gebeurtenis. Gelet op de uiteenlopende facultatieve uitsluitingsgronden zou dat bijvoorbeeld een gedraging, een gebeurtenis of een vaststelling kunnen zijn. Voor verplichte uitsluitingsgronden is de toepasselijkheid beperkt tot vijf jaar na de daarvoor vereiste onherroepelijke veroordeling, waarbij dus geen rekening wordt gehouden met het tijdstip waarop de materiële feiten zich hebben voorgedaan.

4.7. In het arrest Vossloh (HvJ EU 24 oktober 2018, zaak C-124/17) heeft het HvJ EU geoordeeld dat (in die zaak) de terugkijktermijn voor de uitsluitingsgrond vervalsing van de mededinging ingaat op het moment van de onherroepelijke beslissing (en dus niet op het moment van de gedraging zelf). Hiertoe heeft het Hof overwogen dat in verband met de coherentie met de wijze van berekening van de terugkijktermijn voor de verplichte uitsluitingsgronden, ook hier dient te worden aangeknoopt bij de datum van de onherroepelijke beslissing. Volgens het Hof was deze aanknopingspunt des te meer gerechtvaardigd omdat het bestaan van de mededinging beperkende gedragingen slechts als bewezen kon worden beschouwd na de vaststelling van een dergelijk besluit waarin de feiten juridisch aldus zijn gekwalificeerd. Hierbij merkt de voorzieningenrechter op dat de Duitse wetgever de Richtlijn op dit punt kennelijk letterlijk heeft geïmplementeerd, waarbij de duur van de uitsluiting voor zowel de beroepsfout als de vervalsing van de mededinging is bepaald op “maximaal drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis”.

4.8. Anders dan de Duitse wetgever, heeft de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de facultatieve uitsluitingsgronden expliciete keuzes gemaakt. Bij de vervalsing van de mededinging heeft de wetgever aangeknoopt bij de datum van een onherroepelijke veroordeling, wat overigens geheel in lijn is met het nadien gewezen Vossloh-arrest. Bij de ernstige beroepsfout heeft de wetgever in artikel 2.87 aanhef en lid 2 sub b Aw 2012 bepaald dat uitsluitend ernstige fouten die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de

inschrijving hebben voorgedaan in de beoordeling mogen worden betrokken. Deze bepaling knoopt duidelijk aan bij de datum van de gedraging. Zoals hiervoor in 4.5 is overwogen, is deze beperking in overeenstemming met de door de Richtlijn geboden ruimte om voorwaarden te stellen aan de toepasselijkheid van de facultatieve uitsluitingsgronden. Binnen de gegeven grenzen kunnen aanbestedende diensten ondernemers van deelname uitsluiten, daarbuiten niet.

4.9. Het door de Gemeente en SD aangehaalde vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland (**ECLI:NL:RBGEL:2019:3391**) geeft geen aanleiding om anders aan te kijken tegen (de voorwaarden voor de toepassing van) de terugkijkt termijn voor de ernstige beroepsfout. In die zaak, waarin ook wordt gewezen op de keuze van de Nederlandse wetgever, wordt geen aanleiding gezien om verder terug te kijken dan de in artikel 2.87 lid 2 Aw 2012 bepaalde terugkijkt termijn. De uitzondering waarnaar verwezen wordt, is die voor ernstige fouten – mogelijk zelfs strafbare feiten – die passen binnen een patroon waarbij een deel van de fouten wel gemaakt is binnen de terugkijkt termijn.

4.10. Nu komt aan de orde of de Gemeente op grond van (de inhoud van) het Vonnis redelijkerwijs tot het oordeel had kunnen komen dat sprake is van een ernstige beroepsfout of vervalsing van de mededinging.

### ***Ernstige beroepsfout***

4.11. De Gemeente heeft in navolging van de Aw 2012 in Bijlage 1 (zie 2.5) opgenomen dat zij bij de beoordeling van beroepsfouten alleen gedragingen van minder dan drie jaar oud in de beoordeling betreft. Dit betekent voor deze aanbesteding dat de terugkijkt termijn begint op 3 december 2016.

4.12. In het Vonnis is vastgesteld dat (onder andere) Interaction aansprakelijk is voor onrechtmatige concurrentie, die er onder meer uit bestaat dat Interaction samen met andere vennootschappen en personen – onder meer met gebruikmaking van bedrijfsvertrouwelijke informatie van SD – klanten en prospects van SD hebben benaderd om over te stappen naar Interaction, waarna ook ongeveer 20 klanten daadwerkelijk zijn overgestapt. De rechtbank heeft met betrekking tot Interaction overwogen dat zij vereenzelvigd moet worden met haar oprichters en dat zij dus moet hebben geweten van de onrechtmatige aard van het handelen, waarvan zij ook heeft geprofiteerd en waarbij zij instrumenteel was. Naar voorlopig oordeel kan er geen twijfel over bestaan dat dit handelen (het gebruik van bedrijfsvertrouwelijke informatie en het 'afwerven' van klanten) op zichzelf te beschouwen is als een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 en zoals door de Gemeente omschreven in Bijlage 1 onder 9. Dit handelen raakt aan de betrouwbaarheid en de integriteit van de betrokken onderneming. Dat Interaction tegen het Vonnis hoger beroep heeft ingesteld, maakt dat niet anders. Van belang is dus wanneer het onrechtmatig handelen heeft plaatsgevonden.

4.13. Uit het Vonnis volgt dat de kern van het onrechtmatige handelen bestaat uit het gebruik van bedrijfsvertrouwelijke informatie en door het benaderen van de klanten en prospects. In het Vonnis is geoordeeld dat Interaction hoofdelijk aansprakelijk is, omdat zij van dat handelen heeft geprofiteerd en omdat zij (bij dat handelen) instrumenteel was. In het Vonnis is vastgesteld dat deze onrechtmatige handelingen hebben plaatsgevonden in de periode van eind 2008 tot en met 2011. Dit volgt ook uit de stellingen van SD, waaruit volgt dat de (langlopende) contracten met de betreffende klanten in de periode tussen 2009 en 2011 zijn gesloten. Daarmee ligt de beroepsfout dus in beginsel buiten de terugkijkt termijn. Dat sprake is van een structurele beroepsfout die doorloopt tot enig moment gelegen op of na 3 december 2016 en aldus tot in de terugkijkt termijn, volgt niet uit het Vonnis.

4.14. De stelling dat Interaction nog na 2011 en tot in de terugkijkt termijn heeft geprofiteerd van het onrechtmatige handelen, maakt dit naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet anders. Dit heeft betrekking op de doorwerking en de omvang van de schade, maar niet op het voortduren van het onrechtmatige handelen. De Gemeente en SD hebben ook niet concreet gemaakt wat Interaction in de afgelopen drie jaar anders had moeten doen. De omstandigheid dat Interaction geen schadevergoeding heeft aangeboden of betaald en dat zij geen andere 'zelfreinigende maatregelen' heeft doorgevoerd, zou pas bij een eventuele proportionaliteitstoets aan de orde kunnen komen. Zonder toepasselijkheid van de uitsluitingsgrond, wordt aan die toets niet toegekomen.

4.15. Op grond van het voorgaande moet het ervoor gehouden worden dat de in het Vonnis vastgestelde feiten buiten de terugkijkt termijn gelegen zijn, zodat deze geen ernstige beroepsfout opleveren. Interaction mocht de vraag of zij een ernstige beroepsfout heeft begaan zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 dus met "nee" beantwoorden.

### ***Vervalsing van de mededinging***

4.16. In het Beschrijvend Document heeft de Gemeente voor de uitsluitingsgrond vervalsing van de mededinging verwezen naar artikel 2.87 Aw 2012. Er is alleen al daarom geen ruimere uitleg mogelijk van deze uitsluitingsgrond dan de daarin gegeven grenzen. Dat betekent dat deze uitsluitingsgrond alleen aan de orde is indien er een onherroepelijke beschikking is in de zin van artikel 4.87 Aw 2012. Het Vonnis is geen onherroepelijke beschikking in de zin van voormelde bepaling, zodat deze uitsluitingsgrond toepassing mist. Interaction mocht de vraag of zij overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging dan ook met “nee” beantwoorden.

### ***Ten overvloede***

4.17. Voor zover de Gemeente en SD hebben betoogd dat het onwenselijk is dat de in het Vonnis vastgestelde feiten – vanwege het tijdsverloop tussen die feiten en de vaststelling ervan – niet kunnen leiden tot uitsluiting van een aanbesteding, wordt ten overvloede het volgende opgemerkt. De facultatieve uitsluitingsgronden in het aanbestedingsrecht zijn niet bedoeld als straf, maar als mogelijkheid – om binnen de in de Aw 2012 gestelde voorwaarden – een ondernemer van deelname te kunnen uitsluiten. Zou dit anders zijn, dan raakt dit aan het beginsel van gelijke behandeling en het verbod op favoritisme en willekeur. Voor zover SD meent dat het verlies in deze aanbestedingsprocedure te beschouwen is als (extra) schade ten gevolge van het onrechtmatige handelen van Interaction, geldt dat die discussie en de verdere discussie over (de omvang van) de aansprakelijkheid van Interaction dient te worden afgehandeld in de tussen SD en Interaction aanhangige procedures.

### ***Slotsom en proceskosten***

4.18. Aangezien (de inhoud van) het Vonnis niet kan leiden tot de toepasselijkheid van uitsluitingsgronden, kan aan het feit dat Interaction van dit Vonnis geen melding heeft gemaakt in haar inschrijving, en meer in het bijzonder in het UEA, niet de conclusie worden verbonden dat zij een valse verklaring heeft afgelegd. De conclusie is dan ook dat de tweede gunningsbeslissing niet in stand kan blijven. Het gebod tot intrekking van de tweede gunningsbeslissing zoals gevorderd onder I. is daarmee toewijsbaar. Voor toewijzing van het meer gevorderde bestaat geen aanleiding.

4.19. Aangezien van de Gemeente verwacht mag worden dat zij gerechtelijke uitspraken nakomt, bestaat voor oplegging van een dwangsom geen aanleiding.

4.20. De (gedeeltelijke) toewijzing van de vorderingen van Interaction brengt mee dat de vorderingen van SD worden afgewezen. SD wordt daarom veroordeeld in de kosten van de Gemeente. Deze kosten worden begroot op nihil, aangezien niet is gebleken dat de Gemeente als gevolg van deze vorderingen extra kosten heeft moeten maken.

4.21. De Gemeente en SD worden als de in het ongelijk gestelde partijen in de overige proceskosten veroordeeld. De kosten aan de zijde van Interaction worden begroot op:

- dagvaarding € 83,38
- griffierecht € 656,00
- salaris advocaat € 980,00

Totaal € 1.719,38

4.22. De nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten worden toegewezen zoals in het dictum vermeld.

### ***5. De beslissing***

De voorzieningenrechter:

- 5.1. gebiedt de Gemeente de gunningsbeslissing van 14 februari 2020 in te trekken;
- 5.2. veroordeelt SD voor wat betreft de door haar tegen de Gemeente ingestelde vorderingen in de kosten van de Gemeente, tot dusver begroot op nihil;
- 5.3. veroordeelt de Gemeente en SD in de overige proceskosten, aan de zijde van Interaction tot op heden begroot op € 1.719,38, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na dit vonnis tot de dag van volledige betaling;
- 5.4. veroordeelt de Gemeente en SD in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat de Gemeente of SD niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening;
- 5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- 5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

## Noot

### Hoelang blijft het verleden een inschrijver achtervolgen?

Interaction heeft in de periode 2009-2011 met werknemers en bedrijfsvertrouwelijke informatie van SD een concurrerende onderneming opgericht. De Rechtbank Overijssel heeft dit handelen in een vonnis van 11 juli 2018 als onrechtmatig bestempeld en (onder andere) geoordeeld dat Interaction aansprakelijk is voor de uit dat handelen voortvloeiende schade van SD.<sup>1</sup> Vervolgens komen Interaction en SD elkaar in oktober 2019 tegen in een aanbesteding. Kan Interaction bij deze aanbesteding nog worden uitgesloten op basis van haar fout uit het verleden?

Voor wat betreft uitsluiting vanwege overtredingen van de Mededingingswet bepaalt art. 2.87 lid 2 sub c jo. art. 4.7 lid 1 sub c en d Aw 2012 dat daarbij uitsluitend beschikkingen van de ACM of de Europese Commissie worden betrokken die in de drie jaar voorafgaand aan het moment van inschrijving onherroepelijk zijn geworden.<sup>2</sup> Uit de jurisprudentie van het HvJ EU kan worden afgeleid dat in het geval er een aangewezen onderzoekende autoriteit bestaat voor een bepaalde schending, dán het moment waarop de schending als zodanig is gekwalificeerd, beslissend is voor het ingaan van de terugkijkttermijn. Voor de overige facultatieve uitsluitingsgronden in art. 2.87 Aw 2012, zoals de ernstige beroepsfout, bestaat geen aangewezen autoriteit, waardoor voor toepassing van de uitsluitingsgrond, de betrokken gebeurtenis moet hebben plaatsgevonden binnen drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van een inschrijving.<sup>3</sup> Een later gewezen (onherroepelijk) vonnis of een (onherroepelijke) beschikking doet in dit kader dus niet ter zake. Zo oordeelt ook de Rechtbank Rotterdam in de onderhavige zaak.

Volgens de gemeente en SD moest worden aangeknoopt bij het moment van *kwalificatie van de feiten* en niet bij het moment van *de feiten zelf*. Zij stelden dat uit een vonnis van de Rechtbank Gelderland zou volgen dat dit mogelijk is.<sup>4</sup> In die zaak lag er een recent vonnis waarin de rechtbank had geoordeeld dat een inschrijver tekort was geschoten in de nakoming van verschillende overeenkomsten, maar lagen de daadwerkelijke gedragingen verder in het verleden dan drie jaar voorafgaand aan de datum van de inschrijving. De Rechtbank Gelderland overwoog in r.o. 4.5: “*Vooralsnog bestaat geen aanleiding om wat betreft de ernstige beroepsfout verder terug te kijken dan de in artikel 2.87 lid 2 onder d Aw 2012 vermelde termijn van drie jaar.*” De Rechtbank Gelderland benoemde vervolgens dat in een vonnis van de Rechtbank Amsterdam<sup>5</sup> wél een nuance op de terugkijkttermijn is benoemd.<sup>6</sup> Deze uitzondering hield kortgezegd in dat voor zover ernstige beroepsfouten passen binnen een patroon, gebeurtenissen die vallen vóór (c.q. buiten) de terugkijkttermijn ook betrokken mogen worden bij de beslissing tot eventuele uitsluiting, mits een gedeelte van

de samenhangende fouten wel binnen de terugkijkt termijn valt.

Wij menen dat het terecht en in lijn met de tekst en de bedoeling van de Aw is dat voor de terugkijkt termijn in het kader van de ernstige beroepsfout in de basis wordt aangesloten bij het moment van de gedraging en niet bij het moment van een (eventueel) vonnis. Immers – als iemand door rood rijdt, dan zit diegene op dát moment fout. Vanaf dát moment kan die persoon spijt hebben en zijn leven beteren. Hiervoor hoeft niet een veroordeling te worden afgewacht.

Daarbij draagt deze terugkijkt termijn bij aan de rechtszekerheid. Het voorkomt dat een partij die een fout heeft gemaakt daardoor langer achtervolgd kan worden door een (wellicht opzettelijk) langgerekte procedure. Ook voorkomt het de oneerlijke situatie dat partijen waarover een vonnis is uitgesproken langer “gepakt” zouden kunnen worden vanwege een gedraging dan partijen die om welke reden dan ook niet in een procedure zijn betrokken.

Enkel waar het gaat om overtredingen van het mededingingsrecht moet worden aangesloten bij het moment waarop de beschikking van de ACM of de Europese Commissie onherroepelijk is geworden. Het juridische oordeel c.q. de kwalificatie van een specifiek aangewezen bevoegde instantie (art. 4.7 Aw 2012) is waar het gaat om eventuele vervalsing van de mededinging en versterking van een eerlijk concurrentieveld van essentieel belang.

mr. W.J.W. Engelhart, advocaat/partner Van Benthem & Keulen

mr. J.S.C. Krijbolder, advocaat Van Benthem & Keulen

#### Voetnoten

1)

Rb. Overijssel 11 juli 2018, IEF 17940 (SD tegen DM e.a.).

2)

Dit is overigens in lijn met het arrest in de Duitse zaak Vossloh (HwJ EU 24 oktober 2018, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855, «**JAAN**» 2018/219). Let op: in r.o. 4.16 van het vonnis is een fout geslopen. Daar wordt art. 4.87 genoemd. Dit moet art. 4.7 Aw 2012 zijn.

3)

Vóór de wijziging van de Aw in 2016 viel de uitsluitingsgrond “vervalsing van de mededinging” onder een “ernstige beroepsfout”. Met de wijziging in 2016 werd art. 2.87, eerste lid, onderdeel d Aw 2012 nieuw toegevoegd. Dit bracht verder geen materiële wijziging met zich mee (**Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 69**, maar zorgde er wel voor dat in lid 2 van art. 2.87 lid 2 sub c Aw 2012 kon worden gespecificeerd dat bij vervalsing van de mededinging geldt dat uitsluiting mag als tot drie jaar voorafgaand aan de inschrijving een beschikking als bedoeld in art. 4.7 lid 1 onderdeel c en d Aw 2012 onherroepelijk is geworden.

4)

Rb. Gelderland 12 juli 2019, **ECLI:NL:RBGEL:2019:3391**, «**JAAN**» 2018/166.

5)

Rb. Amsterdam 19 november 2019, **ECLI:NL:RBAMS:2018:9689**, «**JAAN**» 2019/58.

6)

Wellicht doelde SD met haar verwijzing in r.o. 3.6. eigenlijk op dit vonnis, in plaats van het vonnis van de Rb. Gelderland. De verwijzing naar het vonnis van de Rb. Gelderland is immers niet direct logisch, omdat de Rb. Gelderland voor de terugkijkt termijn aansloot bij de feiten zelf.