

waarom de winnende inschrijving niet abnormaal laag is. De verliezende inschrijver moet de gegrondheid van de beoordeling van de aanbestedende dienst inhoudelijk kunnen betwisten.

Voor de praktijk lijkt eveneens een impact te bestaan. Een aanbestedende dienst is niet verplicht in de motivering van de gunningsbeslissing van de afgewezen inschrijvingen een opmerking te maken over het (mogelijk) abnormaal lage karakter van de winnende inschrijving. Dat blijkt impliciet – zoals het Gerecht opmerkt – uit de gunningsbeslissing en zal de aanbestedende dienst uit zichzelf onderzocht hebben. Dat verandert echter bij een fase 1 verzoek tot (nadere) motivering. De aanbestedende dienst zal dan in beginsel een inhoudelijk antwoord moeten geven met een motivering ‘light’ ontleend aan een prima facie beoordeling. ‘Light’ betekent dat bijv. kan worden volstaan met een verwijzing naar de marktvoorwaarden en de prijzen van de andere inschrijvers. Bij een concrete uiteenzetting van de verliezende inschrijver zal de aanbestedende dienst in een tweede fase onderzoek moeten doen en met een ondubbelzinnige motivering uitspraken moeten doen over de samenstelling van de inschrijving van de winnende inschrijver. Opvallende daarbij is dat het Gerecht geen beperking vermeldt over bedrijfsvertrouwelijke gegevens van de winnende inschrijver. Niettemin lijkt daar wel een grens te zijn gelegen: vertrouwelijke gegevens over de inschrijving van de winnaar mogen niet met de verliezende inschrijver worden gedeeld, behoudens voorzover het een verplicht onderdeel is van de motiveringsplicht⁵.

Al met al is de afdrank van het arrest dat een aanbestedende dienst steeds een winnende inschrijving onderzoekt, indien deze abnormaal laag lijkt. De aanbestedende dienst behoeft dat niet expliciet in de gunningsbeslissing te motiveren. Van de ondernemer mag worden verwacht dat hij onderbouwt waarom de winnaar abnormaal laag heeft ingeschreven en klaagt over het abnormaal lage karakter. Volgt een verzoek van een verliezend inschrijver dan zal de aanbestedende dienst in eerste instantie kunnen volstaan met een globale toelichting, als de winnende in-

schrijving abnormaal laag lijkt. In tweede instantie ligt de lat hoger: de aanbestedende dienst moet duidelijk en ondubbelzinnig motiveren. Daar staat tegenover dat aanbestedende diensten een ruime beoordelingsmarge behouden bij het vaststellen van het mogelijk abnormaal lage karakter van een inschrijving.

prof. mr. P.H.L.M. Kuypers
advocaat, partner bij AKD, hoogleraar Europees en nationaal aanbestedingsrecht Radboud Universiteit Nijmegen

22

Terugkijktermijn, ernstige beroepsfout en vervalsing mededinging

Gerechtshof Den Haag
21 december 2021, 200.283.096/01,
ECLI:NL:GHDHA:2021:2487
(mr. P. Glazener, mr. J.J. van der Helm,
mr. H.M.H. Speyart van Woerden)
Noot mr. A.C.M. Kusters, mr. J.S.C. Krijbolder

Aantasting mededinging. Ernstige beroepsfout. Gunningbeslissing. Ingrijpen in gesloten overeenkomst. Mededingingsrecht. Opschortende termijn. Totstandkoming overeenkomst. Uitsluiting. Uitleg.

[Aw 2012 art. 2.87 lid 2, art. 2.12, art. 4.157]

Deze zaak gaat over een aanbesteding van de gemeente voor een documentcreatiesysteem. Op de aanbesteding hebben onder meer SmartDocuments en Interaction ingeschreven. In eerste instantie heeft de gemeente aan de inschrijvers medegedeeld dat zij voornemens was de opdracht aan Interaction te gunnen. Naar aanleiding van een bezwaar van SmartDocuments heeft de gemeente aan Interaction medegedeeld dat het voornemen om te gunnen aan Interaction werd ingetrokken, en dat de gemeente nu voornemens was de opdracht te gunnen aan SmartDocuments. De reden daarvoor was dat Interaction had nagelaten de gemeente te informeren over een vonnis van de rechtbank Overijssel, waarin de rechtbank had geoordeeld dat Interaction zich schuldig had gemaakt aan een aantal feiten die volgens de ge-

5 Vgl. artikel 2.57 lid 1 Aw 2012.

meente gezien konden worden als een ernstige beroepsfout. Daarop is Interaction een kortgedingprocedure begonnen tegen de gemeente en SmartDocuments, waarin zij onder meer heeft gevorderd om de gemeente te gebieden het voornemen tot gunning aan SmartDocuments in te trekken. De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis deze vordering toegewezen. Na het vonnis heeft de gemeente het voornemen tot gunning aan SmartDocuments ingetrokken en de opdracht definitief aan Interaction gegund.

In dit hoger beroep komt SmartDocuments op een aantal gronden op tegen het bestreden vonnis.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

Formele aspecten

De gemeente heeft na het bestreden vonnis een overeenkomst gesloten met Interaction. Daaraan voorafgaand heeft zij op 9 juni 2020 een tweede voorlopige gunningsbeslissing genomen, ten gunste van Interaction, waarbij zij opnieuw een opschortende termijn van 20 dagen in acht heeft genomen. Gedurende deze termijn heeft SmartDocuments een kortgedingprocedure tegen die voorgenomen gunning aanhangig kunnen maken. Dat heeft SmartDocuments niet gedaan, met als gevolg dat de overeenkomst tussen de gemeente en Interaction alleen nog kan worden aangetast op een van de gronden genoemd in het Xafax-arrest (ECLI:NL:HR:2016:2638). In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat dat inschrijvers en andere belanghebbenden tegen een gunningsbeslissing in rechte moeten opkomen voordat de overeenkomst is gesloten. Daartoe moet de aanbestedende dienst hen op grond van art. 2.127 Aw gedurende een opschortende termijn van ten minste 20 dagen in staat stellen. Niet-inachtneming van die termijn door de aanbestedende dienst leidt tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Is die termijn verstreken, of is een verzoek om een onmiddellijke voorziening met betrekking tot de gunningsbeslissing gedaan en heeft de voorzieningenrechter daarop in eerste aanleg afwijzend beslist, dan is de nadien tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met de aanbestedingsregels slechts aantastbaar op de gronden genoemd in art. 4.15 lid 1 Aw en in andere gevallen slechts in geval van wilsgebreken of nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW. Volgens SmartDocuments is de lijn die door de Hoge Raad in het Xafax-arrest is uitgezet in het

onderhavige geval niet van toepassing, omdat de voorzieningenrechter niet afwijzend maar toewijzend heeft beslist. Deze stelling miskent dat de toepasselijkheid van de regel uit het Xafax-arrest in dit geval niet berust op het toe- of afwijzende karakter van het bestreden vonnis, dat betrekking heeft op voornemen tot gunning aan SmartDocuments, maar op het feit dat SmartDocuments niet binnen de daarvoor geldende termijn is opgekomen tegen het (tweede) voornemen van de gemeente om de Opdracht aan Interaction te gunnen, dat de gemeente bij brief van 9 juni 2020 aan SmartDocuments heeft medegedeeld, en dat na ommekomst van die termijn daadwerkelijk een overeenkomst is gesloten.

De overeenkomst tussen de gemeente en Interaction kan dus slechts worden aangetast op een van de gronden genoemd in het Xafax-arrest. SmartDocuments heeft geen beroep gedaan op een van de gronden genoemd in art. 4.15 lid 1 Aw. Zij heeft nog wel gesteld dat de overeenkomst vernietigbaar is wegens dwaling en/of bedrog. De overeenkomst tussen de gemeente en Interaction kan echter niet op vordering van SmartDocuments wegens dwaling of bedrog worden vernietigd. Vernietiging van een overeenkomst vanwege een wilsgebrek kan alleen worden gevorderd door een partij bij die overeenkomst. De primaire vorderingen van SmartDocuments stuiten af. De subsidiaire vorderingen van SmartDocuments komen evenmin voor toewijzing in aanmerking.

Beoordeling grieven

In essentie komt het betoog van SmartDocuments erop neer dat de 'terugkijktermijn' van drie jaar genoemd in art. 2.87 lid 2 sub b Aw moet worden berekend vanaf 11 juli 2018, de datum van het vonnis van de rechtbank Overijssel. Dit betoog onderbouwt SmartDocuments met het Vossloh-arrest.

Het Vossloh-arrest heeft betrekking op de uitleg van RI 2014/24/EU. In de zaak Vossloh heeft het Hof van Justitie vastgesteld dat art. 57 lid 7 van de richtlijn zo moet worden uitgelegd dat de uitsluitingsperiode vanaf de datum van de beschikking moet worden berekend. Deze uitleg heeft specifiek betrekking op een gedraging die valt onder de uitsluitingsgrond van art. 57 lid 4 sub d RI 2014/24/EU. SmartDocuments gaat er daarom ten onrechte vanuit dat de door het HvJ gegeven uitleg ook moet worden gevolgd bij de toepassing van de uitsluitingsgrond van art. 57 lid 4 sub c.

De Nederlandse wetgever heeft de facultatieve uitsluitingsgronden van art. 57 lid 4 van de richtlijn overgenomen in art. 2.87 Aw. Uit art. 2.87 lid 2 sub c Aw, dat richtlijnconform moet worden uitgelegd, volgt dat in geval van vervalsing van de mededinging voor de aanvang van de ‘terugkijktermijn’ van drie jaar moet worden aangeknoopt bij de datum van de beschikking waarbij de bevoegde autoriteit (de ACM of de Europese Commissie) heeft vastgesteld dat de gedraging inbreuk maakt op de mededingingsregels, en dus niet bij de periode waarin de inbreukmakende gedraging heeft plaatsgevonden. Dat is in lijn met de uitleg van de richtlijn in het Vossloh-arrest.

De onrechtmatige gedragingen van Interaction genoemd in het vonnis van de rechtbank Overijssel vormen geen inbreuk op de mededingingsregels, en dus geen uitsluitingsgrond in de zin van art. 2.87 lid 1 sub d en lid 2 sub c Aw. Die laatste bepalingen hebben dus niet als gevolg dat de datum van het vonnis van de rechtbank Overijssel als aanknopingspunt moet worden genomen voor de bepaling van de ‘terugkijktermijn’.

Voor een ernstige beroepsfout (ex art. 2.87 lid 1 sub c Aw) geldt, wat de ‘terugkijktermijn’ betreft, art. 2.87 lid 2 sub b Aw. Volgens deze bepaling worden bij de toepassing van art. 2.87 lid 1 sub c Aw uitsluitend ernstige beroepsfouten betrokken die zich in de drie jaar ‘voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan’. Indien de gedragingen van Interaction kunnen worden gekwalificeerd als een ernstige beroepsfout in de zin van art. 2.87 lid 1 sub c Aw, dan geldt daarvoor dus de ‘terugkijktermijn’ van art. 2.87 lid 1 sub b Aw, die aanknoopt bij het moment waarop de ernstige beroepsfout heeft plaatsgevonden. In het onderhavige geval ligt dat moment (ruimschoots) meer dan drie jaar vóór het tijdstip van inschrijving. Indien de gedragingen van Interaction kunnen worden gekwalificeerd als een ernstige beroepsfout, dan kan die ernstige beroepsfout dus niet meer leiden tot uitsluiting van Interaction.

Conclusie

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis en wijst de vorderingen van SmartDocuments af.

*SmartDocuments Nederland B.V.,
gevestigd te Deventer,
appellante,
hierna te noemen: SmartDocuments,*

*advocaat: mr. J.P.M. van Beers te Den Bosch,
tegen*

*1. Gemeente Rotterdam,
zetelend te Rotterdam,
geïntimeerde sub 1,
hierna te noemen: de gemeente,
advocaat: mr. M. Ricci te Rotterdam,
2. Interaction Next B.V.,
gevestigd te Holten,
geïntimeerde sub 2,
hierna te noemen: Interaction,
advocaat: mr. A.E. Broesterhuizen te Deventer.*

1. De zaak in het kort

1.1. Deze zaak gaat over een aanbesteding van de gemeente voor een documentcreatiesysteem. Op de aanbesteding hebben onder meer SmartDocuments en Interaction ingeschreven. In eerste instantie heeft de gemeente aan de inschrijvers medegedeeld dat zij voornemens was de opdracht aan Interaction te gunnen. Naar aanleiding van een bezwaar van SmartDocuments heeft de gemeente aan Interaction medegedeeld dat het voornemen om te gunnen aan Interaction werd ingetrokken, en dat de gemeente nu voornemens was de opdracht te gunnen aan SmartDocuments. De reden daarvoor was dat Interaction had nagelaten de gemeente te informeren over een vonnis van de rechtbank Overijssel van 11 juni 2018, waarin de rechtbank had geoordeeld dat Interaction zich schuldig had gemaakt aan een aantal feiten die volgens de gemeente gezien konden worden als een ernstige beroepsfout. Daarop is Interaction een kortgedingprocedure begonnen tegen de gemeente en SmartDocuments, waarin zij onder meer heeft gevorderd om de gemeente te gebieden het voornemen tot gunning aan SmartDocuments in te trekken. In het bestreden vonnis van 29 mei 2020 heeft de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam deze vordering toegewezen. Na het vonnis heeft de gemeente het voornemen tot gunning aan SmartDocuments ingetrokken en de opdracht definitief aan Interaction gegund.

1.2. In dit hoger beroep komt SmartDocuments op een aantal gronden op tegen het vonnis van 29 mei 2020, en vordert zij naast vernietiging van het vonnis onder meer ongedaanmaking van de gunning van de opdracht aan Interaction, en subsidiair een verklaring voor recht dat de gemeente toerekenbaar tekort is geschoten, althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens SmartDocuments,

in combinatie met een veroordeling tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat. Het hof bekrachtigt in dit arrest het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen van SmartDocuments af. Hierna wordt deze beslissing gemotiveerd.

2. Procesverloop

2.1. Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:

- het dossier van de procedure bij de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam, waaronder het bestreden vonnis van 29 mei 2020 (hierna te noemen: het (bestreden) vonnis);
- de dagvaarding in hoger beroep van 24 juni 2020;
- de memorie van grieven van SmartDocuments van 27 oktober 2020, met producties;
- de memorie van antwoord van de gemeente van 8 december 2020;
- de memorie van antwoord van Interaction van 8 december 2020.

2.2. Na het wisselen van deze stukken hebben partijen arrest gevraagd.

3. Feitelijke achtergrond

3.1. Tussen partijen staat onder meer het volgende vast.

3.2. In oktober 2019 heeft de gemeente een aanbesteding aangekondigd van een opdracht voor een documentcreatiesysteem (hierna te noemen: de Opdracht). Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 (Aw) van toepassing. De Opdracht is omschreven in het Beschrijvend Document van 2 oktober 2019 (hierna te noemen: het Beschrijvend Document) met bijbehorende bijlagen, waaronder Bijlage 1 (Toelichting “ernstige fout”) en Bijlage 2 (het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, hierna te noemen: het UAE).

3.3. In 5.1 van het Beschrijvend Document staat onder meer het volgende:

“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.”

3.4. In 1.2 van het Beschrijvend Document wordt “Overeenkomst” als volgt gedefinieerd:

“De overeenkomst inclusief Bijlagen, die de Aanbestedende Dienst en de Inschrijver(s), aan wie de overeenkomst definitief wordt gegund sluiten en waarvan een concept is toegevoegd als Bijlage 6.”

3.5. In Bijlage 1 bij het Beschrijvend Document 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.

(...)

3.6. In het UEA (Bijlage 2 bij het Beschrijvend Document) 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.
(...)”

3.7. Voor de Opdracht hebben zich vier partijen ingeschreven, waaronder Interaction en SmartDocuments.

3.8. Interaction heeft op 3 december 2019 ingeschreven op de aanbesteding van de Opdracht. In haar 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. Verder heeft Interaction met “ja” geantwoord op de vraag of zij zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van valse verklaringen en geen informatie heeft achtergehouden die nodig is om te controleren of er geen gronden voor uitsluiting zijn.

3.9. Bij brief van 29 januari 2020 heeft de gemeente aan de inschrijvers meegedeeld dat zij voornemens is de Opdracht te gunnen aan Interaction.

3.10. SmartDocuments heeft bezwaar gemaakt tegen dit voornemen met verwijzing naar een vonnis van de rechtbank Overijssel van 11 juli 2018 in een procedure tussen onder meer SmartDocuments en Interaction. In dit vonnis heeft de rechtbank Overijssel geoordeeld dat de oprichters van Interaction onrechtmatig hebben gehandeld jegens SmartDocuments door een concurrerende onderneming op te zetten, klanten en werknemers van SmartDocuments over te nemen en stelselmatig gebruik te maken van het bedrijfsdebet van SmartDocuments en kennis en vertrouwelijke gegevens die zij hadden opgedaan tijdens hun dienstverband bij SmartDocuments. Naar

het oordeel van de rechtbank dient Interaction in dit opzicht te worden vereenzelvigd met haar oprichters en heeft dus ook Interaction zich schuldig gemaakt aan onrechtmatige gedragingen jegens SmartDocuments. (Hierna zal het hof kortheids halve verwijzen naar onrechtmatige gedragingen van Interaction.) Voor het bepalen van de omvang van de schade heeft de rechtbank Overijssel de zaak verwezen naar een schadestaatprocedure.

3.11. Naar aanleiding van het bezwaar van SmartDocuments heeft de gemeente bij brief van 14 februari 2020 aan Interaction meegedeeld dat het voornemen om te gunnen aan Interaction wordt ingetrokken en dat zij nu voornemens is de Opdracht te gunnen aan SmartDocuments. In de brief schrijft de gemeente dat Interaction niet voor gunning in aanmerking komt, omdat zij een valse verklaring heeft afgelegd, en dat zij zal worden uitgesloten. Ter toelichting schrijft de gemeente dat Interaction heeft nagelaten de gemeente te informeren over het vonnis van de rechtbank Overijssel waarin is geoordeeld dat Interaction zich schuldig heeft gemaakt aan een aantal feiten (waaronder vervalsing van de mededinging) die (kunnen) leiden tot de conclusie dat sprake is van een ernstige beroepsfout. Interaction had moeten begrijpen dat zij onder “ernstige beroepsfouten”, dan wel onder “ervalsing van de mededinging” het vakje “ja” had moeten aankruisen. Vervolgens had Interaction 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.

3.12. Na het bestreden vonnis heeft de gemeente bij brief van 9 juni 2020 het voornemen tot gunning van de opdracht aan SmartDocuments ingetrokken, en een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing genomen ten gunste van Interaction. Daarbij heeft zij een opschortende termijn in acht genomen van 20 dagen, waarbinnen andere inschrijvers een kortgedingprocedure tegen de voorgenomen gunning konden beginnen. Een dergelijke procedure is uitgebleven, waarna de gemeente de Opdracht op 4 augustus 2020 definitief heeft gegund aan Interaction. Op 3/4 september 2020 heeft de gemeente een overeenkomst van opdracht gesloten met Interaction, waaraan Interaction sindsdien uitvoering geeft.

3.13. Bij arrest van 30 juni 2020 (ECLI:NL:GHARL:2020:5027) heeft het hof Arnhem-Leeuwarden het vonnis van de rechtbank

Overijssel vernietigd. Naar het oordeel van het hof heeft SmartDocuments het verwijt van onrechtmatige concurrentie onvoldoende onderbouwd, en is niet vast komen te staan dat Interaction of haar oprichters het bedrijfsdebet van SmartDocuments stelselmatig en substantieel hebben afgebroken en daarbij gebruik hebben gemaakt van kennis en gegevens die zij bij SmartDocuments hebben verkregen, of dat zij zich overigens aan onrechtmatig handelen jegens Smart Documents schuldig hebben gemaakt. SmartDocuments heeft cassatieberoep tegen het arrest van het hof ingesteld.

4. Vorderingen en beslissing in eerste aanleg

4.1. In eerste aanleg heeft Interaction de gemeente gedagvaard en onder meer gevorderd de gemeente te gebieden de beslissing van 14 februari 2020 tot voorlopige gunning van de Opdracht aan SmartDocuments in te trekken. SmartDocuments heeft gevorderd om te mogen tussenkomen in de procedure tussen Interaction en de gemeente, en is toegelaten als tussenkomende partij. De gemeente en SmartDocuments hebben verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen van Interaction.

4.2. In het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de vordering van Interaction toegewezen, en de gemeente bevolen de voorlopige gunningsbeslissing van 14 februari 2020 in te trekken. De gemeente en SmartDocuments zijn veroordeeld in de proceskosten. Het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

4.3. De overwegingen van de voorzieningenrechter kunnen als volgt worden samengevat. De onrechtmatige gedragingen van Interaction genoemd in het vonnis van de rechtbank Overijssel zijn te beschouwen als een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw en zoals omschreven door de gemeente in Bijlage 1 bij het Beschrijvend Document. Uit artikel 2.87 lid 2 sub b Aw volgt echter dat een aanbestedende dienst een inschrijver alleen vanwege een ernstige beroepsfout kan uitsluiten van deelneming aan de aanbestedingsprocedure, als de ernstige beroepsfout zich heeft voorgedaan in de drie jaar voorafgaand aan de inschrijving. Uit het vonnis van de rechtbank Overijssel volgt dat de onrechtmatige gedragingen van Interaction zich hebben voorgedaan in de periode van eind 2008 tot en met 2011. Daarmee ligt de ernstige beroepsfout dus buiten de ‘terugkijktermijn’ van artikel 2.87 lid 2 sub b

Aw. Interaction mocht de vraag of zij een ernstige beroepsfout had begaan dus met “nee” beantwoorden en had niet vanwege deze ernstige beroepsfout van deelneming aan de aanbestedingsprocedure mogen worden uitgesloten. Uitsluiting vanwege vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub d Aw is ook niet aan de orde. Op die uitsluitingsgrond kan alleen een beroep worden gedaan als de vervalsing van de mededinging is geconstateerd in een onherroepelijke beschikking van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) of de Europese Commissie in de zin van artikel 4.7 Aw. Het vonnis van de rechtbank Overijssel kan niet als zodanig worden beschouwd. Interaction mocht de vraag of zij overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging dan ook met “nee” beantwoorden.

5. Vorderingen in hoger beroep

5.1. SmartDocuments vordert in hoger beroep, bij arrest uitvoerbaar bij voorraad, vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter en:

primair:

(1) vernietiging van de overeenkomst tot stand gekomen tussen Interaction en de gemeente, althans de gemeente te gebieden de overeenkomst binnen vijf dagen na de datum van het arrest te beëindigen door opzegging of ontbinding, althans de gemeente te verbieden verdere uitvoering te geven aan de overeenkomst;

(2) de gemeente te gebieden de definitieve gunning van de Opdracht aan Interaction ongedaan te maken en voor zover de gemeente nog wenst te gunnen, de Opdracht aan SmartDocuments te gunnen;

(3) Interaction te gebieden de beëindiging van de Opdracht, althans de ongedaanmaking van de definitieve gunningsbeslissing, te gehangen en te gedogen.

subsidiar:

(1) te verklaren voor recht dat de gemeente jegens SmartDocuments toerekenbaar tekort is geschoten, althans onrechtmatig heeft gehandeld, door de Opdracht definitief aan Interaction en niet aan SmartDocuments te gunnen;

(2) de gemeente te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding aan SmartDocuments, nader op te maken bij staat.

meer subsidiar:

de gemeente en Interaction hoofdelijk te veroordelen in de kosten van de procedure in beide in-

stanties, inclusief nakosten en te vermeerderen met wettelijke rente, en de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

5.2. De gemeente en Interaction voeren verweer en concluderen tot bekrachtiging van het vonnis van de voorzieningenrechter en afwijzing van de vorderingen van SmartDocuments, met veroordeling van SmartDocuments in de proceskosten in hoger beroep. In het geval van de gemeente wijkt haar standpunt in hoger beroep af van het standpunt dat zij in eerste aanleg heeft ingenomen. De gemeente is het eens met het bestreden vonnis en is thans van mening dat de (vermeende) onrechtmatige handelingen van Interaction geen vervalsing van de mededinging opleveren als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub d. Zij kunnen volgens de gemeente wel een ernstige beroepsfout opleveren, maar die kan alleen maar leiden tot uitsluiting als zij binnen drie jaar voorafgaand aan de inschrijving heeft plaatsgevonden. Dat is niet het geval zodat er geen grond was om Interaction uit te sluiten en de Opdracht aan Interaction kon worden gegund.

6. Beoordeling in hoger beroep Formele aspecten

6.1. De primaire vorderingen van SmartDocuments zijn erop gericht de overeenkomst tussen de gemeente en Interaction aan te tasten, dan wel rechtstreeks (de primaire vordering sub 1), dan wel indirect, door de gemeente te dwingen de overeenkomst te beëindigen en Interaction te dwingen dat te gedogen (de primaire vorderingen sub 2 en 3). Deze vorderingen zijn niet toewijsbaar om de volgende redenen.

6.2. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 18 november 2016 in de zaak *Xafax* (ECLI:NL:HR:2016:2638) geoordeeld dat het stelsel van de Aw en Richtlijn 89/665/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG, erop neerkomt dat inschrijvers en andere belanghebbenden tegen een gunningsbeslissing in rechte moeten opkomen voordat de overeenkomst is gesloten. Daartoe moet de aanbestedende dienst hen op grond van artikel 2.127 Aw gedurende een opschortende termijn van tenminste 20 dagen in staat stellen. Niet-inachtneming van die termijn door de aanbestedende dienst leidt tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Is die termijn verstreken, of is een verzoek om een onmiddellijke voorziening met betrekking tot de gunningsbeslissing gedaan en heeft de voorzieningenrechter daarop in eerste

aanleg afwijzend beslist, dan is de nadien tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met de aanbestedingsregels slechts aantastbaar op de gronden genoemd in artikel 4.15 lid 1 Aw en in andere gevallen (op een andere grond dus dan strijd met de aanbestedingsregels) slechts in geval van wilsgebreken of nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge artikel 3:40 BW.

6.3. In het onderhavige geval heeft de gemeente na het bestreden vonnis een overeenkomst gesloten met Interaction. Daaraan voorafgaand heeft zij op 9 juni 2020 een tweede voorlopige gunningsbeslissing genomen, ten gunste van Interaction, waarbij zij opnieuw een opschortende termijn van 20 dagen in acht heeft genomen. Gedurende deze termijn heeft SmartDocuments een kortgedingprocedure tegen die voorgenomen gunning aanhangig kunnen maken. Dat heeft SmartDocuments niet gedaan, met als gevolg dat de overeenkomst tussen de gemeente en Interaction alleen nog kan worden aangetast op een van de gronden genoemd in het *Xafax*-arrest.

6.4. De gemeente stelt bij memorie van antwoord dat zij ermee heeft ingestemd dat zij het door SmartDocuments achterwege laten van een kort geding na de tweede voorlopige gunningsbeslissing van 9 juni 2020 in deze procedure niet aan SmartDocuments zou tegenwerpen. Onder die voorwaarde was SmartDocuments bereid af te zien van een kort geding, en de gemeente wilde verdere vertraging bij de opdrachtverstrekking voorkomen. De gemeente stelt dat zij er daarom “voor deze procedure vanuit [gaat] dat SmartDocuments op dit punt haar rechten niet heeft verwerkt” (memorie van antwoord, 19). Wat de gemeente daarmee precies bedoelt is het hof niet duidelijk, mede gezien het feit dat zij in de memorie van antwoord wel aanvoert dat SmartDocuments de overeenkomst met Interaction nog slechts kan aantasten op een van de gronden genoemd in het *Xafax*-arrest (memorie van antwoord, 85). Verder stelt het hof vast dat SmartDocuments zich niet op deze instemming van de gemeente heeft beroepen, en SmartDocuments zelf dus kennelijk niet van mening is dat deze instemming betekent dat de gemeente het *Xafax*-arrest niet aan haar kan tegenwerpen. Afgezien daarvan geldt dat de regel uit het *Xafax*-arrest niet alleen strekt tot bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst, maar ook tot die van de opdrachtnemer met wie een overeenkomst is gesloten (vgl. rechtsoverwegingen 3.7.2 en 3.7.3 van

het arrest). Interaction kan dus ook een beroep doen op de regel uit *Xafax*-arrest (en doet dat ook in deze procedure). Zij wordt daarin niet beperkt door een mogelijke toezegging van de gemeente aan SmartDocuments dat de gemeente het *Xafax*-arrest niet aan SmartDocuments zal tegenwerpen. Het hof houdt dus vast aan het uitgangspunt dat de overeenkomst tussen de gemeente en Interaction alleen nog kan worden aangetast op een van de gronden genoemd in het *Xafax*-arrest.

6.5. Volgens SmartDocuments is de lijn die door de Hoge Raad in het *Xafax*-arrest is uitgezet in het onderhavige geval niet van toepassing, omdat de voorzieningenrechter niet afwijzend maar toevoegend heeft beslist. Deze stelling miskent dat de toepasselijkheid van de regel uit het *Xafax*-arrest in dit geval niet berust op het toe- of afwijzende karakter van het bestreden vonnis, dat betrekking heeft op voornemen tot gunning aan SmartDocuments, maar op het feit dat SmartDocuments niet binnen de daarvoor geldende termijn is opgekomen tegen het (tweede) voornemen van de gemeente om de Opdracht aan Interaction te gunnen, dat de gemeente bij brief van 9 juni 2020 aan SmartDocuments heeft medegedeeld, en dat na ommekomst van die termijn daadwerkelijk een overeenkomst is gesloten.

6.6. De overeenkomst tussen de gemeente en Interaction kan dus slechts worden aangetast op een van de gronden genoemd in het *Xafax*-arrest. SmartDocuments heeft geen beroep gedaan op een van de gronden genoemd in artikel 4.15 lid 1 Aw. Zij heeft nog wel gesteld dat de overeenkomst vernietigbaar is wegens dwaling (artikel 6:228 lid 1 BW) en/of bedrog (artikel 3:44 lid 3 BW). De overeenkomst tussen de gemeente en Interaction kan echter niet op vordering van SmartDocuments wegens dwaling of bedrog worden vernietigd. Vernietiging van een overeenkomst vanwege een wilsgebrek kan alleen worden gevorderd door een partij bij die overeenkomst. Het is immers aan partijen om te bepalen of hun wil op onzuivere wijze is gevormd en of zij de overeenkomst op die grond willen aantasten.

6.7. De primaire vorderingen van SmartDocuments stuiten af op het voorgaande.

6.8. De subsidiaire vorderingen van SmartDocuments komen evenmin voor toewijzing in aanmerking. Een verklaring voor recht dat de gemeente toerekenbaar tekort is geschoten, althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens SmartDocuments (de subsidiaire vordering sub 1) is een defi-

nitief oordeel over de rechtsverhouding tussen partijen dat niet in kort geding kan worden gegeven. Een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, leent zich evenmin voor toewijzing in kort geding omdat het element 'op te maken bij staat' zich niet verhoudt tot het spoedeisend karakter van een kort geding. Daarbij komt dat niet aannemelijk is gemaakt dat voldaan is aan de voorwaarden die gelden voor de toewijzing van een schadevergoeding in kort geding.

6.9. Daarmee blijft alleen de meer subsidiaire vordering van SmartDocuments over. Deze vordering strekt ertoe dat de gemeente en Interaction (hoofdelijk) worden veroordeeld in de proceskosten in beide instanties. Uit deze vordering leidt het hof af dat SmartDocuments bezwaar heeft tegen de proceskostenveroordeling in eerste aanleg. In het licht daarvan zal het hof hierna de grieven van SmartDocuments beoordelen. Het hof zal dit doen met inachtneming van het in hoger beroep gevoerde debat en naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing in hoger beroep.

Beoordeling van de grieven

6.10. SmartDocuments heeft zes grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd, die zich alle vanuit verschillende invalshoeken richten tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de onrechtmatige handelingen genoemd in het vonnis van de rechtbank Overijssel geen ernstige beroepsfout opleveren, omdat zij hebben plaatsgevonden voorafgaand aan de 'terugkijktermijn' van drie jaar genoemd in artikel 2.87 lid 2 sub b Aw, en tegen het onderscheid dat de voorzieningenrechter in dit verband heeft gemaakt tussen een ernstige beroepsfout en vervalsing van de mededinging. In essentie komt het betoog van SmartDocuments erop neer dat de 'terugkijktermijn' van drie jaar genoemd in artikel 2.87 lid 2 sub b Aw moet worden berekend vanaf 11 juli 2018, de datum van het vonnis van de rechtbank Overijssel waarbij is vastgesteld dat Interaction zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige gedragingen jegens SmartDocuments. Voor dit betoog zoekt SmartDocuments steun in het *Vossloh*-arrest van het Hof van Justitie (arrest van 24 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:855). Daarin is volgens SmartDocuments uitgemaakt dat als een onder een toepasselijke uitsluitingsgrond vallende gedraging vastgesteld of gesanctioneerd is door een bevoegde autoriteit in het kader van een door het

Unierecht of nationale recht geregelde procedure, de ‘terugkijktermijn’ aanvangt op het moment van de kwalificatie door die autoriteit. Gerekend vanaf 11 juli 2018 vallen de onrechtmatige gedragingen van Interaction die zijn vastgesteld in het vonnis van de rechtbank Overijssel binnen de ‘terugkijktermijn’, zodat Interaction zich schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring door deze ernstige beroepsfout niet te vermelden in haar inschrijving. Op grond daarvan had Interaction van deelneming aan de aanbestedingsprocedure moeten worden uitgesloten, aldus SmartDocuments. Het hof verwerpt dit betoog op grond van de volgende overwegingen.

6.11. Het *Vossloh*-arrest heeft betrekking op de uitleg van richtlijn 2014/24/EU. Artikel 57 lid 4 van de richtlijn bevat een opsomming van facultatieve uitsluitingsgronden die aanbestedende diensten kunnen toepassen op een aanbestedingsprocedure. Artikel 57 lid 4 sub d noemt als facultatieve uitsluitingsgrond vervalsing van de mededinging: “wanneer de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de ondernemer met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging”. Artikel 57 lid 4 sub c noemt als facultatieve uitsluitingsgrond de ernstige beroepsfout: “wanneer de aanbestedende dienst op enige passende wijze aannemelijk kan maken dat de ondernemer in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken”. Artikel 57 lid 7 van de richtlijn bepaalt dat de duur van de uitsluiting wegens een facultatieve uitsluitingsgrond niet langer mag zijn dan drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis. In de zaak *Vossloh* was aan het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of de uitsluitingsperiode in geval van een inbreuk op de mededingingsregels moet worden berekend vanaf de periode van de inbreukmakende gedraging of vanaf de datum van de beschikking waarbij de bevoegde autoriteit heeft vastgesteld dat die gedraging inbreuk maakt op de mededingingsregels. Het Hof van Justitie heeft vastgesteld dat artikel 57 lid 7 van de richtlijn zo moet worden uitgelegd dat de uitsluitingsperiode vanaf de datum van de beschikking moet worden berekend. Deze uitleg heeft blijkens rechtsoverwegingen 34 tot en met 42 van het arrest specifiek betrekking op een gedraging die valt onder de uitsluitingsgrond van artikel 57 lid 4 sub d van de richtlijn (vervalsing van de mededinging).

SmartDocuments gaat er daarom ten onrechte vanuit dat de door het Hof van Justitie gegeven uitleg ook moet worden gevolgd bij de toepassing van de uitsluitingsgrond van artikel 57 lid 4 sub c (de ernstige beroepsfout).

6.12. De Nederlandse wetgever heeft de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57 lid 4 van de richtlijn overgenomen in artikel 2.87 Aw. Artikel 2.87 lid 1 sub c Aw volgt vrijwel letterlijk de tekst van artikel 57 lid 4 sub c (ernstige beroepsfout), en artikel 2.87 lid 1 sub d Aw volgt vrijwel letterlijk de tekst van artikel 57 lid 4 sub d (vervalsing van de mededinging). Artikel 2.87 lid 2 sub c Aw bepaalt dat bij de toepassing van de uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub d (vervalsing van de mededinging) uitsluitend worden betrokken “beschikkingen als bedoeld in artikel 4.7, eerste lid, onderdelen c en d, die in de drie jaar voorafgaand aan de aanvraag onherroepelijk zijn geworden.” Dat zijn beschikkingen van de ACM en de Europese Commissie waarin overtredingen van de mededingingsregels (artikelen 6 en 24 van de Mededingingswet (Mw) en de artikelen 101 en 102 VWEU) zijn vastgesteld. Uit artikel 2.87 lid 2 sub c Aw, dat richtlijnconform moet worden uitgelegd, volgt dus dat in geval van vervalsing van de mededinging voor de aanvang van de ‘terugkijktermijn’ van drie jaar moet worden aangeknoopt bij de datum van de beschikking waarbij de bevoegde autoriteit (de ACM of de Europese Commissie) heeft vastgesteld dat de gedraging inbreuk maakt op de mededingingsregels, en dus niet bij de periode waarin de inbreukmakende gedraging heeft plaatsgevonden. Dat is in lijn met de uitleg van de richtlijn in het *Vossloh*-arrest.

6.13. De onrechtmatige gedragingen van Interaction genoemd in het vonnis van de rechtbank Overijssel vormen geen inbreuk op de mededingingsregels in de zin van de artikelen 6 Mw of 101 VWEU (mededingingsbeperkende afspraak) of 25 Mw of 102 VWEU (misbruik van machtspositie), en dus geen uitsluitingsgrond in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub d en lid 2 sub c Aw. Die laatste bepalingen hebben dus niet als gevolg dat de datum van het vonnis van de rechtbank Overijssel als aanknopingspunt moet worden genomen voor de bepaling van de ‘terugkijktermijn’. Het vonnis is van de rechtbank Overijssel is ook geen beschikking als bedoeld in artikel 4.7 lid 1 sub c of d Aw.

6.14. Voor een ernstige beroepsfout, als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw geldt, wat de ‘terug-

kijktermijn' betreft, artikel 2.87 lid 2 sub b Aw. Volgens deze bepaling worden bij de toepassing van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw uitsluitend ernstige beroepsfouten betrokken die zich in de drie jaar "voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan". Indien de gedragingen van Interaction kunnen worden gekwalificeerd als een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw, dan geldt daarvoor dus de 'terugkijktermijn' van artikel 2.87 lid 1 sub b Aw, die aanknoopt bij het moment waarop de ernstige beroepsfout heeft plaatsgevonden. In het onderhavige geval ligt dat moment (ruimschoots) meer dan drie jaar vóór het tijdstip van inschrijving. Indien de gedragingen van Interaction kunnen worden gekwalificeerd als een ernstige beroepsfout, dan kan die ernstige beroepsfout dus niet meer leiden tot uitsluiting van Interaction. In die omstandigheden heeft Interaction ook geen valse verklaring afgelegd, door de vragen genoemd in 3.9 van dit arrest met "nee", respectievelijk "ja" te beantwoorden. Er kan immers vanuit worden gegaan dat deze vragen uitsluitend betrekking hebben op gedragingen die, indien zij als ernstige beroepsfout kunnen worden gekwalificeerd, binnen de 'terugkijktermijn' van drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van inschrijving hebben plaatsgevonden. Deze vragen zijn er immers op gericht om te verifiëren of er geen gronden voor uitsluiting zijn, en gedragingen die eerder dan drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van inschrijving hebben plaatsgevonden kunnen niet meer tot uitsluiting leiden, ook indien zij kwalificeren als ernstige beroepsfout.

6.15. Op het voorgaande stuiten alle grieven van SmartDocuments af. Ten overvloedige overweegt het hof nog het volgende.

6.16. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat er naar haar voorlopig oordeel geen twijfel over kan bestaan dat de onrechtmatige gedragingen van Interaction genoemd in het vonnis van de rechtbank Overijssel (het gebruik van bedrijfsvertrouwelijke informatie en het 'afwerpen' van klanten) op zichzelf te beschouwen zijn als een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw en Bijlage 1 bij het Beschrijvend Document sub 9. Dat ligt echter genuanceerder, zoals Interaction in eerste aanleg met juistheid heeft betoogd (pleitnotitie van de advocaat van Interaction in eerste aanleg, randnummer 20). In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Aw is als voorbeeld van een ernstige beroepsfout ge-

noemd: "het begaan van een onrechtmatige daad in het kader van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid" (Kamerstukken II 2009-2010, 32 440, nr. 3, p. 80). Aangenomen mag worden dat hier met opdracht wordt bedoeld het type opdracht waarop het wetsvoorstel betrekking heeft, dus een overheidsopdracht. Uit Bijlage 1 bij het Beschrijvend Document valt af te leiden dat dat ook in dit geval de bedoeling is. In Bijlage 1 sub 9 is ter verduidelijking van het begrip ernstige beroepsfout opgenomen dat hieronder wordt verstaan "onrechtmatig handelen of tekortkomen in de nakoming van een Overeenkomst waaruit ernstige schade voortvloeit (...)". "Overeenkomst" is een gedefinieerd begrip (zie onder 3.4 van dit arrest). Die definitie is toegesneden op de onderhavige Opdracht, maar in Bijlage 1 wordt gesproken over "een Overeenkomst" (onderstreping van het hof) waarmee kennelijk in meer algemene zin een overheidsopdracht is bedoeld. De gedragingen van Interaction die door de rechtbank Overijssel als onrechtmatig zijn bestempeld hebben niet plaatsgevonden in het kader van de nakoming van een overheidsopdracht. Het is dus de vraag of deze gedragingen als ernstige beroepsfout hadden kunnen worden gekwalificeerd indien zij wel binnen de 'terugkijktermijn' hadden plaatsgevonden. Omdat de vorderingen van SmartDocuments echter al op andere gronden niet voor toewijzing in aanmerking komen, kan dit verder in het midden blijven.

6.17. Ten tweede is het hof zich ervan bewust dat het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 30 juni 2020 het vonnis van de rechtbank Overijssel heeft vernietigd. Volgens het hof Arnhem-Leeuwarden heeft SmartDocuments het verwijt van onrechtmatige concurrentie onvoldoende onderbouwd, en is niet vast komen te staan dat Interaction of haar oprichters het bedrijfsdebiet van SmartDocuments stelselmatig en substantieel hebben afgebroken en daarbij gebruik hebben gemaakt van kennis en gegevens die zij bij SmartDocuments hebben verkregen, of dat zij zich overigens aan onrechtmatig handelen jegens Smart Documents schuldig hebben gemaakt. Uitgaande van dit arrest is er dus hoe dan ook geen reden om aan te nemen dat Interaction zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige beroepsfout. Volgens Interaction en de gemeente moet dit arrest meewegen in de beoordeling van de vorderingen van Interaction in deze procedure (memorie van antwoord Interaction, randnummer 16

e.v.; memorie van antwoord gemeente, randnummer 17). Het hof overweegt daarover het volgende. Indien de gedragingen van Interaction genoemd in het vonnis van de rechtbank Overijssel zich binnen de ‘terugkijktermijn’ van 2.87 lid 2 sub b Aw hadden voorgedaan, én deze gedragingen als een ernstige beroepsfout hadden kunnen worden gekwalificeerd, dan had Interaction mogelijk een valse verklaring afgelegd die tot uitsluiting had kunnen leiden door dit vonnis niet bij haar inschrijving te vermelden - toen op het hoger beroep tegen dit vonnis nog niet was beslist - en door de vraag of zij geen informatie had achtergehouden die nodig is om te controleren of er geen gronden voor uitsluiting zijn, met “ja” te beantwoorden. De vraag of dat zo is kan in het midden blijven omdat de vorderingen van SmartDocuments om andere redenen moeten worden afgevoerd. Het hof kan de vorderingen van SmartDocuments echter niet reeds op grond van het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden afwijzen, zoals de gemeente en Interaction hebben betoogd.

6.18. Op grond van het voorgaande zal het hof de vorderingen van SmartDocuments afwijzen, en SmartDocuments als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van het hoger beroep.

7. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het bestreden vonnis;
- wijst de vorderingen van SmartDocuments af;
- veroordeelt SmartDocuments in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van ieder van Interaction en de gemeente te begroten op € 760,- aan griffierecht en € 1.114,- aan salaris voor de advocaat;
- verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Hoe lang blijft een ernstige beroepsfout inschrijvers achtervolgen en is de reikwijdte van deze uitsluitingsgrond wellicht veel beperkter dan gedacht?

Inleiding

Het onderhavige arrest gaat over de 'ernstige beroepsfout', de facultatieve uitsluitingsgrond uit artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012.¹

Het hof heeft zich in dit arrest eerst uitgelaten over een aantal formele aspecten en daarna inhoudelijk over de terugkijktermijn die bij deze uitsluitingsgrond geldt. In een opmerking ten overvloede wierp het hof de vraag op wanneer van een ernstige beroepsfout gesproken kan worden. Is deze uitsluitingsgrond wellicht enkel van toepassing als die ernstige beroepsfout, wanneer die bestaat uit onrechtmatig handelen of tekortkomen in de nakoming van een overeenkomst, zich heeft voorgedaan in het kader van een eerdere overheidsopdracht?

Achtergrond van de zaak

De gedraging uit het verleden waar Interaction in deze zaak op werd aangesproken, is het oprichten van een concurrerende onderneming met werknemers en bedrijfsvertrouwelijke informatie van SmartDocuments. Dit heeft plaatsgevonden in de periode 2009-2011. De rechtbank Overijssel heeft dit handelen in een vonnis van 11 juli 2018 als onrechtmatig bestempeld.²

lets meer dan een jaar na het vonnis van de rechtbank Overijssel, kwamen Interaction en SmartDocuments elkaar tegen in een aanbesteding van de gemeente Rotterdam. Na voorlopige gunning aan Interaction sloot de gemeente Inter-

1 Facultatieve uitsluitingsgronden moeten, om te kunnen worden toegepast, expliciet door de aanbestedende dienst van toepassing verklaard worden in de betreffende aanbestedingsprocedure. Dat had de gemeente in dit geval gedaan.

2 Rb. Overijssel 11 juli 2018, IEF 17940 (SD tegen DM e.a.). Dit vonnis is in hoger beroep overigens vernietigd (Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juni 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5027), waardoor uiteindelijk niet in rechte is komen vast te staan dat Interaction zich onrechtmatig heeft gedragen tegenover SmartDocuments. Het hof overweegt in r.o. 6.17 van het onderhavige arrest dat Interaction bij haar inschrijving mogelijk een valse verklaring had afgelegd, nu destijds op het hoger beroep nog niet was beslist. Een concrete beantwoording van deze vraag blijft achterwege, omdat de vorderingen van SmartDocuments al op andere gronden worden afgewezen.

action uit, naar aanleiding van een bezwaar van SmartDocuments. De gemeente kwalificeerde de gedragingen waarvoor Interaction was veroordeeld (onder andere) als een ernstige beroepsfout.

In het kort geding dat volgde, oordeelde de voorzieningenrechter dat die gedragingen van Interaction kwalificeerden als een ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012.³ De onrechtmatige gedragingen van Interaction bevonden zich echter buiten de 'terugkijktermijn' van drie jaar (artikel 2.87 lid 2 sub b Aw 2012). Voor de terugkijktermijn moest volgens de voorzieningenrechter worden aangesloten bij het moment van de gedraging en niet bij het moment van een eventueel vonnis.⁴ In de noot die wij schreven bij dit vonnis, bespraken wij dat deze conclusie ons logisch en in lijn met de wet lijkt.⁵ Interaction mocht niet uitgesloten worden van de aanbestedingsprocedure.

Procesrechtelijke hobbel bij het hof

Bij het hof speelde opnieuw de discussie over wanneer nu precies de terugkijktermijn bij de ernstige beroepsfout start. Om daarover tot een inhoudelijk oordeel te komen, moest het hof eerst een formele hobbel over. SmartDocuments was namelijk vreemd genoeg niet tegen de (tweede) voorlopige gunning aan Interaction opgekomen. Blijkbaar ging zij er vanuit dat de gemeente dit haar in het hoger beroep niet zou tegenwerpen, hetgeen vanuit aanbestedingsrechtelijk en strategisch perspectief lastig te begrijpen is. SmartDocuments richtte haar vorderingen in hoger beroep tegen de reeds gesloten overeenkomst. Conform het Xafax-arrest⁶ kon deze overeenkomst tussen de gemeente en Interaction echter enkel nog worden

aangetast bij strijd met artikel 4.15 lid 1 Aw 2012, in geval van wilsgebreken of nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge artikel 3:40 BW. Die gronden deden zich in het onderhavige geval niet voor. Het hof grijpt vervolgens de meer subsidiaire vordering van SmartDocuments om de gemeente en Interaction te veroordelen in haar proceskosten aan om toch tot een inhoudelijke beoordeling van de kwestie te kunnen komen.⁷

Oordeel van het hof over de terugkijktermijn

Volgens SmartDocuments moest de 'terugkijktermijn' van drie jaar genoemd in artikel 2.87 lid 2 sub b Aw 2012 worden berekend vanaf 11 juli 2018, de datum van het vonnis van de rechtbank Overijssel (waarin Interaction was veroordeeld). SmartDocuments baseerde haar betoog op het Vossloh-arrest van het HvJ EU.⁸ In dit arrest wordt artikel 57 van Richtlijn 2014/24/EU ('de richtlijn') uitgelegd.⁹ In artikel 57 lid 4 van de richtlijn staan de facultatieve uitsluitingsgronden zoals die in artikel 2.87 Aw 2012 zijn geïmplementeerd. In artikel 57 lid 7 van de richtlijn is het volgende opgenomen:

"(...)Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan (...) drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 4."

In het Vossloh-arrest werd geoordeeld dat de terugkijktermijn van drie jaar wordt berekend vanaf het besluit van een bevoegde autoriteit dat een gedraging moet worden bestraft.¹⁰

Volgens het hof heeft deze uitleg slechts betrekking op de gedraging die valt onder de uitsluitingsgrond van artikel 57 lid 4 sub d van de richtlijn (vervalsing van de mededinging, artikel 2.87

3 Rb. Rotterdam 19 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5153, «JAAN» 2020/119, m.nt. mr. W.J.W. Engelhart en mr. J.S.C. Krijbolder.

4 Rb. Rotterdam 19 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5153, «JAAN» 2020/119, m.nt. mr. W.J.W. Engelhart en mr. J.S.C. Krijbolder, r.o. 4.8.

5 Rb. Rotterdam 19 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5153, «JAAN» 2020/119, m.nt. mr. W.J.W. Engelhart en mr. J.S.C. Krijbolder.

6 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, «JAAN» 2017/7, m.nt. C. de Ruiter e.a.

7 Ondanks het feit dat niet meer kan worden ingegrepen in een gesloten overeenkomst, kan dus toch een inhoudelijk oordeel van een hof worden uitgelokt. Een voorbeeld van een andere zaak waarin dit gebeurd is, is Hof Den Bosch 1 juni 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1676.

8 HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855, «JAAN» 2018/219 (Vossloh).

9 In Nederland omgezet in artikel 2.86 en 2.87 Aw 2012.

10 HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855, «JAAN» 2018/219, r.o. 38 (Vossloh).

lid 2 sub d Aw 2012).¹¹ Ook wij lezen het Vosloh-arrest op deze manier. De prejudiciële vraag uit dat arrest ziet specifiek op de verhouding tussen artikel 57 lid 7 en artikel 57 lid 4 sub d van de richtlijn.¹² Dat de terugkijktermijn bij de uitsluitingsgrond vervalsing van de mededinging samenhangt met een besluit van de bevoegde autoriteit, is in onze Aw 2012 vastgelegd in artikel 2.87 lid 2 sub c Aw 2012 jo artikel 4.7 lid 1 sub c en d Aw 2012. Het gaat dan om beschikkingen van de ACM of de Europese Commissie.

De gedragingen uit het verleden van Interaction die genoemd zijn in het vonnis van de rechtbank Overijssel, vormen geen inbreuk op de mededingingsregels, noch is dat vonnis een beschikking als bedoeld in artikel 4.7 lid 1 sub c of d Aw 2012.

Het lijkt ons terecht dat het hof – in lijn met de voorzieningenrechter – concludeert dat voor de terugkijktermijn bij de ernstige beroepsfout moet worden aangesloten bij het moment van de gedraging en dat aansluiten bij het moment van een besluit van een bevoegde autoriteit beperkt moet blijven voor de uitsluitingsgrond vervalsing van de mededinging.¹³ De gedragingen van Interaction vonden plaats buiten de terugkijktermijn en konden dus niet tot uitsluiting leiden.

11 Overigens geldt dat vóór de wijziging van de Aw 2012 in 2016 de uitsluitingsgrond 'ervalsing van de mededinging' onder 'ernstige beroepsfout' viel. Met de wijziging in 2016 werd artikel 2.87, eerste lid, onderdeel d Aw 2012 nieuw toegevoegd. Dit bracht verder geen materiële wijziging met zich mee (*Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 69), maar zorgde er wel voor dat in lid 2 van artikel 2.87 lid 2 sub c Aw 2012 kon worden gespecificeerd dat bij vervalsing van de mededinging geldt dat uitsluiting moet als tot drie jaar voorafgaand aan de inschrijving een beschikking als bedoeld in artikel 4.7 lid 1 onderdeel c en d Aw 2012 onherroepelijk is geworden.

12 HvJ EU 24 oktober 2018, C-124/17, ECLI:EU:C:2018:855, «JAAN» 2018/219, r.o. 34 (Vosloh). Ook volgt bijvoorbeeld uit de zinsnede in r.o. 39 "het bestaan van de mededinging beperkende gedragingen slechts als bewezen kan worden beschouwd na de vaststelling van een dergelijk besluit waarin de feiten juridisch aldus worden gekwalificeerd." dat het Vosloh-arrest slechts ziet op (ervalsing van de) mededinging.

13 In r.o. 6.14 van het onderhavige arrest.

Ziet de ernstige beroepsfout alleen op een overheidsopdracht?

Na zijn conclusie trekt het hof in een opmerking ten overvloede in twijfel of de gedragingen uit het verleden van Interaction überhaupt wel als ernstige beroepsfout te kwalificeren zijn. Volgens het hof beperkt deze uitsluitingsgrond zich ten aanzien van onrechtmatig handelen of tekortkomingen in de nakoming van overeenkomsten mogelijk tot ernstige fouten die zijn gemaakt bij uitvoering van een overheidsopdracht. Volgens het hof zou dit allereerst – in algemene zin – volgen uit een voorbeeld uit de memorie van toelichting ('MvT') bij de Aw waarin wordt gesproken over 'een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht' als zijnde een (mogelijke) ernstige beroepsfout. Volgens het hof duiden de woorden 'een opdracht' er op dat enkel de uitvoering van overheidsopdrachten in dat kader relevant is.¹⁴ Vervolgens – in dit specifieke geval – volgt dit volgens het hof uit de voorliggende aanbestedingstukken, waarin de gemeente in de toelichting bij de door haar van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgrond spreekt over 'onrechtmatig handelen of tekortkoming in de nakoming van een Overeenkomst', waarmee kennelijk meer in algemene zin een overheidsopdracht zou zijn bedoeld.¹⁵ Nu de gedragingen van Interaction die door de rechtbank Overijssel als onrechtmatig zijn bestempeld, niet hebben plaatsgevonden in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht, werpt het hof de vraag op of die gedragingen überhaupt als ernstige beroepsfout konden kwalificeren. Omdat die gedragingen echter buiten de terugkijktermijn hebben plaatsgevonden, kan het antwoord op deze vraag volgens het hof echter in het midden blijven.

Wij kunnen de redenering van het hof niet volgen. Uit de wettekst van artikel 2.87 lid 1 sub c volgt geenszins dat onrechtmatig handelen of tekortkomen in de nakoming van een overeenkomst enkel kwalificeert als ernstige beroepsfout indien daarbij sprake was van een overheidsopdracht. Er staat slechts dat het moet gaan om een ernstige fout "in de uitoefening van zijn beroep".

14 Het hof grijpt hier terug naar de eerste MvT bij de Aw (*Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 80).

15 R.o. 6.16 van het onderhavige arrest.

Wij zien noch in de MvT bij de Aw uit 2010 en 2015¹⁶, noch in de (overwegingen) bij de richtlijn¹⁷ aanwijzingen in die richting. Dit is ook in lijn met het Generali-arrest van het HvJ EU, waarin is bepaald dat de uitsluitingsgrond ziet op "elk onrechtmatig gedrag [...] dat invloed heeft op diens professionele geloofwaardigheid".¹⁸

Ter vergelijking, bij de facultatieve uitsluitingsgrond 'past performance' (artikel 2.87 lid 1 sub g) is wél specifiek bepaald dat het moet gaan om een tekortkoming bij de uitvoering van een wes-zenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht. Dit sterkt ons in de overtuiging dat het *niet benoemen* daarvan in artikel 2.87 lid 1 sub c impliceert dat het voor die uitsluitingsgrond uitdrukkelijk niet de bedoeling is geweest te beperken tot een overheidsopdracht.

Wij menen dat de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' óók ziet op fouten die gemaakt zijn buiten de nakoming van een overheidsopdracht. Het gaat immers om de professionele integriteit en betrouwbaarheid van de betreffende inschrijver in brede zin, onzes inziens ongeacht in welke verhouding de fout is begaan.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

In dit arrest wordt bevestigd dat voor de terugkijkttermijn bij de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' moet worden aangesloten bij het moment van de gedraging en niet bij het moment van een eventueel vonnis. Verder wordt de vraag opgeworpen of de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' mogelijk alleen geldt als de fout is begaan bij de uitvoering van een overheidsopdracht. Wij menen dat dat niet het geval is. Deze uitsluitingsgrond heeft naar wij menen een breder bereik.

Uit dit arrest blijkt wederom dat toepassing van de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' in de

praktijk lastig is. Voor aanbestedende diensten is het dan ook aan te raden om bij het opstellen van de aanbestedingsstukken bewuste (woord) keuzes te maken bij het van toepassing verklaren van deze uitsluitingsgrond en bij het schrijven van eventuele toelichting. Inschrijvers doen er wat ons betreft in het algemeen goed aan om bij het invullen van het UEA vooral eerlijk te zijn en open kaart te spelen. Een fout uit het verleden hoeft niet direct tot uitsluiting te leiden.

mr. A.C.M. Kusters
advocaat Van Benthem & Keulen advocaten & notariaat

mr. J.S.C. Krijbolder
advocaat Van Benthem & Keulen advocaten & notariaat

23

Beoordelingscommissie en beoordelingssystematiek

Rechtbank Den Haag
8 oktober 2021, C-09-615105-KG ZA 21-687,
ECLI:NL:RBDHA:2021:14022
(mr. S.J. Hoekstra-van Vliet)

Beoordelingscommissie. Beoordelingssystematiek. Kwalitatieve gunningscriteria. Rechtsverwerking.

De Staat is een Europese aanbestedingsprocedure gestart voor de inhuur van tijdelijke communicatiecapaciteit ten behoeve van deelnemende organisaties van de overheid. De aanbesteding is uitgevoerd door de Dienst Publiek en Communicatie (hierna: DPC).

De opdracht bestaat uit twee percelen. Partners heeft ingeschreven op perceel 1 en P&P op perceel 2. Onlyhuman, Yacht en Babbage hebben inschrijvingen ingediend voor beide percelen.

Bij de beslissingen van 28 juni 2021 (hierna: de gunningsbeslissingen) heeft de Staat de opdracht voor perceel 1 voorlopig gegund aan USG Professionals B.V., Yacht, Onlyhuman en Babbage en de opdracht voor perceel 2 aan Entopic B.V., Yacht, Onlyhuman en Babbage. De inschrijvingen van

16 Zowel de MvT uit 2010 en 2015 (zie boven). In de tweede MvT wordt alleen "uitoefening van een beroep" genoemd (*Kamerstukken II* 2015/16, 34329, nr. 3, p. 69).

17 In de overweging 101 van de richtlijn wordt (slechts) benadrukt dat het moet gaan om een ernstige fout die de integriteit van de ondernemer kan aantasten.

18 HvJEU 18 december, C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469, r.o. 34-35 (Generali).