

namens IBS), van IBS, zijn in Ballast Neerlands Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat van de opbrengst van de bekking de be- hij het geld hij thans ver- innen IBS te oordeelt de duele gedrag yalificeert als lid 3 onder

object in Polen rector van constructies om te verbloe- nanciering nog otten nog niet k dat bij het e was van on- schappen bin- in een aantal and naar be- en verstuurd

an beroep op de ratio van an inschrijver eer sprake is gelaten ech- mtech Polen, tijf in Neder- een ernstige lid 3 onder d hter, anders eze vraag be- id, deze fout nd en IBS dan gemeente had dere deelne- e. IBS en haar ken geweest rachtens de id 3 onder d frauduleuze e inschrijver sprake is van utsopvolging aanneming, die aangeven

voor de uitvoering van een opdracht de beschik- king te hebben over het benodigde materieel of personeel, geldt dat in dat geval de integriteit van die ander in aanmerking kan worden genomen bij de toetsing van de integriteit van de inschrijver. Hiervan is in casu geen sprake. IBS heeft zelfstan- dig op de aanbesteding ingeschreven en daarbij geen beroep gedaan op materieel of personeel van andere vennootschappen binnen het Imtech concern. Tussen IBS en Imtech Polen of Imtech Duitsland bestaat geen moeder-dochter relatie. Niet is gebleken dat IBS in het kader van de onderhavige aanbesteding financieel afhankelijk is van Imtech Polen, Imtech Duitsland, Royal Im- tech of Imtech Nederland of dat die vennootschap- pen invloed kunnen uitoefenen op de uitvoering van de litigieuze overeenkomst door IBS, in welk geval wel (het ontbreken van) de integriteit van die vennootschappen van het Imtech concern in aanmerking kan worden genomen bij de toetsing van de integriteit van IBS. Dit volgt niet zonder meer uit het aandeelhouderschap van de ene vennootschap in de andere.

4.14. Nu geen sprake is van een ernstige fout van IBS, is evenmin sprake van valse verklaringen van IBS of inlichtingen die door haar niet zijn ver- strekt in de zin van artikel 45 lid 3 onder g Bao. Deze uitsluitingsgrond is dan ook niet op IBS van toepassing.

4.15. De slotsom is dat de vordering van De Combinatie zal worden afgewezen en die van IBS zal worden toegewezen, met dien verstande dat de vordering van IBS om de gemeente te verbie- den de opdracht aan een ander dan aan haar te gunnen alleen zal worden toegewezen voor zover de gemeente nog een overeenkomst op basis van reeds gevoerde aanbestedingsprocedure wenst te sluiten.

4.16. De Combinatie zal als de in het ongelijk ge- stelde partij in de proceskosten worden veroor- deeld.

4.16.1. De kosten aan de zijde van de gemeente worden begroot op:

- griffierecht € 589,00
- salaris advocaat 816,00
Totaal € 1.405,00

4.16.2. De kosten aan de zijde van IBS worden begroot op:

- griffierecht € 589,00
- salaris advocaat 816,00
Totaal € 1.405,00

5 De beslissing

De voorzieningenrechter ten aanzien van de gemeente

5.1. wijst de vordering van De Combinatie af,
5.2. veroordeelt De Combinatie in de proceskos- ten, aan de zijde van de gemeente tot op heden begroot op € 1.405,00, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt De Combinatie in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat De Combinatie niet binnen veertien 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 beteke- ning van de uitspraak, ten aanzien van IBS

5.4. wijst de vordering van IBS om de vordering van De Combinatie af te wijzen toe,

5.5. verbiedt de gemeente om, voor zover zij nog een overeenkomst op basis van de reeds gevoerde aanbestedingsprocedure wenst te sluiten, de op- dracht aan een ander dan IBS te gunnen,

5.6. veroordeelt De Combinatie in de proceskos- ten, aan de zijde van IBS tot op heden begroot op € 1.405,00,

ten aanzien van de gemeente en IBS

5.7. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenver- oordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

In de uitspraak van de Voorzieningenrechter Rotterdam van 15 augustus 2013 draait het om de aanbestedingsrechtelijke consequenties als binnen een concern een vennootschap verwik- keld is in een fraudezaak. Is sprake van een ern- stige beroepsfout zoals bedoeld in art. 2:87 lid 3 Aanbestedingswet (voorheen: art. 45 onder c Bao)? Dient een heel concern te worden uitge- sloten van deelname aan Europese aanbestedin- gen, als er 'ergens' in de boom een fout is ge- maakt? Of kan een fout weliswaar aan een moedermaatschappij worden toegerekend, maar niet 'via de moeder' het gehele concern besmet- ten? De onderhavige uitspraak van de Rechtbank Rotterdam geeft een handvat hoe met deze functionele toerekening kan worden omgegaan.

De zaak betrof een aanbesteding door de gemeente Rotterdam, gewonnen door Imtech Building Services (IBS). Op de aanbesteding was het Bao van toepassing. Een verliezende inschrijver wees op de omvangrijke fraudezaak bij Imtech Duitsland B.V. met betrekking tot een vastgoedproject in Polen. Ook de Nederlandse top van zowel Imtech Nederland B.V. (de moedermaatschappij van IBS) als van de holding Royal Imtech N.V. zou daarbij betrokken zijn. Volgens de klager was dit te beschouwen als een ernstige fout in de beroepsuitoefening van IBS. Daarnaast speelde recentelijk een fraudezaak rond het project Kromhoutkazerne te Utrecht, waarbij IBS opdrachtnemer was. Een medewerker van IBS zou de opdrachtgever (een hoofdaannemer) een buitenproportionele gift hebben gedaan in de vorm van de verbouwing van een badkamer ten bedrage van ruim € 13.000. Ook dit diende te worden aangemerkt als een ernstige fout in de beroepsuitoefening door IBS, aldus de klager.

Een van de uitgangspunten in het (Europees) aanbestedingsrecht is, gelet op punt 43 van de considerans van richtlijn 2004/18/EG, dat voorkomen moet worden dat overheidsopdrachten worden gegund aan ondernemers die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan. Zulke ondernemers moeten worden uitgesloten zodra de aanbestedende dienst daarvan kennis heeft. In het Forposta-arrest van 13 december 2012¹ heeft het HvJ EU een stapsgewijze uitleg gegeven van deze facultatieve uitsluitingsgrond (art. 45 lid 2 onder d van de Richtlijn). Als eerste stelt het Hof vast dat de Richtlijn in sub d niet verwijst naar nationale regelingen en wettelijke regelingen, zoals in de uitsluitingsgronden onder a, b, e en f wel gebeurt. Voor sub d geldt dat de Lidstaten overeenkomstig hun nationaal recht en met eerbiediging van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van het lid bepalen. Het Hof vervolgt dat de begrippen uit sub d ('ernstige', 'fout', 'bij de beroepsuitoefening') derhalve worden gepreciseerd en verduidelijkt naar natio-

naal recht, echter met eerbiediging van het Unierecht. De rechtbank vat in r.o. 4.10 de essentie van het arrest samen:

'Het begrip ernstige fout omvat dus volgens het HvJ elk onrechtmatig gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat invloed heeft op zijn professionele geloofwaardigheid, gewoonlijk gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst.'

De rechtbank gebruikt deze criteria uit de Europese jurisprudentie om te beoordelen of sprake is van een ernstige fout bij de beroepsuitoefening. In het geval van de badkamer oordeelt de rechtbank dat niet weersproken is dat het om een individuele actie van een werknemer van IBS ging, zonder opdracht of medeweten van de directie van de vennootschap. De rechtbank acht het onrechtmatig handelen van deze individuele werknemer onvoldoende om de professionele geloofwaardigheid van IBS aan te tasten.

Met betrekking tot de (boekhoud)fraude bij het Poolse vastgoedproject en de rol van Imtech Nederland en Royal Imtech hierbij, gaat de rechtbank niet in op de vraag of dit een ernstige fout bij de beroepsuitoefening is. De rechtbank spitst de beoordeling toe op de vraag of dit handelen aanbestedingsrechtelijke gevolgen moet hebben voor IBS. De rechtbank zoekt hiervoor aansluiting bij de wetsgeschiedenis van art. 45 lid 3 onder d Bao:

'Krachtens de nota van toelichting op art. 45 lid 3 onder d Bao vindt functionele toerekening van frauduleuze handelingen eerst plaats wanneer de inschrijver uit meerdere deelnemers bestaat, er sprake is van moeder- of dochterbedrijven, van rechtsopvolging (fusie, splitsing, e.d.), of van nevenaanneming.'

De passage in de nota van toelichting is ontleend aan de BIBOB-regels. Deze regelgeving is al enige tijd vervallen. Bij de BIBOB-regels ging het om onregelmatig handelen door een natuurlijk persoon in dienst van (en handelend namens) een onderneming, dat wordt toegerekend aan die onderneming en vervolgens leidt tot uitsluiting van die onderneming. Een voorbeeld

¹ HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, *Forposta SA / Poczta Polska SA* («JAAN» 2013/04).

is een leidinggevende die met het oog op het verkrijgen van een opdracht een ambtenaar heeft omgekocht.

In de toelichting bij de BIBOB-regels valt over functionele toerekening te lezen:

'Eenzelfde functionele toerekening van frauduleuze handelingen als hierboven is aangegeven ten aanzien van handelingen van o.a. leidinggevenden zal plaatsvinden wanneer de gegadigde of zijn onderaannemer uit meerdere deelnemers bestaat, er sprake is van moeder- of dochterbedrijven, van rechtsopvolging (fusie, splitsing, e.d.), of van nevenaanneming. (...) Dat betekent dat bij combinaties of samenwerkingsverbanden de integriteit van alle deelnemers aan de combinatie of leden van het samenwerkingsverband wordt onderzocht. Indien vervolgens blijkt dat één van de deelnemers aan de combinatie of leden van het samenwerkingsverband fraude heeft gepleegd dan kan dit tot gevolg hebben dat de gehele combinatie of het gehele samenwerkingsverband wordt uitgesloten. (...) Voor moeder- en dochterbedrijven die (...) aangeven voor de uitvoering van een opdracht de beschikking te hebben over het benodigde materieel of personeel, etc. van de ander geldt dat in dat geval de integriteit van die ander in aanmerking kan worden genomen bij de toetsing van de integriteit van de gegadigde. (...) Het ligt in het logische verlengde van deze uitspraken om een gegadigde die voor het voldoen aan bepaalde selectiecriteria aangeeft zich te kunnen kwalificeren op grond van referenties van het moederbedrijf, de integriteit van dit moederbedrijf mee te wegen bij de beoordeling van de integriteit van de gegadigde. Indien dat moederbedrijf aldus fraude heeft gepleegd, kan het zijn dat de gegadigde vanwege de fraude van het moederbedrijf wordt uitgesloten. Daar staat tegenover dat een gegadigde niet automatisch kan worden uitgesloten wanneer zijn moederbedrijf fraude heeft gepleegd. Met name zal dit niet mogelijk zijn, indien de gegadigde aangeeft volledig (o.a. financieel) onafhankelijk te zijn van het moederbedrijf en het moederbedrijf geen enkele invloed kan uitoefenen op de uitvoering van de overeenkomst door de gegadigde.'

De Rechtbank Rotterdam volgt deze redenering bij de beoordeling of de fraude in Polen door Imtech Duitsland en de rol van de Nederlandse topvennootschappen Imtech Nederland en Royal Imtech, aan IBS moeten worden toegerekend. De rechtbank oordeelt dat IBS geen beroep doet op een van de genoemde vennootschappen en dat daar dan ook geen grond voor toerekening ontstaat. De rechtbank oordeelt vervolgens dat IBS geen rechtstreekse (moeder-dochter) relatie heeft met Imtech Duitsland. Tot slot oordeelt de rechtbank dat de genoemde vennootschappen geen invloed uitoefenen op de wijze waarop IBS de overeenkomst met de gemeente Rotterdam zal uitvoeren – de enkele aandeelhoudersrelatie is daarvoor onvoldoende.

Het is duidelijk dat de rechtbank laveert tussen de dilemma's zoals in de aanhef van deze noot geschetst. De rechtbank meent dat IBS niet hoeft te lijden onder de fraude bij Imtech Duitsland en de betrokkenheid van de moedermaatschappij Imtech Nederland en de holding Royal Imtech. De rechtbank heeft – via het Bao – aansluiting gezocht bij de overwegingen van de Nederlandse wetgever bij de BIBOB-regels. Je zou kunnen stellen dat de rechtbank het begrip 'ernstige fout bij de beroepsuitoefening' hiermee conform het nationale recht heeft uitgelegd.

De vraag die voor de toekomst kan worden gesteld is of de gevolgde redenering bestand is tegen de tand des tijd. Het Bao is thans vervallen (1 april 2013) en de betreffende BIBOB-regels waren reeds eerder vervallen (31 oktober 2011). In de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet is bij art. 2:87 onderdeel c geen passage over functionele toerekening opgenomen:

'Onderdeel c van het eerste lid implementeert art. 45, tweede lid, onderdeel d, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van een beroep kan leiden tot uitsluiting. Dit begrip is nog niet nader ingevuld in communautaire wetgeving of jurisprudentie. Wel is duidelijk dat de ernstige fout gerelateerd moet zijn aan de uitoefening van het beroep. Het begrip beroepsfout is ruimer dan bij voorbeeld bouwfouten of andere technische fouten. (...)'

Verder is goed mogelijk dat de Europese rechter een (eigen) oordeel heeft over dergelijke functioneel toerekening binnen een concern. Een aanbestedende dienst die zich voor een dergelijk dilemma gesteld ziet, dient dan ook zeer zorgvuldig te handelen – zowel in het geval dat tot uitsluiting wordt besloten² als in het geval geoordeeld wordt dat de fout 'te ver verwijderd' is en om die reden niet functioneel wordt toegerekend.

W.M. Ritsema van Eck
Advocaat bij Legaltree

207

Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland
(zittingsplaats Arnhem)
28 augustus 2013, nr. C/05/247077 / KG ZA
13-400, ECLI:NL:RBGEL:2013:4134
(mr. Boonekamp)
Noot mr. M.G.G. van Nisselroij

Geen rechtsverwerking klacht inschrijver. Uitleg aanbestedingsstukken. Geen onrealistische inschrijving. Interpretatie eis door eiseres onjuist. Ondeugdelijk gunningscriterium. Geen bevel tot heraanbesteding wegens afwezigheid benadeling eiseres als gevolg van ondeugdelijk gunningscriterium.

[Bao; Aanbestedingswet 2012 art. 2.130; Wira art. 6 lid 1]

De aanbestedende dienst start in februari 2013 een Europese openbare aanbesteding voor het leerlingenvervoer van leerlingen die wonen in de gemeenten Lingewaard en Overbetuwe voor het schooljaar 2013-2014. Er kan worden ingeschreven op het perceel Lingewaard en het perceel Overbetuwe. In de offerteaanvraag staat dat de inschrijving rechtsgeldig moet zijn ondertekend en moet voldoen aan de eisen die eraan zijn gesteld. Eventuele onduidelijkheden en/of tegenstrijdigheden moeten uiterlijk vijf dagen na verzending van de Nvl worden gemeld, bij gebreke waarvan ieder recht om

² Vergelijk de recente ZCN-uitspraken van de voorzieningenrechter te Den Haag, 17 april 2013 (LJN BZ7736) en de voorzieningenrechter te Rotterdam van 26 april 2013.

te ageren vervalt. In antwoord op de vraag in de eerste Nvl of de digitale versie van de inschrijving een kopie van de getekende originele versie kan zijn, meldt de aanbestedende dienst dat dit een getekende versie moet zijn. In de tweede Nvl meldt de aanbestedende dienst dat zij een eis aan de offerteaanvraag heeft toegevoegd ter voorkoming van strategisch inschrijven: 'Bij de staffel voor de beladingsgraad mag het onderlinge verschil met boven of onder liggende staffel niet groter zijn dan 30%. De aanbestedende diensten verwachten realistische inschrijfsommen.' Er bestaan vier staffels voor de beladingsgraden, namelijk staffel 4, 5, 6 en 7. Per staffel (en per perceel) moet een prijs per beladen kilometer worden geoffreerd. Onder meer eiseres schrijft in op beide percelen. De aanbestedende dienst bericht eiseres dat haar inschrijving voor perceel Lingewaard is uitgesloten van de aanbesteding, omdat eiseres bij staffel 4 en 5 heeft ingeschreven met €1, hetgeen naar het oordeel van de aanbestedende dienst geen realistische inschrijfsommen zijn. Bovendien is het onderlinge verschil tussen staffel 5 en 6 vele malen hoger dan de toegestane 30% afwijking, zoals omschreven in de tweede Nvl. De aanbestedende dienst wenst aan een ander te gunnen. Eiseres maakt bezwaar en stelt dat zij wel met een realistische prijs heeft ingeschreven en dat de in de Nvl geformuleerde eis ten aanzien van de toegestane afwijking van 30% ten opzichte van de naastgelegen staffel voor meerdere uitleg vatbaar is en zij volgens de door haar gevolgde uitleg aan de betreffende eis heeft voldaan. De advocaat van de aanbestedende dienst antwoordt op 8 juli 2013 dat de interpretatie van eiseres van de eis in de tweede Nvl onjuist is, en dat er nog een reden voor ongeldigheid van de inschrijving van eiseres op het perceel Lingewaard aanwezig is, te weten dat de digitale versie van de inschrijving niet is ondertekend door eiseres. Eiseres start een kort geding en vordert onder meer een heraanbesteding. Zij stelt dat de eis uit de tweede Nvl op meerdere manieren kan worden uitgelegd, hetgeen in strijd is met het verbod op willekeur. Eiseres stelt zich daarnaast op het standpunt dat haar inschrijving realistisch en niet strategisch is en daarmee ten onrechte ongeldig is verklaard. Tot slot stelt eiseres ten aanzien van de nieuwe grond voor ongeldigheid die de aanbestedende dienst heeft aangevoerd dat het in strijd is met de beginselen van het aanbestedingsrecht om achteraf, op basis van niet eerder naar voren gebrachte redenen, een inschrijving alsnog terzijde te leggen.