

ECLI:NL:RBGEL:2017:1162

Instantie	Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak	08-02-2017
Datum publicatie	07-03-2017
Zaaknummer	300102
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Aanbesteding. Transparantiebeginsel. Facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 2.87 lid 1 sub b, c en e Aw 2012/artikel 3.5.4 sub b, c en e ARW 2012. Proportionaliteit. Vorderingen afgewezen.
Wetsverwijzingen	Aanbestedingswet 2012 Aanbestedingswet 2012 2.87 Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Module Aanbesteding 2017/660 JAAN 2017/78

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK GELDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Arnhem

zaaknummer / rolnummer: C/05/300102 / HA ZA 16-158

Vonnis van 8 februari 2017

in de zaak van

de naamloze vennootschap
[eiseres] HOLDING N.V.,
gevestigd te Hellevoetsluis,
eiseres,
advocaat mr. L.Ph.J. baron van Utenhove te 's-Gravenhage,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
PROVINCIE GELDERLAND,
zetelend te Arnhem,
gedaagde,
advocaat mr. M. van Rijn te 's-Gravenhage.

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

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 13 juli 2016
- het proces-verbaal van comparitie van 24 november 2016.

1.2. Ten slotte is opnieuw 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. De selectieleidraad (productie 3 bij dagvaarding) luidt onder meer als volgt:

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 een 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. De Aanbesteder kan Gegadigden waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is uitsluiten van (verdere) deelname aan de aanbesteding conform het ARW 2012.

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 heeft de provincie een inschrijvingsleidraad opgesteld. In die inschrijvingsleidraad (productie 4 bij dagvaarding) 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 27 januari 2015 (productie 6 bij antwoord) heeft de provincie [eiseres] bericht dat Bureau Screening en Bewakingsaanpak (hierna: Bureau SBA) is verzocht om gegadigden voor het bestek te screenen op basis van de Wet Bibob. In de brief staat verder vermeld dat de provincie aanleiding heeft gezien om nader onderzoek te laten doen door het LBB, indien de opdracht voorlopig zou worden gegund aan [eiseres] , zodat het LBB een (verdere) inschatting kon maken van een mogelijke mate van gevaar in het kader van de Wet Bibob.
- 2.5. Op 3 maart 2015 heeft [eiseres] haar inschrijving ingediend.
- 2.6. 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. Bij brief van diezelfde dag (productie 6 bij dagvaarding) heeft de provincie [eiseres] verzocht een Bibob-vragenformulier in te vullen, hetgeen [eiseres] heeft gedaan.
- 2.7. Bij brief van 8 april 2015 (productie 7 bij dagvaarding) 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.
- 2.8. De provincie heeft bij brief van 9 april 2015 (productie 8 bij dagvaarding) aan [eiseres] onder meer het volgende meegedeeld:

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] Holding NV advies in te winnen bij het Landelijk Bureau Bibob te Den Haag.
- 2.9. Bij brief van 10 april 2015 (productie 9 bij dagvaarding) heeft de provincie [eiseres] meegedeeld dat van een definitieve gunning aan [eiseres] nog geen sprake was en dat pas tot gunning van de opdracht kon worden overgegaan 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.
- 2.10. De overige inschrijvers hebben geen bezwaar gemaakt tegen het gunningsvoornemen van de provincie.
- 2.11. De provincie heeft bij brieven van 17 juni 2014 (de rechtbank begrijpt: 2015), 28 juli 2015 en 2 september 2015 telkens verzocht de (verlengde) termijn van gestanddoening verder te verlengen tot uiteindelijk 10 november 2015.
- 2.12. De advocaat van [eiseres] heeft de provincie bij brief van 4 september 2015 (productie 11 bij dagvaarding) verzocht om de reden van de verlengingen nader te onderbouwen.

- 2.13. Bij e-mailbericht van 7 september 2015 (productie 12 bij dagvaarding) heeft de provincie aan de advocaat van [eiseres] bericht dat de reden voor de verlengingen was gelegen in het feit dat gedeputeerde staten aan het LBB om advies hadden gevraagd en dat inmiddels was gebleken dat het LBB negatief had geadviseerd, maar dat gedeputeerde staten nog moesten besluiten wat te doen met het advies.
- 2.14. Bij brief van 15 september 2015 (productie 13 bij dagvaarding) 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 naar voren te brengen. Tevens is in de brief vermeld dat Bureau SBA voornemens was gedeputeerde staten te adviseren te besluiten conform de conclusies van het LBB en dat dit voor [eiseres] zou kunnen betekenen dat een negatieve beslissing zou volgen.
- 2.15. 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 op het BIBOB-advies heeft ingediend (productie 14 bij dagvaarding).
- 2.16. De provincie heeft bij brief van 6 november 2015 [eiseres] verzocht de verlengde termijn van gestanddoening nogmaals te verlengen, ditmaal tot en met 31 december 2015.
- 2.17. Bij brief van 15 december 2015 (productie 16 bij dagvaarding) heeft de provincie [eiseres] bericht dat zij haar gunningsvoornemen aan [eiseres] introk en voornemens was de opdracht te gunnen aan Reef Infra B.V.
- 2.18. [eiseres] heeft bij brief van 8 januari 2016 (productie 17 bij dagvaarding) 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 (productie 18 bij dagvaarding) ingediend bij de provincie om inzage te krijgen in het advies van Bureau SBA aan gedeputeerde staten.
- 2.19. Bij e-mailbericht van 18 januari 2016 heeft de provincie aan de advocaat van [eiseres] meegedeeld dat zij bij haar standpunt blijft.
- 2.20. Op 20 januari 2016 heeft [eiseres] de provincie gedagvaard in kort geding voor de voorzieningenrechter van deze rechtbank en primair gevorderd, samengevat, een verbod aan de provincie om uitvoering te geven aan het door haar geuite gunningsvoornemen aan Reef Infra B.V. en een gebod aan de provincie om haar besluit tot uitsluiting van [eiseres] in te trekken dan wel daaraan geen verder gevolg te geven, één en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom bij schending van deze ge- of verboden. Subsidiar vorderde [eiseres] een gebod aan de provincie om de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden en de opdracht opnieuw aan te besteden, één en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom in geval van schending van deze geboden.
- 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 (productie 18 bij antwoord) heeft de provincie aan [eiseres] meegedeeld 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] N.V.

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 [bestuurder] , 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 Lek Sloopwerken BV 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), Grond-, Weg- en Waterbouw Van der Made B.V. (GWW), 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), GWW, is herhaaldelijk veroordeeld voor handelen in strijd met de Arbowet. Blijkens informatie van Inspectievew en de Inspectie SZW zijn naar aanleiding van door deze inspectie bij GWW 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 A] , 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 Europa Leasing BV, terwijl [bestuurder A] feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedragingen. Tegen deze veroordeling is op 10 februari 2015 hoger beroep ingesteld.

6 Voor bestuurders [bestuurder B] en [bestuurder] 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 Lek Sloopwerken B.V. 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 € 5.400 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, AB 2007, 357;

- ABRvS 27 februari 2008, AB, 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 Lek Sloopwerken B.V., 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 verwijderden van asbest of asbesthoudende producten. Voor de boetebeschikking 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 beroepsgedrageregule 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] GWW 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 Lek Sloopwerken B.V. doet evenmin ter zake, nu Van der Lek Sloopwerken B.V. 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 bezien 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 A], uiteindelijk zeggenschapshebbende 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 Aw 2012 en artikel 3.5.1 sub c ARW.

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.

- 2.23. Bij brief van 10 februari 2016 (productie 20 bij antwoord) heeft de advocaat van [eiseres] de voorzieningenrechter van deze rechtbank verzocht het kort geding dat zich richt tegen het besluit van de provincie van 16 december 2015 (zie 2.20) te willen beschouwen als mede te zijn gericht tegen het besluit van de provincie van 9 februari 2016.
- 2.24. De mondelinge behandeling van het kort geding heeft plaatsgevonden op 16 februari 2016. Bij vonnis van 1 maart 2016 (productie 1 bij dagvaarding) heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van [eiseres] afgewezen. [eiseres] is van dit vonnis in hoger beroep gegaan. De procedure in hoger beroep loopt nog.
- 2.25. Op 8 maart 2016 heeft de provincie de opdracht voor uitvoering van het werk definitief gegund aan Reef Infra B.V. Inmiddels is de uitvoering van het werk gestart.

3 Het geschil

3.1. [eiseres] vordert, samengevat:

I. een verklaring voor recht dat de provincie [eiseres] ten onrechte heeft uitgesloten van de aanbesteding van de opdracht "Bestek 2052 Vervangen bruggen A348";

II. een verklaring voor recht dat de provincie het genoemde werk ten onrechte niet aan [eiseres] heeft gegund en daarmee jegens [eiseres] toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de aanbestedingsstukken en regelgeving alsmede uit de (precontractuele) goede trouw, althans jegens [eiseres] onrechtmatig heeft gehandeld;

III. veroordeling van de provincie tot vergoeding van de door [eiseres] aldus geleden en te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

IV. veroordeling van de provincie in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente en nakosten indien de proceskosten niet binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis worden voldaan.

3.2. [eiseres] legt aan haar vorderingen ten grondslag dat de provincie toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen voortvloeiende uit de aanbestedingsstukken/regelgeving en uit de (precontractuele) goede trouw, althans dat de provincie onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door haar ten onrechte uit te sluiten van de aanbesteding. [eiseres] voert daartoe ten eerste aan (grondslag A in de dagvaarding) dat zij is uitgesloten nadat de toetsing aan de uitsluitingsgronden al had plaatsgevonden in de selectiefase. De grondslag van de uitsluiting was daarbij feitelijk het Bibob-advies zelf, welk advies echter geen zelfstandige uitsluitingsgrond was in de aanbestedingsvoorwaarden die de provincie vooraf had gesteld en daarom niet als uitsluitingsgrond kan dienen. Het beoordelen van een inschrijver aan nieuwe eisen is in strijd met het gelijkheidsbeginsel en dus onrechtmatig, aldus [eiseres]. Daarnaast stelt [eiseres] zich in de dagvaarding op het standpunt (grondslag B) dat het besluit tot uitsluiting gebrekkig is gemotiveerd.

Ten slotte betoogt [eiseres] (grondslag C in de dagvaarding) dat geen sprake is van gedragingen die uitsluiting van deelname aan de aanbestedingsprocedure zouden rechtvaardigen. Zij betwist dat de drie gedragingen van (bestuurders van) [eiseres] tot toepassing van de uitsluitingsgronden konden/moesten leiden. Het betreft kort gezegd (i) de veroordeling van [eiseres] inzake een milieudelict (opslag van vloeibare brandstof), (ii) de strafrechtelijke veroordeling van [bestuurder A] (aandeelhouder van [eiseres]) wegens het doen van onjuiste aangiften vennootschapsbelasting en (iii) overtreding van de Arbowet door onderaannemer Lek Sloopwerken B.V., die daarvoor tweemaal is beboet. [eiseres] houdt de provincie aansprakelijk voor de schade die zij als gevolg van de tekortkoming/onrechtmatige daad heeft geleden.

3.3. De provincie voert verweer.

3.4. De rechtbank zal hierna nader ingaan op de stellingen van partijen, voor zover voor de beoordeling van belang.

4 De beoordeling

Ontvankelijkheid [eiseres]

4.1. De provincie betoogt dat [eiseres] geen belang heeft bij haar vorderingen voor zover deze betrekking hebben op de ingetrokken beslissing van 16 december 2015. Volgens de provincie moet [eiseres] dan ook op grond van artikel 3:303 BW niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vorderingen. De rechtbank verwerpt dit verweer. De vorderingen van [eiseres] richten zich tegen de uitsluiting van [eiseres] van deelname aan de aanbestedingsprocedure en daarmee (mede) tegen het besluit van de provincie van 9 februari 2016. [eiseres] is ontvankelijk in haar vorderingen.

Het beoordelingskader

4.2. Gelet op de grondslag van de vordering van [eiseres] ziet de rechtbank zich gesteld voor de vraag naar de rechtmatigheid van de uitsluiting door de provincie van [eiseres] van deelname aan de aanbestedingsprocedure. Het gaat er in het bijzonder om of de provincie [eiseres] op goede gronden van deelname heeft uitgesloten omdat zich één of meer van de facultatieve uitsluitingsgronden als neergelegd in artikel 2.87 sub b, c en e Aw 2012/artikel 3.5.4 sub b, c en e

ARW 2012 voordoet. Die uitsluitingsgronden zijn de volgende:

- jegens de gegadigde of inschrijver is een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak gedaan op grond van de op hem van toepassing zijnde wet- en regelgeving wegens overtreding van een voor hem relevante beroepsgedragsregel (artikel 2.87 lid 1 sub b Aw 2012/artikel 3.5.4 sub b ARW 2012);
- de inschrijver of gegadigde heeft in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout begaan die door de aanbestedende dienst aannemelijk kan worden gemaakt (artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012/artikel 3.5.4 sub c ARW 2012);
- de gegadigde of inschrijver heeft zich in ernstige mate schuldig gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen die door een aanbestedende dienst van hem waren verlangd of hij heeft die inlichtingen niet verstrekt (artikel 2.87 lid 1 sub e Aw 2012/artikel 3.5.4 sub e ARW 2012).

De rechtbank stelt voorop dat het hierbij ook kan gaan om feiten die ten tijde van het bestreden besluit al waren gepleegd, maar ten aanzien waarvan de veroordeling pas op een later moment onherroepelijk is geworden. In het navolgende zal de rechtbank de grondslagen van de vordering van [eiseres] bespreken.

Strijd met transparantiebeginsel?

- 4.3. [eiseres] voert ten eerste aan (grondslag A in de dagvaarding) dat zij is uitgesloten op gronden die niet vooraf bekend zijn gemaakt, hetgeen in strijd is met het transparantiebeginsel. Volgens [eiseres] berust haar uitsluiting immers op een inschatting op basis van de Wet Bibob, welke wet vooraf niet als uitsluitingsgrond is bekendgemaakt en dus niet als uitsluitingsgrond kan dienen.
- 4.4. Het transparantiebeginsel impliceert dat alle voorwaarden en onderdelen van de gunningsprocedure in het aanbestedingsdocument worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en, anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn (vgl. HvJ EG 29 april 2004, zaak C-496/99, 'Succhi di Frutta', ECLI:NL:PHR:2005:AU2806). Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de aankondiging van opdracht en het bestek zijn gesteld. Bij die uitleg kan tevens worden gekeken naar de elders in de aanbestedingsstukken gebruikte formuleringen.
- 4.5. Naar het oordeel van de rechtbank is van strijd met het transparantiebeginsel geen sprake. In de selectieleidraad, hierboven geciteerd onder 2.2, en in de inschrijvingsleidraad heeft de provincie op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze aangegeven welke uitsluitingsgronden van toepassing zijn op de aanbesteding. In de vrijwel identieke paragraaf 3.4.1 van de beide leidraden staan de dwingende uitsluitingsgronden vermeld en in paragraaf 3.4.3 van de selectieleidraad staat welke facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Daarnaast vermeldt paragraaf 3.6 van de beide leidraden dat de provincie een Bibob-advies kan inwinnen indien zij aanwijzingen heeft dat op een ondernemer één of meer uitsluitingsgronden van toepassing zijn, maar onvoldoende informatie beschikbaar is om het uitsluiten van die ondernemer te motiveren. Zowel de uitsluitingsgronden als de mogelijkheid dat een Bibob-advies zou worden ingewonnen zijn vooraf expliciet aan [eiseres] bekendgemaakt. Hierbij komt dat de provincie op basis van de in het Bibob-advies vermelde feiten en constatering heeft besloten tot uitsluiting van [eiseres]. Het Bibob-advies zelf is echter geen uitsluitingsgrond, evenmin als de Wet Bibob. Dat deze wet vooraf niet als uitsluitingsgrond is bekendgemaakt, doet dus niet ter zake. De rechtbank verwerpt het andersluidende standpunt van [eiseres].

Besluit tot uitsluiting gebrekkig gemotiveerd?

4.6. In de dagvaarding betoogt [eiseres] voorts (grondslag B) dat het besluit tot uitsluiting gebrekkig is gemotiveerd. Op de comparitie heeft [eiseres] deze grondslag van haar vordering echter ingetrokken. De rechtbank hoeft deze grondslag dus niet meer te beoordelen.

Geen gedragingen die uitsluiting rechtvaardigen?

4.7. Ten slotte voert [eiseres] aan (grondslag C) dat geen sprake is van gedragingen die haar uitsluiting rechtvaardigen. De rechtbank zal zich bij de beoordeling van deze grondslag om pragmatische redenen beperken tot de navolgende gedragingen die door de provincie aan de uitsluiting ten grondslag zijn gelegd.

4.8. Ten eerste is dat de onherroepelijk geworden veroordeling van [eiseres] wegens het niet voldoen aan de veiligheidsvoorschriften voor een bovengrondse stationaire opslagtank voor gasolie. Deze veiligheidsvoorschriften, die onder meer zijn neergelegd in de Wet Milieubeheer, kwalificeren als voor [eiseres] relevante beroepsgedragsregels. Gelet hierop doet de uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub b Aw 2012/artikel 3.5.4 sub b ARW 2012 zich voor: een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak op grond van de op [eiseres] van toepassing zijnde wet- en regelgeving wegens overtreding van een voor haar relevante beroepsgedragsregel. Daarnaast kwalificeert de gedraging van [eiseres] als ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012/artikel 3.5.4 sub c ARW 2012. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 kunnen immers onder meer milieudelicten in het algemeen als ernstige beroepsfout worden aangemerkt (TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 80).

4.9. Ten tweede zijn er de overtredingen van de Arbowet door Lek Sloopwerken B.V., op welke onderaannemer [eiseres] een beroep heeft gedaan ten behoeve van het voldoen aan de geschiktheidseisen. Naar aanleiding van deze overtredingen – het op onjuiste wijze toezicht houden op en uitvoeren van werkzaamheden voor het verwijderen van asbest of asbesthoudende producten – heeft Lek Sloopwerken B.V. geldboetes opgelegd gekregen. De rechtbank laat in het midden of deze geldboetes kunnen worden gelijkgesteld aan een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub b Aw/artikel 3.5.4 sub b ARW 2012, nu in ieder geval geldt dat deze gedragingen van Lek Sloopwerken B.V. kwalificeren als ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012/artikel 3.5.4 sub c ARW 2012. Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 kunnen immers onder meer overtredingen van voorschriften betreffende arbeidsomstandigheden in het algemeen als ernstige beroepsfout worden aangemerkt (TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 80). Naar het oordeel van de rechtbank heeft de provincie deze beroepsfouten van Lek Sloopwerken B.V. op goede gronden aan de uitsluiting van [eiseres] ten grondslag gelegd. Paragraaf 3.4.1 sub 2 van de selectieleidraad en van de inschrijvingsleidraad bepaalt immers kortgezegd dat indien op een onderaannemer, met wie de ondernemer beoogt te voldoen aan de geschiktheidseisen, een uitsluitingsgrond van toepassing is, deze onderaannemer door de aanbesteder niet zal worden geaccepteerd en de ondernemer – hier: [eiseres] – kan worden uitgesloten van deelneming aan de opdracht.

4.10. [eiseres] heeft van de bovengenoemde gedragingen van zichzelf en Lek Sloopwerken B.V. geen melding gemaakt in de Eigen Verklaring. Integendeel: [eiseres] heeft in de Eigen Verklaring verklaard dat geen van de uitsluitingsgronden op haar van toepassing zijn. Dit maakt de Eigen Verklaring tot een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub e Aw 2012/artikel 3.5.4 sub e ARW 2012. Ook die uitsluitingsgrond doet zich dus voor. De door [eiseres] aangevoerde omstandigheid dat zij ten tijde van de Eigen Verklaring al een gedragsverklaring aanbesteden had verkregen en overgelegd, doet daaraan niet af.

4.11. Gezien het voorgaande staat vast dat in beginsel grond bestaat voor uitsluiting van [eiseres] van deelname aan de aanbestedingsprocedure op grond van de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 2.87 lid 1 sub b, c en e Aw 2012/artikel 3.5.4 sub b, c en e ARW 2012.

Uitsluiting proportioneel?

- 4.12. Dan ligt nog de vraag voor of de uitsluiting van [eiseres] proportioneel is, met andere woorden: of de facultatieve uitsluitingsgronden ook daadwerkelijk tot uitsluiting van deelname aan de aanbestedingsprocedure hebben mogen leiden. Dit betreft een marginale toets.
- 4.13. De provincie stelt zich op het standpunt dat de uitsluiting van [eiseres] proportioneel is en voert daartoe het volgende aan. De opdracht heeft betrekking op een zeer in het oog springend project voor het vervangen van twee verouderde viaducten in de A348. Het project is ook politiek van groot belang; het wordt mede uitgevoerd in het kader van de Robuuste Investeringsimpuls. Daarnaast wijst de provincie erop dat het gaat om een langdurige opdracht met een looptijd van 15 jaar en een significante waarde van € 4 miljoen. Gelet op de meerjarige duur van het contract en de zichtbaarheid van het project acht de provincie het dan ook van groot belang dat ondernemingen waarmee zij samenwerkt integer en betrouwbaar zijn en zich houden aan de voor hen van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Het voldoen aan de toepasselijke wet- en regelgeving, waaronder op het gebied van milieu en arbeidsomstandigheden, is ook een wezenlijk onderdeel van de door de opdrachtnemer uit te voeren werkzaamheden. De provincie heeft er geen vertrouwen in dat [eiseres] een dergelijke betrouwbare en integere onderneming is. Volgens de provincie is sprake van een patroon van gedragingen die zij als niet-integer aanmerkt, te weten de strafbare feiten gepleegd door [eiseres] en haar bestuurders. Daarmee is volgens de provincie grote afbreuk gedaan aan de professionele geloofwaardigheid van [eiseres]. Er is volgens de provincie geen sprake van incidenten, hetgeen zij onderstreept met het feit dat volgens het rapport van het LBB een ernstig gevaar bestaat dat [eiseres] bij het uitvoeren van de opdracht strafbare feiten zal plegen.
- 4.14. De rechtbank onderschrijft het standpunt van de provincie dat de hierboven besproken gedragingen niet kunnen worden bestempeld als incidenten.
- Ten eerste worden onder meer milieudelicten en overtredingen van arbo-voorschriften, waarvan hier sprake is, volgens de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012 in het algemeen als ernstige beroepsfout aangemerkt (TK 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 80). Het gaat dus om bij uitstek relevante overtredingen. Daaraan doet niet af dat – zoals [eiseres] aanvoert – de opgelegde boete lager is dan € 35.000,00, zijnde de ondergrens voor weigering van een gedragsverklaring aanbesteden. Het gaat immers om meerdere boetes voor verschillende strafbare feiten, die in de Memorie van Toelichting als ernstige beroepsfouten zijn aangemerkt en die daarmee naar hun aard als ernstig verwijtbaar moeten worden beschouwd en, naar het oordeel van de rechtbank, bij elkaar opgeteld niet kunnen worden “gedekt” door een gedragsverklaring aanbesteden.
- In de tweede plaats zijn in 2015 opnieuw vier overtredingen door Lek Sloopwerken B.V. van asbestsaneringswetgeving geconstateerd, waarvoor ten tijde van het besluit inmiddels een boeterapport was opgesteld, maar nog geen boetebeschikking was genomen. Het is dus niet bij de eerdere overtredingen gebleven.
- Ten derde geldt dat na het invullen op 8 december 2014 van de Eigen Verklaring door [eiseres], de strafrechtelijke veroordeling bij vonnis van 28 januari 2015 van haar bestuurder [bestuurder A] tot een gevangenisstraf van twaalf maanden voorwaardelijk met een proeftijd van twee jaar wegens kortgezegd belastingfraude, op 15 november 2015 onherroepelijk is geworden. Dit is een ernstig feit. Daarbij komt dat [bestuurder A], in tegenstelling tot hetgeen [eiseres] betoogt, niet slechts aandeelhouder, maar (indirect) bestuurder is van [eiseres]. Dit blijkt uit het uittreksel uit het handelsregister dat is overgelegd als productie 5 bij antwoord. Volgens het uittreksel heeft [eiseres] drie bestuurders, te weten [bestuurder], [bestuurder B] en Europa Leasing B.V. [bestuurder A] is bestuurder van laatstgenoemde vennootschap en daarmee indirect bestuurder van [eiseres]. Dit blijkt ook uit het Bibob-vragenformulier van 7 april 2015, dat [bestuurder A] heeft ondertekend en waarop is aangegeven dat hij uiteindelijk zeggenschaphebbende en één van de uiteindelijk leidinggevenden van [eiseres] is.
- Ten slotte neemt de rechtbank in aanmerking dat [bestuurder] en [bestuurder B], zoals gezegd bestuurders van [eiseres], onherroepelijk zijn veroordeeld voor in totaal acht strafbare feiten,

namelijk valsheid in geschrifte. Het gaat daarbij onder meer om (het feitelijk leiding geven aan) het valselijk opmaken of vervalsen van manurenstaten.

4.15. Uit het voorgaande volgt dat de feiten waarop de uitsluiting is gebaseerd niet op zichzelf staan. Gezien het aantal, de ernst en het herhaald voorkomen van de feiten kan, anders dan [eiseres] meent, niet worden gesproken van incidenten. [eiseres] heeft niet weersproken dat het gelet op de aard van het project – tot de werkzaamheden behoort onder meer het verwijderen van asbesthoudende materialen – en de lange looptijd en hoge waarde ervan, zoals hierboven omschreven onder 4.13, van groot belang is dat de opdrachtnemer een professionele, betrouwbare en integere onderneming is die voldoet aan de toepasselijke wet- en regelgeving op het gebied van milieu en arbeidsomstandigheden. Gezien de ernst, omvang en het patroon van de feiten in samenhang met het voorwerp van de opdracht heeft de provincie in het kader van de proportionaliteitstoets dan ook kunnen beslissen dat het door [eiseres] voldoen aan de facultatieve uitsluitingsgronden ook daadwerkelijk tot uitsluiting van de inschrijving van [eiseres] mocht leiden.

Slotsom

4.16. De conclusie luidt dat de provincie [eiseres] op goede gronden van deelname aan de aanbestedingsprocedure heeft uitgesloten. Vordering I moet daarom worden afgewezen. De provincie heeft met de uitsluiting niet onrechtmatig jegens [eiseres] gehandeld. Vordering II is dus niet toewijsbaar op de grondslag onrechtmatige daad. Gelet hierop en omdat [eiseres] in het kader van de andere grondslag van haar vordering – wanprestatie – geen andere feiten en omstandigheden heeft aangevoerd, komt evenmin vast te staan dat de provincie jegens haar toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenis voortvloeiende uit de aanbestedingsstukken/regelgeving en uit de (precontractuele) goede trouw. Vordering II is daarom ook op die grondslag niet toewijsbaar. De afwijzing van de vorderingen I en II leidt tot afwijzing van de vorderingen III en IV. Hetgeen partijen meer of anders hebben aangevoerd leidt niet tot een ander oordeel en blijft daarom buiten bespreking.

4.17. [eiseres] wordt in het ongelijk gesteld en moet daarom de proceskosten dragen. De kosten aan de zijde van de provincie worden begroot op:

- griffierecht € 619,00
 - salaris advocaat 904,00 (2,0 punten × tarief € 452,00)
- Totaal € 1.523,00

5 De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten, aan de zijde van de provincie tot op heden begroot op € 1.523,00, te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt [eiseres] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [eiseres] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. N.W. Huijgen, mr. R.J.J. van Acht en mr. J.M.J.M. Doon en in het openbaar uitgesproken op 8 februari 2017.

Coll.: JC