

# vonnis

---

## RECHTBANK NOORD-HOLLAND

Afdeling privaatrecht  
Sectie Handel & Insolventie

zaaknummer / rolnummer: C/15/203052 / KG ZA 13-231

### Vonnis in kort geding van 6 augustus 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**CONNEXION TAXI SERVICES B.V.**,  
gevestigd te IJsselmuiden,  
eiseres,  
advocaat mrs. J.F. van Nouhuys en C.R.V. Lagendijk te Rotterdam,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon  
**GEMEENTE HOORN**,  
zetelend te Hoorn,  
gedaagde,  
advocaat mr. S.P. Dalmolen te Amsterdam

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**ZORGVERVOERCENTRALE NEDERLAND B.V., h.o.d.n. ZCN**,  
gevestigd te Rotterdam,  
tussenkommende partij,  
✓advocaat mrs. P.F.C. Heemskerk en J.M.E. Yilmaz te Utrecht.

Partijen zullen hierna Connexion, de Gemeente en ZCN genoemd worden.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de incidentele conclusie tot tussenkomst van ZCN
- de conclusie van antwoord van ZCN
- de mondelinge behandeling
- het mondelinge vonnis waarbij de voorzieningenrechter de incidentele vordering tot tussenkomst heeft toegewezen
- de pleitnota van Connexion
- de pleitnota van de Gemeente
- de pleitnota van ZCN.

---

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2. De feiten**

2.1. Op 1 maart 2013 heeft de Gemeente de Europese openbare aanbesteding aangekondigd van de opdracht "Leerlingenvervoer West-Friesland, perceel 4", (hierna: de opdracht). De opdracht betreft het vervoer van leerlingen naar scholen voor speciaal onderwijs in de regio West-Friesland. Op de aanbesteding is het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsoverdrachten (Bao) van toepassing. Als gunningscriterium gold de economisch meest voordelige inschrijving.

2.2. Eveneens op 1 maart 2013 is een Offerteaanvraag gepubliceerd en een Programma van Eisen (PvE). Op 5 en 9 april 2013 zijn Nota's van Inlichtingen gepubliceerd.

2.3. In paragraaf 3 van de Offerteaanvraag is vermeld dat inschrijvers onder meer met de Eigen Verklaring konden aantonen dat de uitsluitingsgronden niet op hem/haar van toepassing zijn. In de Eigen Verklaring heeft de Gemeente een aantal facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaard. De uitsluitingsgronden houden in dat een inschrijver van deelname aan de aanbesteding wordt uitgesloten, indien zijn onderneming, of een bestuurder ervan, in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan (3.4) en indien zijn onderneming bij het verstrekken van inlichtingen die door de aanbestedende dienst van hem waren verlangd in het kader van aanbestedingsprocedures, zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen of zijn onderneming deze inlichtingen niet of niet volledig heeft verstrekt (3.6).

2.4. Connexxion, ZCN/de BIOS-groep en een derde partij hebben op de aanbesteding ingeschreven.

2.5. Op 25 april 2013 heeft de Gemeente een tabel met de aan de inschrijvers toegekende scores op Tendered geplaatst, waaruit blijkt dat de aanbesteding was gewonnen door ZCN/de BIOS-groep.

2.6. Diezelfde dag heeft de Gemeente Connexxion onder meer het volgende bericht.

"Resultaat van de beoordeling:

Uw inschrijving is als volgt beoordeeld:

U voldoet aan alle uitsluitings- en geschiktheidseisen. Op de gunningcriteria: Borging kwaliteitseisen PvE en Bonus ch heeft u minder punten gescoord dan ZCN. Zie bijlage."

2.7. Op 20 november 2012 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit de BIOS-groep, waar ZCN deel van uitmaakt, en twee andere ondernemingen een boete opgelegd van € 643.000,00 wegens overtreding van artikel 6 Mededingingswet (kartelverbod) gedurende de periode van 17 april 2009 tot en met 1 maart 2011. ZCN heeft tegen dit besluit een bezwaarschrift ingediend, waarop nog niet is beslist.

---

### **3. Het geschil**

3.1. Connexxion vordert, na zonder procesrechtelijk bezwaar van de Gemeente en ZCN haar eis te hebben gewijzigd, dat de voorzieningenrechter bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,

3.1.1. de Gemeente zal verbieden de opdracht aan ZCN te gunnen en de Gemeente zal veroordelen de inschrijvingen opnieuw en volledig te (doen) beoordelen door een volledig nieuw beoordelingsteam, althans het bestaande beoordelingsteam, conform de vooraf door de Gemeente bekend gemaakte toetsingskaders en met inachtneming van het te wijzen vonnis, op straffe van verbeurte van een dwangsom

3.1.2. de Gemeente zal veroordelen zodanige transparantie te geven omtrent de herbeoordeling van de inschrijving van ZCN, althans de bestaande beoordeling, dat door Connexxion in voldoende mate kan worden geverifieerd dat de beoordeling door de Gemeente heeft plaatsgevonden conform de kaders van de Offerteaanvraag en de Gemeente zal veroordelen alle inschrijvers in staat te stellen daartegen bezwaar te maken conform de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteding (Wira), op straffe van verbeurte van een dwangsom

3.1.3. één en ander met veroordeling van de Gemeente in de kosten van het geding, alsmede de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de 15<sup>e</sup> dag na het wijzen van het vonnis.

3.2. De Gemeente voert verweer.

3.3. ZCN vordert bij incidentele conclusie dat de voorzieningenrechter haar zal toestaan tussen te komen in de procedure tussen Connexxion en de Gemeente.

3.4. In de hoofdzaak concludeert ZCN tot niet-ontvankelijkverklaring van Connexxion, althans afwijzing van haar vorderingen. Voorwaardelijk, voor het geval dat nodig zou blijken te zijn, vordert ZCN dat de voorzieningenrechter de Gemeente zal veroordelen het gunningsvoornemen ongewijzigd te laten en binnen veertien dagen na het te wijzen vonnis over te gaan tot het sluiten van de overeenkomst met ZCN, met veroordeling van Connexxion in de kosten van het geding, alsmede de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de 15<sup>e</sup> dag na het wijzen van het vonnis.

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

### **4. De beoordeling**

4.1. De incidentele vordering van ZCN om in de hoofdzaak te mogen tussenkomen is ter zitting toegewezen. De voorzieningenrechter acht geen termen aanwezig voor een kostenveroordeling in het incident.

t.a.v. de vordering van Connexxion

4.2. Connexxion legt aan haar vordering ten grondslag dat de Gemeente ZCN ten onrechte niet heeft uitgesloten van deelname aan de aanbesteding. Volgens Connexxion zijn de twee facultatieve uitsluitingsgronden genoemd onder 2.3 op ZCN van toepassing, nu zij zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van het kartelverbod, waarvoor de NMA haar een

---

boete heeft opgelegd, en ZCN voorts in een eerdere aanbesteding, en mogelijk ook in de onderhavige, heeft nagelaten dat in haar Eigen Verklaring te vermelden.

4.3. Voorts stelt Connexxion dat de Gemeente in strijd met artikel 6 Wira de gunningsbeslissing onvoldoende heeft gemotiveerd. De Gemeente had volgens Connexxion moeten toelichten waarom zij ZCN, ondanks dat de uitsluitingsgronden op haar van toepassing zijn, niet van deelname aan de aanbesteding heeft uitgesloten. Door het ontbreken van een afdoende motivering is Connexxion niet in staat te controleren of de Gemeente de aanbestedingsvoorwaarden op juiste wijze heeft toegepast.

4.4. Connexxion concludeert uit hetgeen zij onder 4.2 en 4.3 stelt dat de Gemeente in de onderhavige aanbesteding heeft gehandeld in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. De voorgenomen gunning kan daarom volgens Connexxion niet in stand blijven.

4.5. De Gemeente voert aan dat zij ZCN niet van deelname aan de aanbesteding heeft uitgesloten, omdat de omstandigheid dat zij is beboet door de NMA naar haar oordeel niet is aan te merken als een ernstige beroepsfout. Zij wijst erop dat het begrip “ernstige beroepsfout” in de Nederlandse aanbestedingsregelgeving niet is uitgewerkt, zodat een aanbestedende dienst een zekere vrijheid heeft bij de beoordeling of een gedraging al dan niet als ernstige fout moet worden aangemerkt. De Gemeente voert aan dat zij kennis heeft genomen van de beslissing van de NMA en alle relevante omstandigheden heeft afgewogen. Daarbij heeft zij onder meer in aanmerking genomen dat de beslissing van de NMA niet onherroepelijk is, dat ZCN maatregelen heeft getroffen om herhaling van de vastgestelde overtredingen te voorkomen, dat sinds de overtreding een periode van twee jaar is verstreken en dat ZCN de Gemeente tijdig van de boete op de hoogte heeft gebracht. Na afweging van deze omstandigheden is de Gemeente tot het oordeel gekomen dat de gedragingen niet als ernstige beroepsfout zijn te kwalificeren. Indien wel sprake zou zijn van een ernstige fout, acht de Gemeente uitsluiting van ZCN disproportioneel.

4.6. Wat de motivering van de gunningsbeslissing betreft voert de Gemeente aan dat de inschrijvingen op de subcriteria (borging kwaliteitseisen en besteding jaarlijks te verstrekken bonus) zijn beoordeeld door een deskundige en objectieve beoordelingscommissie. Deze beoordeling is verwerkt tot een scorematrix die aan de inschrijvers is toegezonden. Bij brief van 14 juni 2013 heeft de Gemeente Connexxion nog een nadere toelichting op de toegekende scores verstrekt. De Gemeente is van oordeel dat zij aldus ruimschoots heeft voldaan aan in de Wira neergelegde motiveringsplicht en dat er geen grond is om de inschrijvingen te laten herbeoordelen.

4.7. ZCN betwist dat zij in de onderhavige aanbesteding een valse Eigen Verklaring heeft ingediend. Zij voert aan dat uit de literatuur en de jurisprudentie van vóór 17 april 2013 volgt dat slechts een onherroepelijke uitspraak als ernstige beroepsfout kwalificeert. De voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag heeft echter in een vonnis in kort geding van 17 april 2013 geoordeeld dat de door de NMA vastgestelde overtreding van het kartelverbod, ook als daarover nog geen onherroepelijk besluit is genomen, als ernstige beroepsfout heeft te gelden. ZCN heeft van dat vonnis geappelleerd. In verband met dit oordeel van de voorzieningenrechter Den Haag heeft ZCN, naar zij aanvoert, in de onderhavige aanbesteding in de Eigen Verklaring aangekruist dat de uitsluitingsgrond van “ernstige beroepsfout” op haar van toepassing is en daarbij een verklaring gevoegd waarin zij toelicht waar-

---

om zij meent dat geen sprake is van een ernstige beroepsfout en, mocht dat wel zo zijn, dat uitsluiting van ZCN disproportioneel zou zijn.

4.8. ZCN betwist voorts dat zij in andere aanbestedingen een valse Eigen Verklaring heeft afgelegd. Zij voert ook aan dat, indien dat wel het geval zou zijn, het afleggen van een valse verklaring in een eerdere aanbesteding voor de onderhavige niet relevant is. Ter onderbouwing wijst zij op de Toelichting Uniforme eigen verklaring aanbestedingen van de Rijksoverheid, waaruit blijkt dat een valse Eigen Verklaring slechts consequenties kan hebben voor de aanbesteding waarin die verklaring wordt ingediend.

4.9. De voorzieningenrechter overweegt als volgt. Bij dagvaarding heeft Connexxion primair gevorderd dat de voorzieningenrechter de Gemeente zal verbieden de opdracht te gunnen aan ZCN, althans aan een ander dan Connexxion. Ter zitting heeft zij haar eis gewijzigd als onder 3.1 vermeld. Kern van de zaak is thans dat Connexxion de Gemeente verwijt dat zij niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom zij de onder 2.3 genoemde uitsluitingsgronden niet op ZCN van toepassing acht. Daarom moet, aldus Connexxion, een herbeoordeling van de inschrijvingen plaatsvinden, waarbij de Gemeente zodanige transparantie dient te verschaffen dat Connexxion de herbeoordeling kan controleren.

4.10. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter staat, gelet op het bepaalde in artikel 6 Wira, echter geenszins vast dat de Gemeente gehouden is de transparantie te verschaffen als door Connexxion beoogd.

4.11. In artikel 6 Wira is bepaald, voor zover hier van belang, dat de mededeling aan iedere inschrijver of gegadigde van een gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing dient te bevatten. In artikel 1 sub n Wira worden de relevante redenen gedefinieerd als “de beschrijving van de redenen, bedoeld in artikel 41, tweede tot en met vijfde lid van het Bao (...)”. Artikel 41 lid 2 tot en met 5 Bao verplicht de aanbestedende dienst, kort gezegd, om een verliezende inschrijver in kennis te stellen van de redenen voor de afwijzing van zijn inschrijving en van de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving, alsmede van de naam van de begunstigde.

4.12. De verantwoordingsplicht van artikel 6 Wira en artikel 41 Bao gaat dus niet zover dat een aanbestedende dienst gehouden zou zijn de afgewezen gegadigden te informeren over de afwegingen die ertoe hebben geleid om uitsluitingsgronden al dan niet van toepassing te achten.

4.13. In het onderhavige geval is er sprake van een boetebesluit van de NMA, waartegen een bezwaarprocedure loopt. ZCN heeft dat aan de Gemeente gemeld en heeft voorts kenbaar gemaakt welke lessen zij uit de procedure bij de NMA heeft getrokken. De Gemeente heeft daarop besloten ZCN niet van de onderhavige aanbesteding uit te sluiten. Mede gelet op de beoordelingsvrijheid die een aanbestedende dienst bij het beoordelen van inschrijvingen toekomt, kan die beslissing naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet apert onbegrijpelijk worden geacht.

4.14. Bij die stand van zaken is er geen plaats voor toewijzing van de door Connexxion gevraagde voorzieningen. Connexxion zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het geding.

---

4.15. De kosten aan de zijde van de Gemeente en aan de zijde van ZCN worden voor elk van hen begroot op:

- griffierecht	€	589,00
- salaris		<u>816,00</u>
Totaal	€	1.405,00

4.16. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toewijsbaar voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

t.a.v. de vordering van ZCN

4.17. ZCN heeft in de hoofdzaak gevorderd dat de voorzieningenrechter de Gemeente zal veroordelen het gunningsvoornemen ongewijzigd te laten en binnen veertien dagen na het te wijzen vonnis over te gaan tot het sluiten van de overeenkomst met ZCN. ZCN heeft bij deze vordering geen belang, nu de Gemeente ter zitting kenbaar heeft gemaakt de opdracht aan haar te willen gunnen. Er zijn geen redenen om aan te nemen dat zij dat niet zal doen. De door ZCN gevraagde voorziening zal daarom worden geweigerd. ZCN zal worden veroordeeld in de kosten van de Gemeente. Die kosten zullen worden begroot op nihil, aangezien niet aannemelijk is dat de Gemeente in verband met de vordering van ZCN extra kosten heeft gemaakt.

## **5. De beslissing**

De voorzieningenrechter

t.a.v. de vordering van Connexxion

5.1. weigert de gevraagde voorziening,

5.2. veroordeelt Connexxion in de kosten van het geding tot aan de uitspraak van dit vonnis aan de zijde van de Gemeente en aan de zijde van ZCN voor elk van hen begroot op € 1.405,00,

5.3. veroordeelt Connexxion in de na dit vonnis ontstane kosten, aan de zijde van de Gemeente en aan de zijde van ZCN begroot op € 131,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat Connexxion 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, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van de 15<sup>e</sup> dag na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

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

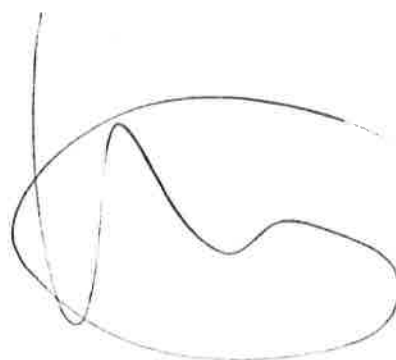
t.a.v. de vordering van ZCN

5.5. weigert de gevraagde voorziening,

---

5.6. veroordeelt ZCN in de kosten, aan de zijde van de Gemeente voor zover betrekking hebbend op de vordering van ZCN begroot op nihil.

Dit vonnis is geweest door mr. Th.S. Röell en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier op 6 augustus 2013.



**VOOR FOTOKOPIE CONFORM  
AFGEGEVEN**  
de griffier



VOOR FOTOKOPIE CONFORM  
AFGEGEVEN  
de griffier

