

# ECLI:NL:RBGEL:2016:1187

Instantie Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak 01-03-2016

Datum publicatie 02-03-2016

Zaaknummer 296178

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Kort geding

Inhoudsindicatie

Europese niet-openbare aanbesteding. Uitsluitingsgronden. Voorwaardelijke toelating tot de inschrijvingsfase. Controle van bewijsstukken gevolgd door onderzoek Landelijk Bureau Bibob. Onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling en ernstige beroepsfout. Proportionaliteitstoets. Bij de beslissing tot uitsluiting mag meewegen dat de inschrijver ook in de jaren voor de terugkijktermijn van vier jaar herhaaldelijk betrokken is geweest bij strafrechtelijke veroordelingen, verdenkingen en vervolgingen. Dat patroon maakt dat de feiten die aan de uitsluiting ten grondslag zijn gelegd ernstig genoeg mogen worden geacht om tot uitsluiting over te gaan.

Wetsverwijzingen Aanbestedingswet 2012  
Aanbestedingswet 2012 2.87

Vindplaatsen Rechtspraak.nl  
Module Aanbesteding 2016/409  
JAAN 2016/95

## Uitspraak

—

---

vonnis

**RECHTBANK GELDERLAND**

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Arnhem

zaaknummer / rolnummer: C/05/296178 / KG ZA 16-29

**Vonnis in kort geding van 1 maart 2016**

in de zaak van

de naamloze vennootschap

**[eiseres]**

statutair gevestigd te Hellevoetsluis,  
kantoorhoudende te Varik, gemeente Neerijnen,  
eiseres,  
advocaat mr. L.C. van den Berg te Den Haag,

tegen

de rechtspersoon naar publiekrecht

**PROVINCIE GELDERLAND,**

zetelend te Arnhem,  
gedaagde,  
advocaat mr. M.R. K the te Den Haag.

Partijen zullen hierna [eiseres] en de provincie genoemd worden.

## **1 De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van [eiseres]
- de wijziging van eis
- de pleitnota van de provincie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2 De feiten**

2.1. Op 7 november 2014 heeft de provincie de Europese niet-openbare aanbesteding aangekondigd van de opdracht "Bestek 2052 Vervangen bruggen A348". Op deze aanbesteding zijn de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) en het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (hierna: ARW 2012) van toepassing verklaard. Tevens zijn de Beleidsregels aanbesteding Gelderland 2013 (vastgesteld door gedeputeerde staten van de provincie) van toepassing, waarin onder meer is bepaald:

### **Artikel 5 Uitsluiting**

Op opdrachten die ten minste nationaal worden aanbesteed, zijn de artikelen 2.86 tot en met 2.89 van de wet van overeenkomstige toepassing, voor zover het proportionaliteitsbeginsel daar niet aan in de weg staat.

#### **Artikel 6 Advies Bureau SBA**

- 1 Op opdrachten van werken die ten minste nationaal worden aanbesteed, vraagt Bureau SBA, voordat tot gunning wordt overgegaan, de integriteit van de inschrijver of gegadigde te toetsen.
- 2 Bureau SBA onderzoekt met behulp van de door de inschrijver of gegadigde overgelegde eigen verklaring, de raadpleging van openbare bronnen en de raadpleging van bronnen die hem op grond van de Wet Bibob zijn toegestaan of sprake is van één van de omstandigheden, genoemd in de artikelen 2.86 en 2.87 van de wet.
- 3 Tenzij toepassing wordt gegeven aan het bepaalde in artikel 7, brengt Bureau SBA na het onderzoek als bedoeld in het vorige lid, advies uit aan de provincie.

#### **Artikel 7 Onderzoek Landelijk Bureau Bibob**

- 1 Indien Bureau SBA op basis van het integriteitsonderzoek, bedoeld in artikel 6, het vermoeden heeft dat de inschrijver of de gegadigde zich bevindt in één van de omstandigheden, genoemd in de artikelen 2.86 en 2.87 van de wet, kan hij het Landelijke Bureau Bibob verzoeken om een advies als bedoeld in artikel 9, tweede lid, van de Wet Bibob.
- 2 Het in het eerste lid bedoelde verzoek heeft betrekking op het inwinnen van informatie uit gesloten bronnen zoals is weergegeven in de artikelen 13 en 27 van de Wet Bibob.
- 3 Na ontvangst van het advies van het Landelijk Bureau Bibob brengt Bureau SBA advies uit aan de provincie.

2.2. In de selectieleidraad is onder meer het volgende opgenomen:

### **3.4 Uitsluitingsgronden**

#### **3.4.1 Algemeen**

1. Indien aanmelding c.q. inschrijving geschiedt door een samenwerkingsverband van ondernemers (combinatie), al dan niet als vennootschap onder firma, kan het samenwerkingsverband worden uitgesloten van deelneming aan de opdracht, wanneer op één of meer van de ondernemers één of meer van de in artikel 3.5.1 en 3.5.2 ARW 2012, dan wel de in dit document genoemde uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 3.5.4 ARW 2012 van toepassing zijn.
2. Indien mocht blijken dat op een natuurlijke of rechtspersoon, met wie de ondernemer beoogt te voldoen aan de eisen genoemd in § 3.5.2 van deze Selectieleidraad, één of meer van de in artikel 3.5.1 en 3.5.2 ARW 2012, dan wel de in dit document genoemde uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 3.5.4. ARW 2012 van toepassing zijn, zal deze natuurlijke of rechtspersoon door de aanbesteder niet worden geaccepteerd en kan de ondernemer worden uitgesloten van deelneming aan de opdracht.
3. Het onder punt 2. bepaalde geldt mutatis mutandis voor natuurlijke of rechtspersonen bedoeld onder punt 1.
4. De Aanbesteder behoudt zich het recht voor een ondernemer op wie een of meer van de uitsluitingsgronden als genoemd in artikel 3.5.4 van het ARW 2012 sub a t/m e van toepassing zijn van deelneming aan de inschrijvingsfase van deze aanbestedingsprocedure uit te sluiten. In het geval van een Combinatie leidt uitsluiting van een Combinant tot uitsluiting van de Combinatie.

(...)

#### **3.4.3 Facultatieve uitsluitingsgronden**

1. Op deze aanbesteding zijn van toepassing de facultatieve uitsluitingsgronden conform artikel 3.5.4 van het ARW 2012 voor zover aangevinkt in de Eigen Verklaring onder: 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5.

(...)

### 3.6 **BIBOB**

Indien aanbesteder aanwijzingen heeft dat op een ondernemer één of meer van de in artikel 3.5.1 en 3.5.2 ARW 2012, dan wel de in dit document genoemde uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 3.5.4 ARW 2012 van toepassing zijn, maar er bij aanbesteder onvoldoende informatie beschikbaar is om het uitsluiten van die ondernemer te motiveren, dan kan door de aanbesteder advies worden gevraagd aan het Bureau BIBOB (zie artikel 8 van de Wet Bevordering Integriteitsbeoordelingen door het Openbaar Bestuur (Wet BIBOB)). Ondernemer over wie advies is gevraagd, wordt door de aanbesteder over de inhoud van dat advies geïnformeerd. In het kader van de Wet BIBOB zal een screening plaatsvinden door Bureau Screening en Bewakingsaanpak (SBA).

(...)

### 4.4 **Beoordeling Aanmeldingen**

(...)

#### 4.4.2 **Beoordeling en selectie gegadigden**

(...)

De aanbesteder heeft tot doel om te komen tot de selectie van ten hoogste vijf (5) Gegadigden, die hij zal uitnodigen om in te schrijven voor de realisatie van het Werk. Aanbesteder doorloopt daarbij de volgende stappen:

Aanbesteder voert allereerst een toets uit op de aanmeldingsvereisten van hoofdstuk 3 en 4.

1. Compleetheid;
2. Uitsluitingsgronden;
3. Minimumeisen.

Indien meer dan vijf Gegadigden die zich hebben aangemeld als Gegadigde voldoen aan de aanmeldingsvereisten, zal aanbesteder vervolgens de methode van 'loting' hanteren:

4. Loting;
5. Controle bewijsmiddelen.

#### **Stap 1: toets op compleetheid**

De door de Gegadigden ingediende Eigen Verklaring (met bijbehorende stukken) wordt eerst getoetst op compleetheid. (...)

#### **Stap 2: toets aan de uitsluitingsgronden**

Aanbesteder toetst vervolgens de aanmeldingen die voldoen aan de algemene aanmeldingsvereisten aan de *uitsluitingsgronden* genoemd in deze Selectieleidraad.

(...)

#### **Stap 3: toets op de minimumeisen**

(...)

**Stap 4: loting (indien van toepassing)**

Indien er meer dan vijf (5) Gegadigden zich hebben aangemeld, en die voldoen aan de gestelde eisen, zal er een loting door een notaris plaats vinden. Het is voor Gegadigden mogelijk de loting bij te wonen, zij worden per mail uitgenodigd. (...)

De loting wordt gehouden op de in paragraaf 3.3 genoemde datum.

(...)

**Stap 5: controle bewijsmiddelen**

Als een Gegadigde (na het daartoe gedane verzoek bij uitnodiging inschrijving) niet kan aantonen dat hij voldoet aan de algemene aanmeldingsvereisten en minimumeisen en/of hij overlegt niet tijdig de gevraagde bewijsstukken, dan merkt de aanbesteder deze aan als niet-geldig en leidt dit (alsnog) tot uitsluiting van betreffende Gegadigde van de aanbestedingsprocedure.

- 2.3. [eiseres] heeft zich op 8 december 2014 aangemeld voor de aanbestedingsprocedure en is na een loting op 10 december 2014 geselecteerd door de provincie om een inschrijving in te dienen. Daartoe is door de provincie een inschrijvingsleidraad opgesteld. In die inschrijvingsleidraad zijn dezelfde algemene uitsluitingsgronden (paragraaf 3.4.1) opgenomen als in de selectieleidraad. Daarnaast is in de inschrijvingsleidraad ook dezelfde paragraaf (3.6) opgenomen over het vragen van advies aan het Landelijk Bureau Bibob (hierna: LBB).
- 2.4. Bij brief van 19 december 2014 heeft de provincie aan [eiseres] verzocht bewijsstukken in te dienen zoals bedoeld in paragraaf 3.5 van de selectieleidraad, en [eiseres] bericht dat zij werd uitgenodigd voor indiening van een inschrijving onder voorbehoud van een positieve beoordeling van de bewijsstukken.
- 2.5. Bij brief van 27 januari 2015 heeft de provincie [eiseres] bericht dat Bureau Screening en Bewakingsaanpak (hierna: Bureau SBA) aanleiding heeft gezien om nader onderzoek te laten doen door het LBB, indien de opdracht voorlopig gegund zou worden aan [eiseres] , zodat het LBB een (verdere) inschatting kon maken van een mogelijke mate van gevaar in het kader van de Wet Bibob.
- 2.6. Op 3 maart 2015 heeft [eiseres] haar inschrijving ingediend.
- 2.7. Bij e-mail van 30 maart 2015 heeft de provincie de inschrijvers bericht dat door vertraging in de procedure het voornemen tot gunning op 8 april 2015 bekend zou worden gemaakt. Op diezelfde dag heeft de provincie [eiseres] verzocht om een Bibob-vragenformulier in te vullen, hetgeen [eiseres] heeft gedaan.
- 2.8. Bij brief van 8 april 2015 heeft de provincie aan alle geselecteerde inschrijvers te kennen gegeven dat zij voornemens was de opdracht te gunnen aan [eiseres] , omdat zij de economisch meest voordelige inschrijving had gedaan.
- 2.9. De provincie heeft bij brief van 9 april 2015 aan [eiseres] het volgende medegedeeld:  
  
Op basis van de screening die reeds eerder is uitgevoerd door Bureau SBA (Screening en Bewakingsaanpak) van de provincie Gelderland, waar u eerder van op de hoogte bent gebracht, besluiten wij om ten aanzien van [eiseres] advies in te winnen bij het Landelijk Bureau Bibob te Den Haag.
- 2.10. Bij brief van 10 april 2015 heeft de provincie [eiseres] medegedeeld dat van een definitieve

gunning aan [eiseres] nog geen sprake was en dat er pas tot gunning van de opdracht overgegaan kon worden als bij de civiele rechter geen bezwaar was ontvangen en door gedeputeerde staten na ontvangst van het Bibob advies een besluit tot gunning was genomen.

- 2.11. Door de overige inschrijvers is geen bezwaar gemaakt tegen het gunningsvoornemen van de provincie.
- 2.12. De provincie heeft bij brieven van 17 juni 2014 (bedoeld zal zijn 2015, *de voorzieningenrechter*), 28 juli 2015 en 2 september 2015 telkens verzocht de (verlengde) termijn van gestanddoening verder te verlengen tot uiteindelijk 10 november 2015.
- 2.13. De advocaat van [eiseres] heeft de provincie bij brief van 4 september 2015 verzocht om de reden van de verlengingen nader te onderbouwen.
- 2.14. De provincie heeft bij e-mailbericht van 7 september 2015 de advocaat van [eiseres] bericht dat de reden voor de verlengingen was gelegen in het gevraagde Bibob-advies en dat inmiddels was gebleken dat het LBB negatief had geadviseerd, maar dat gedeputeerde staten nog moest besluiten wat te doen met het advies.
- 2.15. Bij brief van 15 september 2015 heeft (Bureau SBA van) de provincie [eiseres] het advies van het LBB doen toekomen en [eiseres] in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op dat advies in te dienen. Tevens is in de brief vermeld dat Bureau SBA voornemens was gedeputeerde staten te adviseren conform de conclusies van het LBB en dat dit voor [eiseres] zou kunnen betekenen dat er een negatieve beslissing zou komen.
- 2.16. Op 23 september 2015 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen [eiseres] en Bureau SBA van de provincie, waarna [eiseres] op 1 oktober 2015 schriftelijk haar zienswijze heeft ingediend.
- 2.17. De provincie heeft [eiseres] verzocht de verlengde termijn van gestanddoening bij brief van 6 november 2015 nogmaals te verlengen, ditmaal tot en met 31 december 2015.
- 2.18. Bij brief van 15 december 2015 heeft de provincie [eiseres] bericht dat zij haar gunningsvoornemen aan [eiseres] introk en voornemens was de opdracht te gunnen aan [naam bedrijf 1]
- 2.19. [eiseres] heeft bij brief van 8 januari 2016 bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Bij die brief heeft [eiseres] haar klachtomschrijving gevoegd die zij bij de Commissie van Aanbestedingsexperts had ingediend. Tevens heeft [eiseres] op 8 januari 2016 een Wob-verzoek ingediend bij de provincie om inzage te krijgen in het advies van Bureau SBA aan gedeputeerde staten.
- 2.20. Bij e-mailbericht van 18 januari 2016 heeft de provincie de advocaat van [eiseres] bericht dat de provincie bij haar standpunt blijft.
- 2.21. De provincie heeft bij brief van 4 februari 2016 aan [eiseres] het Wob-verzoek afgewezen, waartegen de advocaat van [eiseres] bij brief van 10 februari 2016 bezwaar heeft gemaakt.
- 2.22. Bij brief van 9 februari 2016 heeft de provincie [eiseres] bericht dat zij haar besluit van 15 december 2015 introk en dat zij een nieuw besluit had genomen met dezelfde strekking. In die brief is het onder meer volgende opgenomen:

*Hernieuwde beslissing*

(...)

13 De door [eiseres] naar voren gebrachte bezwaren zijn voor de Provincie aanleiding

geweest om de brief met het besluit van 16 december 2015 tot uitsluiting nader tegen het licht te houden. Daarbij is geconstateerd dat mogelijk discussie zou kunnen ontstaan over de vraag of het besluit van 16 december 2015 voldoet aan de vereisten van artikel 2.130 Aw 2012. Deze constatering is aanleiding voor de Provincie om het besluit van 16 december 2015 in te trekken, en een nieuwe beslissing tot uitsluiting te nemen.

#### *Uitsluiting [eiseres]*

14 Conform artikel 3.5.1 en 3.5.2 ARW zijn de verplichte uitsluitingsgronden op deze aanbestedingsprocedure van toepassing. Ook zijn conform artikel 3.5.4 ARW de facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing, waaronder de "onherroepelijke uitspraak wegens een overtreding van een relevante beroepsgedragereg" (artikel 3.5.4 sub b ARW), de "ernstige fout" (artikel 3.5.4 sub c ARW) en de "valse verklaring" (artikel 3.5.4 sub e ARW). Eén en ander brengt met zich dat inschrijvers waarop (een of meerdere van) vorenbedoelde uitsluitingsgronden van toepassing zijn in principe van de aanbesteding worden uitgesloten.

15 Teneinde aan te tonen dat de omstandigheden zoals genoemd in artikel 3.5.1, 3.5.2 en 3.5.4 van het ARW 2012 niet op de inschrijver van toepassing zijn, dienen inschrijvers conform paragraaf 3.4.4 van de Selectieleidraad een Eigen Verklaring over te leggen. Daarbij dienden ondernemers die voor inschrijving in aanmerking kwamen nadere bewijsstukken over te leggen, waaronder een Gedragsverklaring aanbesteden.

16 Daarnaast heeft de Provincie zich het recht voorbehouden om, indien aanbesteder aanwijzingen heeft dat op een ondernemer één of meer van de in artikel 3.5.1 en 3.5.2 ARW 2012, dan wel de uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 3.5.4 ARW 2012, van toepassing zijn, maar er bij aanbesteder onvoldoende informatie beschikbaar is om een uitsluiting van die ondernemer te motiveren, een advies te vragen aan het Landelijk Bureau BIBOB (paragraaf 3.6 Selectieleidraad). Dit recht heeft de Provincie zich eveneens voorbehouden voor wat betreft ondernemingen op wie door inschrijver een beroep wordt gedaan om te voldoen aan de geschiktheidseisen (zie paragraaf 3.4 Inschrijvingsleidraad en paragraaf 3.6 Inschrijvingsleidraad).

17 Van de inschrijving van [eiseres] op de onderhavige aanbesteding maakt deel uit een Eigen Verklaring.

18 In de Eigen Verklaring heeft [eiseres] verklaard dat geen van de uitsluitingsgronden op haar van toepassing zijn. Voorts bevat de Eigen Verklaring aan het slot de navolgende door de heer [bestuurder 1] , bestuurder van [eiseres] , ondertekende verklaring dat:

"Hij deze verklaring en indien van toepassing de bijgevoegde bijlage, onvoorwaardelijk en zonder enig voorbehoud heeft ondertekend; hij zich ervan bewust is dat het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie, door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een valse verklaring in de zin van punt 3.5 dan wel 4.9 uit deze Eigen verklaring en dat dit kan leiden tot een onvoorwaardelijke uitsluiting voor de resterende duur van deze aanbestedingsprocedure".

19 Ook is in deze Eigen Verklaring opgenomen dat [eiseres] een beroep doet op [naam bedrijf 2] om te voldoen aan de geschiktheidseisen voor wat betreft technische

bekwaamheid als neergelegd in paragraaf 3.5.2 van de Selectieleidraad.

### *Bevindingen Bibob-advies*

20 Op 14 augustus 2015 heeft het Landelijk Bureau Bibob haar advies aan de Provincie toegezonden. Uit dit advies is onder meer het volgende naar voren gekomen:

1. [eiseres] is op 19 september 2012, onherroepelijk per 4 oktober 2012, veroordeeld tot een geldboete van € 1.500,- voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar wegens een opzettelijke overtreding op 19 oktober 2010 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, de Wet Milieubeheer en (daarmee van) de WED.

2. Uit een registratie van de politie-eenheid Midden-Nederland is naar voren gekomen dat [eiseres] vermoedelijk betrokken is geweest bij valsheid in geschrifte op of omstreeks 28 maart 2011 en/of 29 maart 2011.

3. Een dochteronderneming van [eiseres] (100 procent aandeelhouderschap), [dochteronderneming] ( [dochteronderneming] ), is op 27 februari 2007 een (tweetal) transactie(s) aangegaan

wegens twee gevallen van valsheid in geschrifte, gepleegd in de periode van 2 september 2002 tot en met 20 februari 2006. Aan de transactievoorwaarden is voldaan.

4. Deze zelfde dochteronderneming van [eiseres] (100 procent aandeelhouderschap), [dochteronderneming] , is herhaaldelijk veroordeeld voor handelen in strijd met de Arbowet. Blijkens informatie van Inspectieweet en de Inspectie SZW zijn naar aanleiding van door deze inspectie bij [dochteronderneming] geconstateerde overtredingen op 6 juni 2003, 17 september 2003 en 10 november 2010 boetebeschikkingen opgelegd op respectievelijk 8 september 2004, 6 september 2004 en 1

maart 2011. De boetebeschikking d.d. 1 maart 2011 is onherroepelijk en de daarbij opgelegde boete is betaald.

5. Bestuurder [bestuurder 2] , uiteindelijk zeggenschapshebbende over [eiseres] , is op 28 januari 2015 veroordeeld tot twaalf maanden gevangenisstraf voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar wegens het op of omstreeks 1 mei 2007 en op of omstreeks 24 april 2008 opzettelijk onjuist doen van aangiften vennootschapsbelasting door/namens [naam bedrijf 3] , terwijl [bestuurder 2] feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedragingen. Tegen deze veroordeling is op 10 februari 2015 hoger beroep ingesteld.

6. Voor bestuurders [bestuurder 3] en [bestuurder 1] is sprake van één veroordeling voor in totaal acht strafbare feiten, gepleegd in of omstreeks de periode van 1 januari 2002 tot en met 11 juni 2003. Het gaat om het meermaals vervalsen van reisbewijzen en het plegen van valsheid in geschrifte.

7. Ten aanzien van onderaannemer [naam bedrijf 2] is sprake van een vermoeden van een aantal concrete overtredingen van de Arbowet, gepleegd op 24 januari 2013 en 14 juli 2014. Daarvoor zijn op respectievelijk 29 mei 2013 en op 11 maart 2015 boetes opgelegd van respectievelijk € 5400 en € 10.800. Ook blijkt uit het advies Bibob dat op 27 maart 2015 en 8 april 2015 in totaal vier overtredingen zijn vastgesteld, waarvoor inmiddels een boeterapport is opgesteld maar evenwel nog geen boetebeschikking is genomen.

21 In het Bibob-advies zijn daarnaast nog een (omvangrijk) aantal feiten en omstandigheden voor wat betreft met name oudere overtredingen genoemd. Deze overtredingen zijn echter door het Landelijk Bureau Bibob niet in de uiteindelijke analyse betrokken.

22 Als gezegd, houdt het advies van het Landelijk Bureau Bibob in dat sprake is van toepassing van een aantal van de uitsluitingsgronden als neergelegd in artikel 2.87 van de Aw 2012 (en daarmee artikel 3.5.4 van het ARW 2012) van [eiseres] . Bovendien heeft het Landelijk



Bureau Bibob aangegeven dat een ernstig gevaar bestaat dat [eiseres] bij de uitvoering van de opdracht strafbare feiten zal plegen. Uit uitspraken van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (Meervoudige Kamer) volgt dat een bestuursorgaan, gelet op de expertise van het Landelijk Bureau Bibob, in beginsel van het advies van het Landelijk Bureau Bibob mag uitgaan. Daarnaast heeft het bestuursorgaan in beginsel geen inzage in de onderliggende broninformatie van het advies van het Landelijk Bureau Bibob. Ook dat brengt met zich dat het bestuursorgaan in de regel op de weergave van de broninformatie door het Bureau en de daaraan gegeven kwalificatie mag afgaan.

Zie:

- ABRvS 18 juli 2007, AS 2007, 357;
- ABRvS 27 februari 2008, AS, 2008, 182;
- ABRvS 18 juli 2007, AB 2008, 183.

23 Het voorgaande neemt niet weg dat de Provincie zich ervan heeft vergewist dat het Bibob advies op zorgvuldige wijze tot stand is gekomen. Het Landelijk Bureau Bibob baseert zijn conclusie dat ten aanzien van [eiseres] sprake is van toepasselijkheid van uitsluitingsgronden op bovengenoemde bevindingen. De Provincie heeft geconstateerd dat een aantal van bovengenoemde bevindingen, gelet op het moment waarop zij zijn voorgevallen, niet langer kunnen worden betrokken in de afweging of sprake is van toepasselijkheid van een aantal van de uitsluitingsgronden. Evenwel wordt de conclusie van het Landelijk Bureau Bibob, dat ten aanzien van [eiseres] sprake is van toepasselijkheid van deze uitsluitingsgronden door de Provincie onderschreven. Uitsluiting van [eiseres] van deelname aan de aanbestedingsprocedure wordt door de Provincie daarenboven ook proportioneel geacht. Dit kan als volgt worden toegelicht.

#### *Onherroepelijke overtreding relevante beroepsgedrageregels*

24 Uit het advies Bibob volgt dat [eiseres] op 19 september 2012, onherroepelijk per 4 oktober 2012, is veroordeeld tot een geldboete van €1.500,- voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar wegens een opzettelijke overtreding op 19 oktober 2010 van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, de Wet Milieubeheer en (daarmee van) de WED. [eiseres] is daar veroordeeld voor het niet voldoen aan de veiligheidsvoorschriften voor een bovengrondse stationaire opslagtank voor gasolie. Dit valt aan te merken als een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak op grond van de op hem van toepassing zijnde wet- en regelgeving voor overtreding van een voor hem relevante beroepsgedrageregule in de zin van artikel 2.87, eerste lid, sub c Aw 2012 en 3.5.4 sub b ARW 2012.

25 Daarnaast geldt dat voor wat betreft de onderaannemer [naam bedrijf 2] , op wie een beroep is gedaan ten behoeve van het voldoen aan de geschiktheidseisen, een aantal concrete overtredingen van de Arbowet zijn vastgesteld, gepleegd op 24 januari 2013 en 14 juli 2014. Daarvoor zijn op respectievelijk 29 mei 2013 en op 11 maart 2015 boetes opgelegd van respectievelijk € 5.400 en

€ 10.800. Het betreffen hier overtredingen voor het op onjuiste wijze toezicht houden en uitvoeren van werkzaamheden voor het verwijderen van asbest of asbesthoudende producten. Voor de boetebesikking van 11 maart 2015 geldt onder meer dat de voorsloopwerkzaamheden niet waren uitgevoerd in een afgesloten ruimte waarin een minimale onderdruk van 20 Pascal aanwezig was, waardoor niet werd voorkomen dat stof afkomstig van asbest of asbesthoudende materialen zich kon verspreiden buiten de ruimten waar de werkzaamheden plaatsvonden. Gevolg daarvan is dat werknemers en eventuele derden konden worden of werden blootgesteld aan een concentratie asbeststof boven de wettelijke grenswaarde, waardoor ernstig gevaar voor de veiligheid en gezondheid voor de betrokken werknemers aanwezig was of kon ontstaan. Ook dit valt aan te merken als een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak op grond van de op hem van toepassing zijnde

wet en regelgeving voor overtreding van een voor hem relevante beroepsgedragregel in de zin van artikel 2.87, eerste lid, sub c Aw 2012 en 3.5.4 sub b ARW 2012. Daarnaast blijkt uit het advies Bibob dat op 27 maart 2015 en 8 april 2015 in totaal vier overtredingen in het kader van asbestsaneringswetgeving zijn vastgesteld, waarvoor inmiddels een boeterapport is opgesteld maar evenwel nog geen boetebeschikking is genomen.

26 Het aanbestede contract ziet op het vervangen van twee verouderde viaducten in de A348. Het gaat daarbij om het ontwerp, de uitvoering en het meerjarig onderhoud van deze viaducten. Dit project wordt mede uitgevoerd in het kader van de Robuuste Investeringsimpuls, een miljoeneninjectie in de Gelderse economie en een belangrijk politiek speerpunt. Gelet op de meerjarige duur van het contract en de zichtbaarheid van het project is het voor de Provincie dan ook van zeer groot belang dat ondernemingen waarmee de Provincie samenwerkt integer en betrouwbaar zijn, en zich houden aan de voor hen van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Vanzelfsprekend betreft het voldoen aan de vigerende wet- en regelgeving op het gebied van milieu en arbeidsomstandigheden ook een wezenlijk onderdeel van de door opdrachtnemer uit te voeren werkzaamheden.

27 Bij haar afweging of de Provincie op grond van bovengenoemde feiten [eiseres] moet uitsluiten heeft zij ook hetgeen door [eiseres] in de zienswijze van 1 oktober 2015 is aangevoerd betrokken. In deze zienswijze wordt door [eiseres] betwist dat zij op basis van deze uitsluitingsgrond zou kunnen worden uitgesloten. [eiseres] stelt allereerst dat - nu [eiseres] reeds een Gedragsverklaring aanbesteden heeft overgelegd - uitsluiting op basis van artikel 2.87, eerste lid, sub c Aw 2012 en 3.5.4 sub b ARW 2012 niet meer mogelijk is. Dat is onjuist. De stelling van [eiseres] dat als gevolg daarvan alleen boetes die € 35.000 overstijgen bij de toepassing van deze uitsluitingsgrond zouden mogen worden betrokken volgt de Provincie evenmin. In de artikelsgewijze toelichting bij artikel 3.5.5 van het ARW 2012 is immers het volgende opgenomen:

“Dit artikel spreekt over voldoende bewijs’. Dat brengt mee dat tegenbewijs is toegestaan.”

28 Dat naast de Gedragsverklaring aanbesteden ook nog een Bibob-advies kan worden gevraagd volgt overigens ook uit de parlementaire geschiedenis bij de introductie van de Aw 2012.

Zie: TK 2010-2011, 32440, nr. 10 op p. 42-43:

“De gedragsverklaring aanbesteden vervangt de huidige verklaring omtrent het gedrag (die is geregeld in de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens). Eigen toetsingsinstrumenten van aanbestedende diensten zijn dus niet meer mogelijk. Wel kan een aanbestedende dienst als er na afgifte van de gedragsverklaring aanbesteden nog twijfels zijn omtrent de integriteit van de onderneming een advies vragen op basis van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur. Dit advies is aanvullend op de gedragsverklaring aanbesteden en ziet op meerdere aspecten, zoals bijvoorbeeld de financiële stabiliteit van de onderneming.’

29 Ook uit artikel 6 van de Beleidsregels aanbesteding van de Provincie volgt dat in uitgangspunt bij Europese aanbestedingen altijd een toets door Bureau SBA naar de integriteit van de inschrijver of gegadigde wordt uitgevoerd.

30 Uitsluiting van [eiseres] op grond van bovenstaande feiten is ook overigens proportioneel. Daar waar [eiseres] in de zienswijze stelt dat zij inmiddels maatregelen heeft getroffen om herhaling te voorkomen, merkt de Provincie op dat dit - gelet op de vele zwaarwegende constatering uit het Bibob-advies, waarbij het Landelijk Bureau Bibob sprake acht van een ernstig gevaar dat [eiseres] B.V. c.q. haar onderaannemer strafbare feiten zouden plegen indien de overheidsopdracht aan haar wordt gegund - niet opgaat. Hoogstens geldt dit voor wat betreft de geconstateerde milieudelicten, maar van een incident lijkt geenszins sprake te zijn voor de

Arbo-overtredingen van [eiseres] c.q. haar onderaannemer. Dit geldt te meer nu uit het Bibob-advies blijkt dat begin 2015 opnieuw een boeterapport is opgemaakt voor vergelijkbare overtredingen. De Provincie merkt daarbij op dat uit het Bibob-advies eveneens blijkt dat ook aan de 100 procent dochtermaatschappij van [eiseres] [dochteronderneming] boetes zijn opgelegd voor overtreding van de Arbo-wetgeving. Met het niet naleven van de daarvoor gestelde wet- en regelgeving voor asbestsanering is daarenboven de lichamelijke integriteit van werknemers ernstig in gevaar gebracht.

31 Toerekening van de gedragingen van de onderaannemer aan [eiseres] is ook juist en proportioneel gelet op hetgeen is bepaald in 3.4.1 sub 2 van de Selectieleidraad en 3.4.1 sub 2 van de Inschrijvingsleidraad. Op de betreffende onderaannemer is juist een beroep gedaan voor wat betreft de technische bekwaamheid als vereist in 3.5.2 sub b van de Selectieleidraad. Met deze geschiktheidseis werd ervaring geëist met een gefaseerde sloop en nieuwbouw van een viaduct in een rijksweg en/of provinciale weg waarbij het onderdoorgaande verkeer tijdens de werkzaamheden geborgd wordt, met een minimale waarde of gefactureerd bedrag van € 2.500.00,-- exclusief BTW. Nu de opdracht het vervangen van een tweetal viaducten betreft, is het zeer aannemelijk dat een significant deel van de overheidsopdracht juist door deze onderaannemer uitgevoerd zou worden. Dat [eiseres] stelt dat de beboete gedragingen zouden zijn verricht door een onderaannemer van Van der [naam bedrijf 2] doet evenmin ter zake, nu Van der [naam bedrijf 2] als opdrachtnemer en feitelijk leidinggevende voor de veilige uitvoering van het werk verantwoordelijk kan worden gehouden.

#### *Ernstige fout*

32 De hierboven genoemde gedragingen van [eiseres] c.q. haar onderaannemer kwalificeren eveneens als ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87, eerste lid sub c van de Aw 2012 en artikel 3.5.4 sub c van het ARW 2012. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Eigen Verklaring vallen onder ernstige fouten onder meer:

Zie: TK 2009-2010, 32440, nr. 3, op p. 80:

“In het algemeen kunnen als ernstige beroepsfout worden aangemerkt overtredingen van voorschriften betreffende de gezondheid, arbeidsomstandigheden, milieudelicten en overtredingen van de Rijttijdenwet. Ook overtredingen van de Mededingingswet en het hebben begaan van een onrechtmatige daad in het kader van de uitvoering van een opdracht waaruit ernstige schade is voortgevloeid, kunnen als ernstige beroepsfout [worden] aangemerkt. Aangenomen mag worden dat hiermee de meest in aanmerking komende gedragingen voor de toepassing van het criterium ernstige beroepsfout zijn opgenoemd. Wat betreft de gedragsverklaring aanbesteden geldt dat met het oog op een aanvraag daarvoor mededingingsovertredingen worden meegenomen. Bij andere gedragingen zal de aanbestedende dienst aannemelijk moeten maken dat de ernstige beroepsfout zich voordoet. Daar zijn geen bewijsstukken voor aan te wijzen.”

Vgl. ook de toelichting bij artikel 3.5.4 van het ARW 2012.

33 Van dergelijke ernstige fouten is met de hierboven omschreven overtredingen van de milieuregelgeving en de Arbo-wetgeving sprake geweest. Daarbij is sprake geweest van onrechtmatig gedrag dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van [eiseres], nu minst genomen sprake is geweest van nalatigheid van een zekere ernst.

34 Uitsluiting van [eiseres] op basis van deze uitsluitingsgrond is ook proportioneel. Als hierboven is aangegeven ziet het aanbestede contract op het vervangen van twee verouderde viaducten in de A348. Het gaat daarbij om het ontwerp, de uitvoering en het meerjarig onderhoud van deze viaducten. Dit project wordt mede uitgevoerd in het kader van de Robuuste Investeringsimpuls, een miljoeneninjectie in de Gelderse economie en een belangrijk politiek speerpunt. Gelet op de meerjarige duur van het contract en de zichtbaarheid van het project is het voor de Provincie dan ook van zeer groot belang dat ondernemingen waarmee de Provincie samenwerkt integer en

betrouwbaar zijn, en zich tijdens de uitvoer houden aan de voor hen van toepassing zijnde wet- en regelgeving.

35 De Provincie heeft bij haar afweging ook het aantal en de zwaarte van de ernstige beroepsfouten van [eiseres] betrokken. Zoals uit het voorgaande blijkt, is sprake van een reeks ernstige beroepsfouten van [eiseres] alsmede van haar bestuurders. De hierboven genoemde overtredingen uit het Bibob-advies - mede gezien in samenhang met de overige constatering uit dit advies, waaronder diverse overtredingen en strafbare feiten gepleegd door bestuurders van [eiseres] waaronder (herhaaldelijke) overtredingen en vermoedens van valsheid in geschrifte - bracht een patroon van op z'n minst non-coöperatief (en soms vijandig) gedrag van [eiseres] aan het licht, en een aantal gedragingen die de provincie als niet-integer aanmerkt (de strafbare feiten).

36 De Provincie merkt daarbij tevens (en ten overvloede) op dat het feit dat bestuurder [bestuurder 2] , uiteindelijk zeggenschapshoudende over [eiseres] , op 28 januari 2015 veroordeeld

is tot twaalf maanden gevangenisstraf voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar wegens het op of omstreeks 1 mei 2007 en op of omstreeks 24 april 2006 opzettelijk onjuist doen van aangiften vennootschapsbelasting - gelet op de terugkijktermijn van vier jaar - wellicht mogelijk niet of althans niet zelfstandig als ernstige fout van [eiseres] kan worden aangemerkt, maar dat wanneer deze veroordeling voor belastingfraude onherroepelijk wordt [eiseres] zou moeten worden uitgesloten op grond van de dwingende uitsluitingsgronden neergelegd in artikel 2.86 sub c Aw2012 en artikel 3.5.1 sub c AAW.

37 Dit alles tezamen bezien doet afbreuk aan de professionele geloofwaardigheid van [eiseres] . Daarbij is de Provincie overigens in negatieve zin opgevallen dat [eiseres] de verschillende overtredingen met betrekking tot de milieu- en ARBO-regelgeving simpelweg afdoet als "incidenten". Daarvan is geen sprake. De overtredingen zijn constant aan de orde. Dit wordt te meer onderstreept door het feit dat het Landelijk Bureau Bibob heeft aangegeven dat een ernstig gevaar bestaat dat [eiseres] bij de uitvoering van de opdracht strafbare feiten zal plegen.

#### *Valse verklaring*

38 Tenslotte is de uitsluiting van [eiseres] ook gebaseerd op artikel 2.87, eerste lid sub e Aw 2012 en artikel 3.5.4 sub e ARW 2012, omdat zij zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het verstrekken van valse verklaringen. [eiseres] heeft de vraag in de Eigen Verklaring of zij zich schuldig heeft gemaakt aan een overtreding van een relevante beroepsgedragsregel en aan een ernstige beroepsfout met nee beantwoord. Uit het voorgaande mag duidelijk zijn dat [eiseres] in haar antwoord op deze vragen in ieder geval melding had moeten maken van de overtredingen van de per 4 oktober 2012 onherroepelijke veroordeling van [eiseres] Holding NV.

39 Door de vraag of zij zich schuldig heeft gemaakt aan een overtreding van een relevante beroepsgedragsregel en aan een ernstige beroepsfout in de Eigen Verklaring met "nee" te beantwoorden heeft [eiseres] derhalve onjuiste informatie verstrekt. Daarmee is sprake van valsheid in geschrift.

40 Dat brengt met zich dat [eiseres] tevens door de Provincie kan worden uitgesloten op grond van artikel 3.5.4 sub e ARW 2012.

### **3 Het geschil**

3.1. [eiseres] vordert – na een wijziging van eis – dat de voorzieningenrechter

*primair*

I. de provincie verbiedt uitvoering te geven aan het door haar geuite gunningsvoornemen ten aanzien van de opdracht "Bestek 2052 Vervangen bruggen A348" aan [naam bedrijf 1] , een en ander voor zover dat besluit niet reeds als ingetrokken heeft te gelden en de provincie gebiedt deze opdracht – voor zover zij tot gunning van deze opdracht wenst over te gaan – aan geen ander dan [eiseres] op te dragen,

II. de provincie gebiedt haar besluit van 9 februari 2016 tot uitsluiting van [eiseres] in te trekken dan wel daaraan geen verder gevolg te geven,

*subsidiair*

III. de provincie gebiedt de aanbestedingsprocedure van de opdracht "Bestek 2052 Vervangen bruggen A348" te staken en gestaakt te houden en de provincie gebiedt – voor zover zij tot gunning van deze opdracht wenst over te gaan – de opdracht opnieuw aan te besteden,

*primair en subsidiair*

IV. bepaalt dat de provincie een dwangsom verbeurt van € 750.000,00 (zegge zevenhondervijftig duizend euro) bij schending van de hiervoor onder I. II. of III. genoemde ver- of geboden,

V. de provincie veroordeelt in de kosten van deze procedure, de kosten van rechtsbijstand van [eiseres] daaronder begrepen, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dit vonnis, en – voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf bedoelde termijn voor voldoening alsmede te vermeerderen met de alsdan te maken nakosten om alsnog betaling van hetgeen is toegewezen te verkrijgen.

3.2. De provincie voert verweer.

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

## **4 De beoordeling**

4.1. Het spoedeisend belang vloeit in voldoende mate voort uit de stellingen van [eiseres] .

4.2. Het gaat in deze zaak om het volgende. De provincie heeft een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het vervangen van bruggen over de A348. [eiseres] is na een loting door de provincie geselecteerd om een inschrijving in te dienen, hetgeen zij ook gedaan heeft. De inschrijving van [eiseres] was de economisch meest voordelige, zodat de provincie [eiseres] op 8 april 2015 heeft medegedeeld dat zij voornemens was de opdracht aan [eiseres] te gunnen. Voordien had de provincie [eiseres] al bericht dat Bureau SBA aanleiding had om nader onderzoek te laten doen naar [eiseres] door het LBB, indien de opdracht voorlopig gegund zou worden aan [eiseres] . Het LBB heeft vervolgens in september 2015 een rapport uitgebracht met een negatief advies, waarna [eiseres] haar zienswijze heeft ingediend. Bij brief van 15 december 2015 heeft de provincie [eiseres] bericht dat zij haar gunningsvoornemen aan [eiseres] introk en voornemens was de opdracht aan een ander te gunnen. Nadat [eiseres] hiertegen bezwaar had gemaakt, heeft de provincie het besluit ingetrokken en een nieuw besluit genomen met dezelfde strekking. Volgens de provincie is bij [eiseres] , haar bestuurders en bij haar onderaannemer [naam bedrijf 2] sprake van een patroon van strafbare feiten, van (onherroepelijke) uitspraken wegens overtredingen van relevante beroepsgedragsregels en van ernstige beroepsfouten en heeft [eiseres] een valse eigen verklaring ingevuld, zodat [eiseres] van deelname aan de opdracht dient te worden uitgesloten. [eiseres] heeft dit betwist en stelt – kort gezegd – dat de screening na de selectiefase heeft plaatsgevonden en daarmee een gepasseerd station was, dat sprake is van uitsluiting op gronden

die van te voren niet bekend zijn gemaakt, dat de uitsluiting is gebaseerd op bevindingen die niet de inschrijver en/of de onderaannemer betreffen en dat inhoudelijk gezien geen sprake is van gedragingen die onder de gestelde uitsluitingsgronden vallen.

- 4.3. De eerste vraag is of de provincie na afronding van de selectiefase alsnog een integriteitsonderzoek naar [eiseres] mocht uitvoeren, met het oog op het mogelijk toepassen van een uitsluitingsgrond. [eiseres] stelt dat sprake is van een niet-openbare aanbestedingsprocedure, dat de provincie de Bibob-screening zou moeten hebben uitgevoerd tijdens de selectiefase en dat een Bibob-screening nadat duidelijk was dat [eiseres] de economisch meest voordelige inschrijving had gedaan, duidt op willekeur. De provincie heeft dienaangaande aangevoerd dat de fase van het controleren van de bewijsstukken na de loting plaatsvond, dat het niet doelmatig en proportioneel is om een onderneming die niet voor gunning in aanmerking komt te onderwerpen aan een diepgravend en ingrijpend onderzoek en dat [eiseres] op de hoogte was van de gang van zaken.
- 4.4. Uit de selectieleidraad volgt dat een stappenplan werd gevolgd door de provincie, waarbij stap 1 een toets op compleetheid inhield, waaronder van de ingediende eigen verklaring, stap 2 een toets aan de uitsluitingsgronden, stap 3 een toets op minimumeisen, stap 4 bestond uit een loting en stap 5 uit een controle van de bewijsmiddelen. In de selectieleidraad is in paragraaf 3.3. een aanbestedingsplanning opgenomen waarin expliciet is vermeld dat uiterlijk op 8 december 2014 om 12:00 uur de aanmeldingen konden worden ingediend en dat op 10 december 2014 de loting plaatsvond. [eiseres] heeft zijn eigen verklaring gedateerd op 8 december 2014 en daarmee dus ingediend voorafgaand aan de loting. [eiseres] en de overige gegadigden zijn – mede gelet op de korte periode tussen het indienen van de verklaringen en de loting – evenwel niet onvoorwaardelijk toegelaten tot de loting. Immers uit de toelichting bij stap 5 blijkt dat nadien een controle van de bewijsmiddelen (voldoen aan algemene aanmeldingsvereisten en minimumeisen en het tijdig overleggen van gevraagde bewijsstukken) zou plaatsvinden. Er is geen aanknopingspunt voor de gedachte dat onder controle van bewijsmiddelen ten aanzien van de algemene aanmeldingsvereisten niet ook het controleren van de eigen verklaring en andere bewijsstukken in het kader van de uitsluitingsgronden valt.
- 4.5. Nadat op 10 december 2014 de loting had plaatsgevonden, heeft de provincie [eiseres] bij brief van 19 december 2014 verzocht bewijsstukken in te dienen zoals bedoeld in paragraaf 3.5 van de selectieleidraad, en [eiseres] bericht dat zij werd uitgenodigd voor indiening van een inschrijving onder voorbehoud van een positieve beoordeling van de bewijsstukken. Op 8 januari 2015 heeft de provincie de uitkomst van de loting aan [eiseres] kenbaar gemaakt. In die periode heeft Bureau SBA een onderzoek gedaan naar [eiseres], waarna de provincie bij brief van 27 januari 2015 Van de Horst heeft medegedeeld dat zij als één van de gegadigden voor de opdracht was gescreend door Bureau SBA en dat er aanleiding was om indien de opdracht voorlopig zou worden gegund aan [eiseres] onderzoek te laten verrichten door het LBB. [eiseres] heeft hier geen bezwaar tegen gemaakt. Onder al deze omstandigheden moest het voor [eiseres] ook duidelijk zijn dat zij nog niet onvoorwaardelijk was toegelaten tot de inschrijvingsfase en dat daarvoor eerst de bewijsstukken en daarmee de toepasselijkheid van mogelijke uitsluitingsgronden nader moesten worden onderzocht.
- 4.6. Afgezien hiervan geldt dat in de inschrijvingsleidraad exact dezelfde paragrafen als in de selectieleidraad zijn opgenomen voor wat betreft de algemene uitsluitingsgronden (paragraaf 3.4.1) en het vragen van advies aan het LBB (paragraaf 3.6), zodat ook in die fase nader onderzoek nog mogelijk was. Dit is overigens ook met zoveel woorden opgenomen in de artikelen 6 en 7 van de Beleidsregels aanbesteding Gelderland 2013. Onvoldoende aannemelijk is daarmee geworden dat de Bibob-screening van [eiseres] na de selectiefase een gepasseerd station was, dan wel dat sprake was van willekeur.
- 4.7. Het stond de provincie op zichzelf bezien dus vrij om onderzoek te laten doen in het kader van hetgeen bij de controle van de bewijsstukken naar boven was gekomen. Zoals hiervoor reeds is

overwogen was onderzoek door het LBB ook voorbehouden in de aanbestedingsstukken en volgt ook uit de van toepassing zijnde Beleidsregels aanbesteding Gelderland 2013 van de provincie dat Bureau SBA, voordat tot gunning wordt overgegaan, de integriteit van de inschrijver of gegadigde kan toetsen en dat naar aanleiding van die toetsing het LBB kan worden verzocht om een advies op te stellen.

- 4.8. Uit het Bibob onderzoek naar [eiseres] is een aantal kwesties naar voren gekomen. De provincie heeft in haar gewijzigde besluit van 9 februari 2016 deze kwesties aangemerkt als facultatieve uitsluitingsgronden zoals bedoeld in artikel 2.87 van de Aanbestedingswet 2012 en artikel 3.5.4 van het ARW 2012. De provincie stelt dat [eiseres] (a.) onherroepelijk is veroordeeld voor overtreding van relevante beroepsgedrags-regels, (b.) ernstige beroepsfouten heeft gemaakt en (c.) dat zij een valse (eigen) verklaring heeft overgelegd. Omdat de provincie de onherroepelijke veroordeling van [eiseres] en de aan de onderaannemer [naam bedrijf 2] opgelegde boetes kwalificeert als onherroepelijke uitspraken wegens overtreding van de relevante beroepsgedragsregels (a.) én het maken van ernstige beroepsfouten (b.) zullen de voorvallen hierna afzonderlijk worden besproken en worden getoetst aan beide uitsluitingsgronden, waarna de derde uitsluitingsgrond (valse verklaring) zal worden beoordeeld.
- 4.9. De provincie heeft zich er in de eerste plaats op beroepen dat uit het onderzoek is gebleken dat [eiseres] bij rechterlijke uitspraak van 19 september 2012 (onherroepelijk geworden op 4 oktober 2012) is veroordeeld tot betaling van een voorwaardelijke geldboete ten bedrage van € 1.500,00 met een proeftijd van twee jaar wegens overtreding van het Besluit algemene regels voor inrichtingen milieubeheer, de Wet Milieubeheer en (daarmee van) de Wet op de Economische Delicten. De provincie kwalificeert dit als een onherroepelijke uitspraak wegens overtreding van een relevante beroepsgedragsregel en als een ernstige beroepsfout, waarbij de provincie in haar brief van 9 februari 2016 verwijst naar artikel 3.5.4 sub b ARW 2012 en artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012. Deze veroordeling betrof het niet voldoen aan veiligheidsvoorschriften voor een bovengrondse stationaire opslagtank voor gasolie. Deze veroordeling is aldus in ieder geval aan te merken als een onherroepelijke rechterlijke uitspraak wegens overtreding van een relevante beroepsgedragsregel, zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub b Aw 2012 en artikel 3.5.4 onder b ARW 2012. Daarmee staat vast dat in zoverre is voldaan aan de toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond. Partijen hebben verder gediscussieerd over de vraag of deze veroordeling tevens als een ernstige beroepsfout is aan te merken in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 en artikel 3.5.4 onder c ARW 2012.
- 4.10. [eiseres] heeft zich in de eerste plaats op het standpunt gesteld dat hij een zogenaamde Gedragsverklaring Aanbesteden (GVA) ex artikel 3.5.5 sub b ARW 2012 heeft overgelegd (die een onderneming van de minister van Veiligheid en Justitie kan verkrijgen indien uit een onderzoek is gebleken - waartoe onder meer het Justitieel Documentatie Systeem wordt geraadpleegd - dat er geen bezwaren zijn dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon inschrijft op een overheidsopdracht). Een dergelijke verklaring wordt volgens [eiseres] afgegeven indien er geen veroordelingen zijn waarvoor een geldboete is opgelegd die een bedrag van € 35.000,00 te boven gaat. Nu deze verklaring aan [eiseres] is afgegeven, kan de provincie zich niet op het standpunt stellen dat sprake is van een situatie zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub b Aw 2012 (en artikel 3.5.4 sub b ARW 2012) en/of in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 (en artikel 3.5.4 sub c ARW 2012) en kan [eiseres] op die gronden niet worden uitgesloten van inschrijving, aldus [eiseres] .
- 4.11. [eiseres] kan worden toegegeven dat er een zekere spanning bestaat tussen het gegeven dat een veroordeling tot een geldboete van minder dan € 35.000,00 kennelijk niet aan de afgifte van een verklaring van geen bezwaar in de weg staat en het niettemin aanmerken van het opleggen van zo'n geldboete als een uitsluitingsgrond als bedoeld onder b. of c. Dit kan in ieder geval niet afdoen aan het bepaalde in artikel 2.87 lid 1 onder b Aw 2012 waarin een onherroepelijke veroordeling wegens overtreding van een beroepsgedragsregel als grond voor uitsluiting wordt aangemerkt. Het verkrijgen van een dergelijke verklaring wil evenmin zeggen dat daarmee vast staat dat zich niet een facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012

kan voordoen. Van geval tot geval dient bekeken te worden of datgene wat is voorgevallen, ook al is sprake van een veroordeling die valt onder voornoemd drempelbedrag, beschouwd kan worden als een relevante ernstige beroepsfout.

- 4.12. Aannemelijk is dat voor een overheidsorgaan als de provincie niet wenselijk is zaken te moeten doen met een aannemer met een veroordeling wegens overtreding van milieuwetgeving in het kader van een aanbesteding van een opdracht als de onderhavige. Daarbij komt dat de provincie onweersproken heeft betoogd dat het project (de opdracht) mede wordt uitgevoerd in het kader van de Robuuste Investeringsimpuls, waarbij een miljoeneninjectie in de Gelderse economie wordt gegeven en dat het voor de provincie van groot belang is dat de opdracht met een gerust hart kan worden toevertrouwd aan een integere en betrouwbare onderneming. Alhoewel de overtreding 'slechts' heeft geleid tot het opleggen van een voorwaardelijke geldboete heeft deze wel een strafrechtelijke veroordeling tot gevolg gehad ter zake van een opzettelijke overtreding van milieuvoorschriften. Daarmee heeft die (onherroepelijke) veroordeling te gelden als een ernstige beroepsfout zoals bedoeld onder artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 en artikel 3.5.4. sub b ARW 2012. Een andere vraag is of op de grond onder artikel 2.87 lid 1 ARW 2012/ 3.5.4 ARW 2012 sub b of c de kwestie in het kader van de proportionaliteitstoets ook ernstig genoeg is om tot uitsluiting van de inschrijving van [eiseres] over te gaan. Dat zal hierna beoordeeld worden.
- 4.13. De provincie heeft in haar besluit van 9 februari 2016 als tweede grond voor uitsluiting van de inschrijving van [eiseres] aangevoerd dat haar onderaannemer [naam bedrijf 2] , op wie [eiseres] ten behoeve van het voldoen aan de geschiktheidseisen een beroep heeft gedaan, boetes heeft opgelegd gekregen wegens overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet ten bedrage van € 5.400,00 en € 10.800,00. Het betreffen overtredingen (gepleegd op 24 januari 2013 en 14 juli 2014) voor het op onjuiste wijze toezicht houden en uitvoeren van werkzaamheden voor het verwijderen van asbest of asbesthoudende producten. De boetebeschikking van 11 maart 2015 (ten aanzien van het feit gepleegd op 14 juli 2014) is opgelegd voor het niet uitvoeren van sloopwerkzaamheden in een afgesloten ruimte waarin een minimale onderdruk aanwezig was, waardoor niet werd voorkomen dat stof afkomstig van asbest of asbesthoudende materialen zich kon verspreiden buiten de ruimten waar de werkzaamheden plaatsvonden. Als gevolg daarvan konden werknemers en eventuele derden worden blootgesteld aan een concentratie asbeststof boven de wettelijke grenswaarde, waardoor ernstig gevaar voor de veiligheid en gezondheid voor de betrokken werknemers aanwezig was of kon ontstaan. Volgens de provincie kunnen de beschikkingen gelijk gesteld worden aan onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraken en is daarom sprake van de kwalitatieve uitsluitingsgrond zoals bedoeld in artikel 3.5.4 sub b ARW 2012, alsook van de uitsluitingsgrond ex artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 (ernstige beroepsfout). [eiseres] heeft het voorgaande weersproken.
- 4.14. De voorzieningenrechter stelt vast dat de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Inspectie SWZ) voornoemde boetes heeft opgelegd. Tegen de opgelegde boetes is geen bezwaar of beroep ingesteld, zodat deze formele rechtskracht hebben. Hiervan dient in dit kort geding dan ook te worden uitgegaan. Dat maakt evenwel niet dat de aldus onherroepelijke boetes gelijk te stellen zijn aan boetes die bij een onherroepelijk geworden uitspraak door een rechter zijn opgelegd. Dit betekent dat in dit geval ten aanzien [naam bedrijf 2] geen sprake is van een uitsluitingsgrond ex artikel 3.5.4 sub b ARW 2012 (onherroepelijke uitspraak wegens overtreding van een relevante beroepsregel).
- 4.15. Dan resteert de vraag of de overtredingen waarvoor de boetes aan [naam bedrijf 2] (die een belangrijk deel van de opdracht zou gaan uitvoeren) zijn opgelegd wel zijn aan te merken als ernstige beroepsfouten zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012/artikel 3.5.4. sub c ARW 2012. Vooropgesteld kan worden dat het een feit van algemene bekendheid is dat (niet- hechtgebonden) asbest gevaarlijk is en dat onder meer bij verwijdering van asbesthoudende materialen met grote behoedzaamheid dient te worden gehandeld. Uit de opgelegde boetes volgt dat dat kennelijk niet is gebeurd. Hoe het een ander heeft kunnen gebeuren, is voor dit kort geding niet relevant, omdat van [naam bedrijf 2] als professioneel sloopbedrijf verwacht mag



worden dat zij maatregelen nam/neemt om hetgeen is geschied te voorkomen. Het enkele feit dat er vele bedrijven zijn die soortgelijke overtredingen met betrekking tot asbest begaan, brengt nog niet met zich dat deze overtredingen niet ernstig genoemd kunnen worden. Dat [naam bedrijf 2] niet voorkomt op de boetebeschikkingenlijst van de Inspectie SZW van 2015 van bedrijven die ernstige overtredingen hebben begaan – wat daarvan ook overigens de reden is – wil niet zeggen dat de onderhavige overtredingen niet als een ernstige beroepsfout zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 kunnen worden aangemerkt. De provincie heeft derhalve op juiste gronden de overtredingen van de onderaannemer gekwalificeerd als een facultatieve uitsluitingsgrond zoals bedoeld in artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012/artikel 3.5.4. sub c ARW 2012. De vervolgvraag die hierna in het kader van de proportionaliteits-/evenredigheidstoets aan de orde zal komen, is of voornoemde overtredingen ernstig genoeg zijn om tot uitsluiting van de inschrijving van [eiseres] over te gaan.

- 4.16. Tot slot de hiervoor in 4.8 onder c) genoemde grond, te weten uitsluiting gebaseerd op artikel 2.87, eerste lid sub e Aw 2012 en op artikel 3.5.4 sub e ARW 2012 (het overleggen van een valse verklaring). Volgens de provincie heeft [eiseres] de vraag in haar eigen verklaring of jegens haar sprake is van een onherroepelijke uitspraak wegens overtreding van een relevante beroepsgedragsregel en/of of zij een ernstige beroepsfout heeft begaan met 'nee' beantwoord, terwijl [eiseres] in ieder geval melding had moeten maken van de onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling. Volgens [eiseres] was geen sprake van een ernstige beroepsfout, zodat zij zich op het standpunt stelt dat zij niet gehouden was om hiervan melding te maken.
- 4.17. Wat er ook zij van de vraag of [eiseres] in de in te vullen eigen verklaring moest aangeven dat sprake was van een ernstige fout hoewel zij dat zelf niet vond, in ieder geval stond vast dat sprake was van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling. Daarvan had [eiseres] nu daarom in de eigen verklaring werd gevraagd in ieder geval melding moeten maken, omdat voor de uitsluitingsgrond onder b. de ernst van de veroordeling op zichzelf (los van een later door de provincie uit te voeren proportionaliteitstoets) niet relevant is. Nu [eiseres] in haar eigen verklaring heeft aangevinkt dat jegens haar in de vier jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van de inschrijving geen onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak was gedaan op grond van overtreding van op haar van toepassing zijnde wet- of regelgeving, heeft [eiseres] deze verklaring niet juist ingevuld en is sprake van een facultatieve uitsluitingsgrond zoals bedoeld in artikel 2.87, eerste lid sub e Aw 2012 en in artikel 3.5.4 sub e ARW 2012.
- 4.18. Geconcludeerd kan worden dat de provincie op juiste gronden heeft kunnen besluiten dat jegens [eiseres] sprake is van facultatieve uitsluitingsgronden zoals bedoeld in artikel 2.87, eerste lid sub b, c en e Aw 2012 en in artikel 3.5.4 sub b, c en e ARW 2012. De vraag is vervolgens of in het kader van de proportionaliteitstoets deze facultatieve uitsluitingsgronden ook daadwerkelijk tot uitsluiting van de inschrijving van [eiseres] mochten leiden, en of daarbij ook andere voorvallen/feiten (uit het verleden) bij [eiseres] , althans haar bestuursleden en/of dochterverenootschap mogen worden meegewogen.
- 4.19. Volgens de provincie is sprake van een bepaald patroon van het plegen van strafbare feiten en andere overtredingen/gedragingen, waardoor [eiseres] niet als integer en betrouwbaar kan worden aangemerkt. Het LBB heeft in haar rapport geconcludeerd dat een ernstig gevaar bestaat dat [eiseres] bij de uitvoering van de opdracht strafbare feiten zal plegen. Dit terwijl het voor de provincie gelet op de meerjarige duur van het contract en de zichtbaarheid van het project van groot belang is dat de ondernemingen waarmee zij samenwerkt integer en betrouwbaar zijn en zich houden aan de voor hen van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Dit geldt temeer nu het project (de opdracht) zelf ook politiek van groot belang is en mede wordt uitgevoerd in het kader van de Robuuste Investeringsimpuls, een miljoeneninjectie in de Gelderse economie en een belangrijk politiek speerpunt.
- 4.20. Uit het rapport van het LBB volgt dat [eiseres] , althans haar bestuurders en haar dochteronderneming [dochteronderneming] , zich vanaf 2002 vrijwel jaarlijks tot in 2015 schuldig

hebben gemaakt aan en/of verdacht zijn geweest van diverse overtredingen van de geldende wet- en regelgeving. Het gaat daarbij om ernstige feiten, te weten misdrijven zoals het herhaaldelijk plegen van valsheid in geschrifte en het meermalen vervalsen van reisbewijzen. Bestuurder [bestuurder 2] is recent, op 28 januari 2015, veroordeeld tot een gevangenisstraf voor de duur van twaalf maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar wegens het meermalen opzettelijk onjuist doen van aangiften vennootschapsbelasting door een besloten vennootschap, waar [bestuurder 2] feitelijk leiding aan heeft gegeven. Alhoewel deze veroordeling nog niet onherroepelijk is betreft dit wel een ernstig feit. Daarnaast is voornoemde dochteronderneming van [eiseres] ook herhaaldelijk veroordeeld voor het handelen in strijd met de Arbeidsomstandighedenwet en heeft zij daarvoor boetes opgelegd gekregen. Ten aanzien van de onderaannemer [naam bedrijf 2] geldt dat het LBB heeft geconstateerd dat in 2015 opnieuw vier overtredingen ter zake van asbest zijn begaan, waarvoor een boeterapport is opgesteld, maar thans nog geen boetebeschikking is vastgesteld.

4.21. Naast de feiten die hiervoor reeds als facultatieve uitsluitingsgronden zijn aangemerkt, kan worden vastgesteld dat bij [eiseres] , haar bestuurders en haar dochteronderneming(en) sprake is van een patroon van het plegen van (ernstige) strafbare feiten en het overtreden van wet- en regelgeving op het gebied van milieu en arbeidsomstandigheden en/of het verdacht zijn daarvan. De facultatieve uitsluitingsgronden staan dus niet op zichzelf. Weliswaar dient op grond van artikel 2.87 tweede lid Aw 2012 bij de beoordeling of sprake is van een onherroepelijke uitspraak voor overtreding van een relevante beroepsgedragsregel en/of het begaan van een ernstige beroepsfout uitsluitend de periode van vier jaar voorafgaand aan de inschrijving op de opdracht te worden betrokken, maar in het onderhavige geval is sinds 2002 bij voortdurende sprake van soortgelijke ernstige beroepsfouten en/of veroordelingen wegens overtredingen van relevante beroepsgedragsregels. Het gaat dus niet louter om feiten die ver buiten die termijn van vier jaar liggen, maar ook om feiten die betrekkelijk kort daarvoor zijn begaan. Bovendien is de bestuurder van [eiseres] zeer recent, in januari 2015 (weliswaar niet onherroepelijk) veroordeeld en zijn ten aanzien van onderaannemer [naam bedrijf 2] in 2015 opnieuw vier overtredingen geconstateerd (die nog niet zijn beboet). Vanwege het aantal, de zwaarte en de persistentie van deze feiten kan niet langer worden volgehouden dat sprake is van incidenten. Hoewel deze feiten als zodanig elk voor zich niet meer als uitsluitingsgrond mogen worden aangemerkt, mocht de provincie het daaruit blijkende patroon in het kader van de proportionaliteitstoets zeker meewegen bij de ernst van de gebleken uitsluitingsgronden. Niet weersproken is dat, omdat het voldoen aan de wet- en regelgeving op het gebied van milieu en arbeidsomstandigheden een wezenlijk onderdeel vormt van de door de opdrachtnemer uit te voeren werkzaamheden (waarbij onder meer de verwijdering van asbesthoudende materialen aan de orde is), de looptijd van het project vijftien jaar is en het een waarde heeft van circa 4 miljoen, het van groot belang is dat de opdrachtnemer een professionele, betrouwbare en integere onderneming is die hieraan voldoet/kan voldoen. Gezien de ernst en de omvang, alsook het terugkerende patroon, van de (reeks van) feiten in combinatie met het voorwerp van de opdracht heeft de provincie in het kader van de evenredigheids-/proportionaliteitstoets dan ook op goede gronden kunnen beslissen dat het door [eiseres] voldoen aan de facultatieve uitsluitingsgronden ook daadwerkelijk tot uitsluiting van de inschrijving van [eiseres] dient te leiden.

4.22. Dit betekent dat de vorderingen worden afgewezen.

4.23. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de provincie worden begroot op:

- griffierecht € 619,00

- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.435,00

## **5 De beslissing**

De voorzieningenrechter

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van de provincie tot op heden begroot op € 1.435,00.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J.B. Boonekamp en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. B.J.M. Vermulst op 1 maart 2016.