

De gemeente heeft op de door de inschrijvers af te geven Eigen Verklaring alle verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden aangekruist en daarmee van toepassing verklaard op deze aanbesteding. Eiseres heeft op deze aanbesteding ingeschreven. Na beoordeling van de inschrijvingen heeft de gemeente eiseres laten weten dat haar inschrijving als tweede is geëindigd en dat zij voornemens is de opdracht aan KPN te gunnen.

Eiseres stelt dat de gemeente zich bij het nemen van de nieuwe voorlopige gunningsbeslissing niet kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets, maar gehouden was om aan alle uitsluitingsgronden te toetsen. Die toets dient er volgens eiseres toe te leiden dat de inschrijving van KPN wordt uitgesloten nog voordat de gemeente aan een proportionaliteitstoets kan toekomen. Eiseres stelt zich op het standpunt dat KPN zich niet alleen schuldig heeft gemaakt aan ernstige beroepsfouten, maar dat uit de Eigen Verklaring blijkt dat KPN hierover een valse verklaring heeft afgelegd. Bovendien is sprake van een derde uitsluitingsgrond, namelijk die van de onherroepelijke veroordeling.

Vonnis 30 september 2016

De voorzieningenrechter heeft op 30 september 2016 in deze zaak vonnis gewezen (zaaknummer/rolnummer 418882 / KG ZA 16-523). In dit vonnis is geconcludeerd dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbeveiliging en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw (ernstige beroepsfout) van toepassing is. De voorzieningenrechter heeft daarom beslist dat de voorlopige gunningsbeslissing moest worden ingetrokken, dat de inschrijving van KPN moest worden onderworpen aan een proportionaliteitstoets door het verwerkingsteam van de gemeente en dat de gemeente, indien zij de opdracht nog wenste te gunnen, na de herbeoordeling een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing moest nemen. De gemeente is tot slot veroordeeld om een kopie van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring aan eiseres te sturen en, indien zij de opdracht na de herbeoordeling nog steeds aan KPN wenst te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing neemt, eiseres daarbij gemotiveerd mee te delen waarom de inhoud van de Eigen Verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten.

Integrale herbeoordeling

122

Voorzieningenrechter Rechtbank
Midden-Nederland
3 maart 2017, nr. C/16/418882/KG ZA 16-523,
ECLI:NL:RBMNE:2017:1076
(mr. Killian)
Noot mr. M.W. Speksnijder en mr. M. van den
Brink

Uitsluiting. Ernstige fout in de uitoefening van het beroep. Proportionaliteit uitsluiting. Valse verklaring. Eigen verklaring. Herbeoordeling.

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.87]

De gemeente Utrecht (hierna: de gemeente) heeft op 1 april 2016 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor een "Workforce Management oplossing" (WFM-oplossing).

De gemeente en KPN stellen zich op het standpunt dat de gemeente zich op grond van het vonnis van 30 september 2016 kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets en dat er dus geen integrale herbeoordeling van de inschrijving van KPN hoefde plaats te vinden.

De voorzieningenrechter volgt de gemeente en KPN niet in dit standpunt. De gemeente is in het vonnis immers ook veroordeeld om aan eiseres een kopie van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring toe te sturen en, indien zij de opdracht na de herbeoordeling van de inschrijving van KPN nog steeds aan KPN wenste te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing zou nemen, eiseres daarbij gemotiveerd mee te delen waarom de inhoud van de Eigen Verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten. De gemeente kon zich dus niet beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets.

Valse verklaring

Beoordeeld dient te worden of KPN in haar Eigen Verklaring een valse verklaring heeft afgelegd als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onderdeel e Aw. De voorzieningenrechter stelt vast, dat KPN door ondertekening van de Eigen Verklaring heeft verklaard dat er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Zij heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in paragraaf 7.1 te verklaren dat er een uitsluitingsgrond is waaraan niet is voldaan en toe te lichten waarom dit niet tot uitsluiting zou mogen leiden. KPN heeft wel gelijktijdig met de Eigen Verklaring een document genaamd 'Toelichting op Eigen Verklaring' op TenderNed ge-upload. Hierin verklaart KPN dat zij in de Eigen Verklaring naar waarheid heeft aangegeven dat er in de relevante periode geen sprake is geweest van ernstige fouten in de zin van artikel 2.87 Aw, maar attendeert zij de gemeente erop dat concurrenten in een eerdere situatie – die nog onder de rechter is – hebben geprobeerd de aanbestedende dienst ervan te overtuigen dat thans met de ACM lopende kwesties als een ernstige fout zouden moeten worden aangemerkt. Zij wijst de gemeente erop dat zolang een kwestie in rechte nog ter discussie staat, er niet van een inschrijver kan of mag worden verwacht dat hij verklaart dat hij een (ernstige) fout heeft gemaakt. Vervolgens licht KPN een drietal kwesties toe waarin de ACM aan KPN een boete heeft opgelegd.

De voorzieningenrechter stelt vast dat KPN in haar Eigen Verklaring ten onrechte heeft verklaard dat er op haar geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, nu in het vonnis van 30 september 2016 is

geoordeeld dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw van toepassing is. De voorzieningenrechter is, daarbij aansluitend bij het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 4 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:2816) en het door eiseres overgelegde vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 31 oktober 2016 (KPN/Nationale Politie, C/09/515800/KG ZA 16/951), van oordeel dat in de gegeven omstandigheden voor een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver als KPN er geen twijfel over kon bestaan dat de door de ACM beboete gedragingen ten aanzien van de ISDN-lijnbewaking en *21 Online kwalificeren als ernstige fout in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw. Het moet voor KPN duidelijk zijn geweest dat de gedragingen ten aanzien van de ISDN-lijnbewaking en *21 Online in de Eigen Verklaring gemeld hadden moeten worden, ook als zij deze gedraging zelf niet als ernstige fout beschouwt en zij het met het oordeel van de ACM niet eens is. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat KPN op dit punt in de Eigen Verklaring een valse verklaring heeft afgelegd.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat aan het voorgaande niet afdoet dat KPN de gemeente door middel van een separate toelichting heeft geïnformeerd over de ACM-boetes. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan de door KPN gegeven toelichting niet kan worden aangemerkt als een toelichting bij de Eigen Verklaring, omdat in paragraaf 7.1 van de Eigen Verklaring geen verwijzing naar deze toelichting is opgenomen en het toevoegen van een bijlage bij de Eigen Verklaring alleen mogelijk is als het betreffende invulveld te weinig ruimte biedt en in het invulveld waarin naar de bijlage wordt verwezen duidelijk de titel van de bijlage is vermeld.

Doordat in de Eigen Verklaring geen verwijzing naar de toelichting is opgenomen, bestrijken de door ondertekening af te leggen verklaringen immers niet wat in de separate toelichting is vermeld. De toelichting zelf is bovendien niet ondertekend en uit de toelichting blijkt niet door wie zij is opgesteld.

Conclusie

Gezien het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat KPN zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onderdeel e Aw. Nu voor het toepassen van een proportionali-

teitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond geen ruimte bestaat, had de gemeente de inschrijving van KPN op die grond moeten uitsluiten. De voorlopige gunningsbeslissing van 3 november 2016 kan daarom niet in stand blijven.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],
eiseres in de hoofdzaak,
verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,
advocaat mr. M.J.J.M. Essers te Amsterdam,
tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE UTRECHT,
zetelend te Utrecht,
gedaagde in de hoofdzaak,
verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,

advocaat mr. S.C. Brackmann te Rotterdam.
in welke zaak wenst tussen te komen:
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
KPN B.V.,

gevestigd te 's-Gravenhage,
verzoekster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,
advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam.
Partijen zullen hierna [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], de gemeente en KPN genoemd worden.

1 De procedure

- 1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de dagvaarding van 30 november 2016
 - de producties van de zijde van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging]
 - de producties van de zijde van de gemeente
 - de incidentele conclusie tot tussenkomst subsidiair voeging van KPN
 - de brief van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] van 15 februari 2017
 - de mondelinge behandeling van 16 februari 2017

- de pleitnota's van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], de gemeente en van KPN.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 Het incident

2.1. KPN vordert primair haar toe te staan tussen te komen in het kort geding tussen [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente en subsidiair haar toe te staan zich te voegen aan de zijde van de gemeente in dit kort geding, met veroordeling van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] in de kosten van het incident.

2.2. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente hebben tegen de vordering in het incident geen verweer gevoerd.

2.3. De primaire incidentele vordering van KPN strekkende tot tussenkomst in het geding tussen [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente is op de wet gegrond. KPN heeft bij haar vordering tot tussenkomst voldoende belang. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente hebben ter zitting te kennen gegeven tegen deze incidentele vordering geen bezwaar te hebben. Deze vordering zal daarom worden toegewezen en KPN wordt toegelaten als tussenkomende partij. De proceskosten in het incident zullen worden gecompenseerd, in die zin dat elke partij haar eigen kosten in het incident zal hebben te dragen.

3 De feiten

3.1. De gemeente heeft op 1 april 2016 een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor een "Workforce Management oplossing" (WFM-oplossing). Op deze aanbesteding is de Aanbestedingswet 2012 (Aw) van toepassing zoals die op deze datum gold.

3.2. De gemeente heeft op de door de inschrijvers af te geven Eigen Verklaring alle verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden aangekruist en daarmee van toepassing verklaard op deze aanbesteding. In deze procedure zijn met name de facultatieve uitsluitingsgronden 3.2., 3.3 en 3.5 van belang.

Ten aanzien van de uitsluitingsgrond 3.2 dient de inschrijver te verklaren dat tegen zijn onderneming of een bestuurder ervan in de vier jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak is gedaan op grond van overtreding van op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving wegens overtreding van een voor hem relevante beroepsgedragsregel.

Ten aanzien van de uitsluitingsgrond 3.3 dient de inschrijver te verklaren dat zijn onderneming, of een bestuurder ervan in de vier jaar voorafgaande aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving in de uitoefening van zijn beroep niet een ernstige fout heeft begaan. Ten aanzien van uitsluitingsgrond 3.5 dient de inschrijver te verklaren dat 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.

In paragraaf 7 van de Eigen Verklaring is ruimte voor een toelichting van de onderneming voor zover niet aan de uitsluitingsgronden/eisen wordt voldaan.

3.3. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft op deze aanbesteding ingeschreven. Na beoordeling van de inschrijvingen heeft de gemeente [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] op 17 juni 2016 laten weten dat haar inschrijving als tweede is geëindigd en dat zij voornemens is de opdracht aan KPN te gunnen.

3.4. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft de gemeente op 7 juli 2016 in kort geding gedagvaard. KPN is in deze procedure tussengekomen. De voorzieningenrechter heeft op 30 september 2016 in deze zaak vonnis gewezen (zaaknummer/rolnummer 418882 / KG ZA 16-523). In dit vonnis is geconcludeerd dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw (ernstige beroepsfout) van toepassing is. De voorzieningenrechter heeft daarom beslist

dat de voorlopige gunningsbeslissing moest worden ingetrokken, dat de inschrijving van KPN moest worden onderworpen aan een proportionaliteitstoets door het verwervingssteam van de gemeente en dat de gemeente, indien zij de opdracht nog wenste te gunnen, na de herbeoordeling een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing moest nemen. De gemeente is tot slot veroordeeld om een kopie van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] te sturen en, indien zij de opdracht na de herbeoordeling nog steeds aan KPN wenst te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing neemt, [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] daarbij gemotiveerd mee te delen waarom de inhoud van de Eigen Verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten.

3.5. De gemeente heeft ter uitvoering van het vonnis de voorlopige gunningsbeslissing ingetrokken en [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] op 5 oktober 2016 een kopie toegestuurd van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring en de toelichting van KPN op de Eigen Verklaring.

3.6. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft bij brief van 6 oktober 2016 op de Eigen Verklaring en de toelichting van KPN gereageerd. Zij heeft de gemeente er onder meer op gewezen dat KPN in de Eigen Verklaring ten onrechte heeft verklaard dat geen van de toepasselijke uitsluitingsgronden op haar van toepassing is en uitsluiting van de inschrijving van KPN niet disproportioneel is.

3.7. KPN heeft naar aanleiding van de brief van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] bij schrijven van 26 november 2016 nadere informatie aan de gemeente verstrekt.

3.8. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft op 3 november 2016 een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing van de gemeente ontvangen. De gemeente heeft [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] daarbij meegedeeld dat uitsluiting van KPN vanwege een

ernstige beroepsfout niet proportioneel is, dat de inhoudelijke beoordeling van de inschrijvingen geen onderwerp was van het vonnis en dat zij daarom voornemens is de opdracht aan KPN te gunnen.

3.9. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft bij brief van 16 november 2016 nogmaals toegelicht waarom de inschrijving van KPN volgens haar zou moeten worden uitgesloten. Op 17 november 2016 heeft hierover een gesprek met de gemeente plaatsgevonden. Dit heeft echter niet tot aanpassing van de voorlopige gunningsbeslissing geleid.

4 Het geschil

De vorderingen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging]

4.1. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] vordert - samengevat - bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, de gemeente:

primair

a. te gebieden om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de voorlopige gunningsbeslissing van 3 november 2016 in te trekken;

b. te verbieden de opdracht definitief aan KPN te gunnen, dan wel met KPN de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

c. te gebieden om binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de opdracht te gunnen aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], voor zover de gemeente de opdracht nog altijd wenst te gunnen, dan wel met [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

subsidiair

naast het primair onder a en b gevorderde:

c. te gebieden om binnen twee weken na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, de inschrijving van KPN te laten beoordelen door een nieuw door de gemeente samen te stellen onafhankelijk beoordelingsteam, met inachtneming van dit vonnis;

d. te gebieden om binnen twee weken na de hiervoor gevorderde herbeoordeling (meer subsidiair onder b), althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen;

meer subsidiair

naast het primair onder a en b gevorderde:

c. te gebieden om binnen twee weken na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, alle gedane inschrijvingen te laten beoordelen door een nieuw door de gemeente samen te stellen onafhankelijk beoordelingsteam, met inachtneming van dit vonnis;

d. te gebieden om binnen twee weken na de hiervoor gevorderde herbeoordeling, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen;

uiterst subsidiair

elke andere voorziening te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging];

in alle gevallen

onder verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de gemeente in de kosten van de procedure en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

4.2. De gemeente voert verweer. Zij concludeert tot afwijzing van de vorderingen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], met veroordeling van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

De vorderingen van KPN

4.3. KPN vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. de vorderingen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] niet-ontvankelijk te verklaren althans deze af te wijzen, en voor zover nodig;

2. de gemeente te verbieden de opdracht aan een ander te gunnen dan aan KPN, voor zover de gemeente de opdracht nog wenst te gunnen en

[eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] te gebieden te gehangen en te gedogen dat de opdracht aan KPN wordt gegund;

3. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] en de gemeente te veroordelen in de kosten van de procedure en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

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

5 De beoordeling

5.1. De spoedeisendheid van de zaak is uit het gestelde en gevorderde voldoende aannemelijk geworden.

Ten aanzien van de vorderingen van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging]

5.2. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] stelt dat de gemeente zich bij het nemen van de nieuwe voorlopige gunningsbeslissing niet kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets, maar gehouden was om aan alle uitsluitingsgronden te toetsen. Die toets dient er volgens [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] toe te leiden dat de inschrijving van KPN wordt uitgesloten nog voordat de gemeente aan een proportionaliteitstoets kan toekomen. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] stelt zich op het standpunt dat KPN zich niet alleen schuldig heeft gemaakt aan ernstige beroepsfouten, maar dat uit de Eigen Verklaring blijkt dat KPN hierover een valse verklaring heeft afgelegd. Bovendien is sprake van een derde uitsluitingsgrond, namelijk die van de onherroepelijke veroordeling.

5.3. De gemeente en KPN stellen zich op het standpunt dat de gemeente zich op grond van het vonnis van 30 september 2016 kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets en dat er dus geen integrale herbeoordeling van de inschrijving van KPN hoefde plaats te vinden.

5.4. De voorzieningenrechter volgt de gemeente en KPN niet in dit standpunt. De gemeente is in het vonnis immers ook veroordeeld om aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] een kopie van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring toe te sturen en, indien zij de

opdracht na de herbeoordeling van de inschrijving van KPN nog steeds aan KPN wenste te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing zou nemen, [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] daarbij gemotiveerd mee te delen waarom de inhoud van de Eigen Verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten. De aanleiding voor deze veroordeling was blijkens de rechtsoverwegingen 5.25 en 5.26 van het vonnis gelegen in de stelling van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] dat het, gelet op de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:6383), heel wel mogelijk is dat KPN ook in deze procedure valselijk heeft verklaard en dat zij op grond van het transparantiebeginsel recht heeft te verifiëren of KPN alle relevante besluiten van de ACM in de Eigen Verklaring heeft genoemd. De voorzieningenrechter heeft vervolgens vastgesteld dat de gemeente tot nu toe tegenover [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] niet transparant is geweest over de wijze waarop zij heeft beoordeeld of ten aanzien van KPN sprake is van uitsluitingsgronden en de eventuele consequenties daarvan. Geoordeeld is, dat er bij [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] naar aanleiding van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 gerechtvaardigde twijfel heeft kunnen ontstaan over de juistheid van de gunningsbeslissing en dat [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] op grond hiervan een gerechtvaardigd belang heeft om van de gemeente inlichtingen te krijgen om aan de hand daarvan na te kunnen gaan of de door de gemeente uitgevoerde beoordeling juist is geweest en om tegen het resultaat van deze beoordeling zo nodig beroep in te stellen. Gelet op deze overwegingen was de gemeente gehouden om naar aanleiding van de opmerkingen die [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] in haar brief van 6 oktober 2016 over de inmiddels door haar ontvangen Eigen Verklaring van KPN had gemaakt, te beoordelen of de inhoud van de Eigen Verkla-

ring van KPN aanleiding gaf om de inschrijving van KPN alsnog ongeldig te verklaren. De gemeente kon zich dus niet beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets.

5.5. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] heeft zich in haar brief van 6 oktober 2016 en in deze procedure op het standpunt gesteld dat KPN in haar Eigen Verklaring ten onrechte geen melding heeft gemaakt van het feit dat zij ernstige beroepsfouten heeft begaan en zich gelet hierop schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring als bedoeld in artikel 2:87 lid 1 onderdeel e, Aw. De omstandigheid dat KPN de gemeente door middel van een aparte toelichting heeft geïnformeerd over een drietal door de ACM opgelegde boetes, maakt dit volgens [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] niet anders, omdat deze toelichting geen deel uitmaakt van de Eigen Verklaring. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] verwijst in dit verband naar de uitspraak van de van 9 juni 2016 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBDHA:2016:6383).

5.6. De gemeente stelt zich op het standpunt dat KPN, gelet op de toelichting die zij samen met de Eigen Verklaring op TenderNed heeft ge-upload, geen valse verklaring met betrekking tot begane ernstige fouten heeft afgelegd. Zij wijst erop dat zij in de aanbestedingsstukken geen eisen heeft gesteld aan een toelichting bij de Eigen Verklaring of aan in te dienen documenten in het algemeen, zodat zij achteraf geen eisen daaromtrent mag introduceren. Deze zaak is in dit opzicht anders dan de zaak waarover de rechtbank Den Haag op 9 juni 2016 uitspraak heeft gedaan, aldus de gemeente. De gemeente stelt voorts dat deze uitspraak dateert van na de datum van indiening van de inschrijvingen, zodat zij deze uitspraak - als daar al reden toe was - niet kon of behoefde toe te passen. Zij verwijst ook naar rechtsoverweging 5.17 van het vonnis van deze rechtbank van 30 september 2016.

5.7. Volgens KPN volgt uit rechtsoverwegingen 5.14 en 5.17 van genoemd vonnis dat alleen de uitsluitingsgrond van een ernstige beroepsfout op haar inschrijving van toepassing kan zijn en dat geen sprake is van een valse verklaring.

5.8. In het vonnis van 30 september 2016 is in de rechtsoverwegingen 5.14. tot en met 5.17. het volgende overwogen:

“5.14. Gezien het voorgaande komt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw van toepassing is.

Valse verklaringen

5.15. Op grond van artikel 2.87 lid 1, onderdeel e, Aw kan de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure indien de gegadigde of inschrijver zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van inlichtingen die door een aanbestedende dienst van hem waren verlangd of indien hij die inlichtingen niet heeft verstrekt.

5.16. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] stelt zich op het standpunt, dat KPN zich blijkens eerdergenoemde uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het doen van een valse verklaring bij het verstrekken van gevraagde inlichtingen dan wel aan het niet of niet volledig verstrekken van die gevraagde inlichtingen door in strijd met de waarheid te verklaren dat zij gedurende een periode van vier jaar voorafgaand aan het indienen van de inschrijving in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan. [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] stelt dat het indienen van een valse verklaring gezien kan worden als een ernstige fout in de zin van artikel 2.87 lid 1, onderdeel c, Aw en een valse verklaring in de zin van artikel 2.87 lid 1, onderdeel e, Aw. Dit had voor de gemeente ook een reden moeten zijn om KPN uit te sluiten, aldus [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging].

5.17. De voorzieningenrechter merkt hierover op dat genoemde uitspraak pas na de inschrijving van KPN bekend is geworden. Deze uitspraak zal daarom, conform hetgeen hierover onder 5.9 is overwogen, bij de beoordeling buiten beschouwing worden gelaten. De op KPN betrekking hebbende uitsluitingsgronden die ten tijde van de inschrijving bekend waren, betreffen dus alleen

de overtredingen ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online. Deze kwalificeren niet als valse verklaringen.”

5.9. De voorzieningenrechter merkt op dat in het hierboven geciteerde 5.17. alleen is overwogen dat de vaststelling in de uitspraak van 9 juni 2016 van de rechtbank Den Haag dat KPN zich in die procedure in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het doen van een valse verklaring, in de procedure die heeft geleid tot het vonnis van 30 september 2016 buiten beschouwing wordt gelaten omdat het vonnis van de rechtbank Den Haag pas na de inschrijving bekend is geworden. Daarnaast is overwogen dat de op KPN betrekking hebbende uitsluitingsgronden die ten tijde van de inschrijving bekend waren, alleen de overtredingen ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online betreffen en dat deze niet kwalificeren als valse verklaringen. De voorzieningenrechter heeft in de hierboven geciteerde overwegingen niet geoordeeld dat KPN in haar Eigen Verklaring geen valse verklaring heeft afgelegd. De voorzieningenrechter kon hierover destijds ook geen oordeel geven, omdat de door KPN ingevulde Eigen Verklaring in die procedure geen deel uitmaakte van de gedingstukken.

5.10. Gezien het voorgaande dient te worden beoordeeld of KPN in haar Eigen Verklaring, die inmiddels wel in het geding is gebracht, een valse verklaring heeft afgelegd als bedoeld in artikel 2.87 lid 1, onderdeel e, Aw. De voorzieningenrechter stelt vast, dat KPN door ondertekening van de Eigen Verklaring heeft verklaard dat er geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Zij heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om in paragraaf 7.1 te verklaren dat er een uitsluitingsgrond is waaraan niet is voldaan en toe te lichten waarom dit niet tot uitsluiting zou mogen leiden. KPN heeft wel gelijktijdig met de Eigen Verklaring een document genaamd ‘Toelichting op Eigen Verklaring’ op TenderNed ge-upload. Hierin verklaart KPN dat zij in de Eigen Verklaring naar waarheid heeft aangegeven dat er in de relevante periode geen sprake is geweest van ernstige fouten in de zin van artikel 2.87 Aw, maar attendeert zij de gemeente erop dat concurrenten in een eerdere situatie - die nog onder de rechter is - hebben geprobeerd de aanbestedende dienst ervan te overtuigen dat thans met de ACM lopende kwesties als een ernstige fout zouden moeten worden aangemerkt. Zij wijst de gemeente erop dat zolang een kwestie in rechte nog ter discussie staat, er

niet van een inschrijver kan of mag worden verwacht dat hij verklaart dat hij een (ernstige) fout heeft gemaakt. Vervolgens licht KPN een drietal kwesties toe waarin de ACM aan KPN een boete heeft opgelegd.

5.11. De voorzieningenrechter stelt vast dat KPN in haar Eigen Verklaring ten onrechte heeft verklaard dat er op haar geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, nu in het vonnis van 30 september 2016 is geoordeeld dat KPN ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan en dat daarom de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw van toepassing is. De voorzieningenrechter is, daarbij aansluitend bij het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 4 oktober 2016 (ECLI:NL:GHDHA:2016:2816) en het door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] overgelegde vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 31 oktober 2016 (KPN/Nationale Politie, C/09/515800/ KG ZA 16/951), van oordeel dat in de gegeven omstandigheden voor een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver als KPN er geen twijfel over kon bestaan dat de door de ACM beboete gedragingen ten aanzien van de ISDN-lijnbewaking en *21 Online kwalificeren als ernstige fout in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw. Het moet voor KPN duidelijk zijn geweest dat de gedragingen ten aanzien van de ISDN-lijnbewaking en *21 Online in de Eigen Verklaring gemeld hadden moeten worden, ook als zij deze gedraging zelf niet als ernstige fout beschouwt en zij het met het oordeel van de ACM niet eens is. Gelet hierop moet worden geoordeeld dat KPN op dit punt in de Eigen Verklaring een valse verklaring heeft afgelegd.

5.12. De voorzieningenrechter is van oordeel dat aan het voorgaande niet afdoet dat KPN de gemeente door middel van een separate toelichting heeft geïnformeerd over de ACM-boetes. Daarbij wordt het volgende in aanmerking genomen:

- In paragraaf 2.1. ‘Voorbereiding inschrijving’ van de door de gemeente gepubliceerde Inschrijvingsleidraad is bepaald: “De invulformulieren die u bij uw inschrijving moet uploaden zijn ter beschikking gesteld via TenderNed. U mag de opmaak en vorm van de (digitale) documenten niet aanpassen.”

- In paragraaf 3.2 'Beoordelingsprocedure' bij het kopje 'Fase 1: Toetsing geschiktheidseisen' is bepaald: "Aan de hand van het ondertekende document 'Eigen Verklaring', tezamen met het ondertekende document 'uitvoeringsverklaring onderaannemer' wordt geconstateerd dat u voldoet aan de in die verklaring genoemde geschiktheidseisen."

- In paragraaf 7 van de Eigen Verklaring is bepaald: "In de Eigen verklaring mogen geen tekstuele wijzigingen worden aangebracht. De ondertekenaar kan bij punt 7.1 verklaren dat er een uitsluitingsgrond en/of eis is waaraan niet voldaan is, met een toelichting waarom de onderneming van mening is dat het niet voldoen aan de uitsluitingsgrond en/of de eis, niet zou mogen leiden tot uitsluiting van de onderneming bij de aanbestedingsprocedure."

- Op grond van paragraaf 9 van de Eigen Verklaring dient de ondergetekende te verklaren: 9.1 dat hij deze verklaring en indien van toepassing de toegevoegde 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 de aanbestedingsprocedure;

9.2 er in de tekst van deze verklaring door hem geen wijzigingen zijn aangebracht;

9.3 de verklaring is ondertekend door een daartoe, bijkans het handelsregister vertegenwoordigingsbevoegde.

- Onderaan op pagina 10 van de Eigen Verklaring is bepaald:

"Het formulier dient volledig ingevuld en ondertekend te zijn alvorens het wordt ingediend. Indien dit formulier bij de invulvelden onvoldoende ruimte biedt, mag aan de Eigen verklaring een bijlage worden toegevoegd. In het invulveld waarin naar de bijlage wordt verwezen, dient dan duidelijk de titel van de bijlage te worden vermeld."

5.13. Uit de hierboven geciteerde bepalingen kan naar het oordeel van de voorzieningenrechter de conclusie worden getrokken dat de door KPN gegeven toelichting niet kan worden aangemerkt als een toelichting bij de Eigen Verklaring, omdat in paragraaf 7.1 van de Eigen Verklaring geen verwijzing naar deze toelichting is opgenomen en

het toevoegen van een bijlage bij de Eigen Verklaring alleen mogelijk is als het betreffende invulveld te weinig ruimte biedt en in het invulveld waarin naar de bijlage wordt verwezen duidelijk de titel van de bijlage is vermeld.

5.14. De voorzieningenrechter deelt niet het standpunt van de gemeente en KPN dat de toelichting desalniettemin in samenhang met de Eigen Verklaring moet worden beoordeeld en dat KPN gelet op de inhoud van deze stukken de facto geen valse verklaring heeft afgelegd. De voorzieningenrechter leidt uit de hierboven geciteerde bepalingen af dat de Eigen Verklaring op zichzelf moet worden beschouwd bij de vraag of daarin een valse verklaring is afgelegd. Doordat in de Eigen Verklaring geen verwijzing naar de toelichting is opgenomen, bestrijken de in paragraaf 9.1 tot en met 9.3 door ondertekening af te leggen verklaringen immers niet wat in de separate toelichting is vermeld. De toelichting zelf is bovendien niet ondertekend en uit de toelichting blijkt niet door wie zij is opgesteld.

5.15. Gezien het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat KPN zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring als bedoeld in artikel 2.87 lid 1, onderdeel e, Aw. Nu voor het toepassen van een proportionaliteitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond geen ruimte bestaat, had de gemeente de inschrijving van KPN op die grond moeten uitsluiten. De voorlopige gunningsbeslissing van 3 november 2016 kan daarom niet in stand blijven. De overige door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] aangevoerde gronden behoeven geen verdere bespreking.

5.16. Nu de gemeente zich in deze procedure op het standpunt heeft gesteld dat [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] haar Eigen Verklaring niet rechtsgeldig heeft ondertekend en deze stelling en de consequenties daarvan verder geen onderdeel is geweest van het debat tussen partijen, zal de voorzieningenrechter niet de primaire vorderingen toewijzen die strekken tot gunning van de opdracht aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging]. De subsidiaire vorderingen komen wel voor toewijzing in aanmerking, met dien verstande dat de voorzieningenrechter niet zal bepalen dat er een herbeoordeling van de inschrijving van KPN dient

plaats te vinden, maar dat de gemeente - indien zij de opdracht nog wenst te gunnen - met inachtneming van dit vonnis een nieuwe gunningsbeslissing dient te nemen.

5.17. De gevorderde dwangsommen zullen op de in de beslissing weergegeven wijze worden toegewezen.

Proceskosten

5.18. De gemeente en KPN zullen als de groten-deels in het ongelijk gestelde partijen hoofdelijk in de proceskosten van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] worden veroordeeld en de gemeente in de kosten van de dagvaarding van € 79,81. De proceskosten aan de zijde van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] worden begroot op:

- griffierecht 618,00
- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.434,00

5.19. De door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] over deze proceskosten gevorderde wettelijke rente zal als volgt worden toegewezen.

5.20. De nakosten, waarvan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] betaling vordert, zullen op de in de beslissing weergegeven wijze worden toegewezen.

Ten aanzien van de vorderingen van KPN

5.21. De voorzieningenrechter verwijst naar al hetgeen hiervoor is overwogen. Daaruit volgt dat de vorderingen van KPN zullen worden afgewezen.

5.22. Nu geen van partijen als de in het ongelijk gestelde partij is aan te merken, worden de proceskosten in het geding tussen KPN en de gemeente gecompenseerd, in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt.

6 De beslissing

De voorzieningenrechter

In het incident

6.1. wijst de vordering van KPN tot tussenkomst toe;

6.2. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

In de hoofdzaak

6.3. gebiedt de gemeente om binnen vier werkdagen na de datum van dit vonnis de voorlopige gunningsbeslissing van 3 november 2016 in het kader van de aanbestedingsprocedure voor het leveren en implementeren van een WFM-oplossing in te trekken;

6.4. verbiedt de gemeente om de opdracht op basis van de voorlopige gunningsbeslissing definitief aan KPN te gunnen, dan wel met KPN de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

6.5. veroordeelt de gemeente om aan [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] een dwangsom te betalen van € 1.000,00 voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij na betekening van dit vonnis niet aan de in 6.3 of 6.4. uitgesproken hoofdveroordelingen voldoet, tot een maximum van in totaal € 25.000,00 is bereikt;

6.6. gebiedt de gemeente om, indien zij de opdracht nog steeds wenst te gunnen, een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen;

6.7. veroordeelt de gemeente en KPN hoofdelijk in de proceskosten van [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging], die tot op heden worden begroot op € 1.434,00, en de gemeente in de kosten van de dagvaarding van € 79,81, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na de datum van dit vonnis, dan wel vanaf de vijftiende dag na het verstrekken van de (bank)gegevens door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] ten behoeve van de betaling indien dit pas na de datum van het vonnis gebeurt, tot de dag van volledige betaling;

6.8. veroordeelt de gemeente en KPN hoofdelijk, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door [eiseres in de hoofdzaak / verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging] volledig aan dit vonnis voldoen, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op:

- € 131,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,
- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening;

- 6.9. compenseert de proceskosten in het geding tussen KPN en de gemeente in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt;
 6.10. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;
 6.11. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Het belang van het vermelden van een (potentiële) ernstige fout in de Eigen Verklaring onderstreept
 Aan de reeks van uitspraken met betrekking tot de aan KPN opgelegde ACM-boetes heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland ("de voorzieningenrechter") recent een nieuwe uitspraak toegevoegd.¹ In deze uitspraak, die het vervolg is op de uitspraak van dezelfde voorzieningenrechter van 30 september 2016,² wordt – kort samengevat – geoordeeld dat KPN uitgesloten moet worden, omdat KPN in haar Eigen Verklaring ("EV") een valse verklaring heeft afgelegd.

In de uitspraak van 30 september 2016 oordeelde de voorzieningenrechter dat de gedragingen van KPN, die hebben geleid tot door de ACM opgelegde boetes, kwalificeren als een 'ernstige fout' in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw 2012, zodat KPN in beginsel moest worden uitgesloten. De gemeente Utrecht werd verplicht (i) de gunningsbeslissing (tot gunning aan KPN) in te trekken, (ii) alsnog te beoordelen of de toepassing van deze uitsluitingsgrond – in het licht van het proportionaliteitsvereiste – tot uitsluiting moet leiden en (iii) de eiser, BrightContact, een kopie van de EV van KPN toe te sturen. De gemeente heeft een proportionaliteitstoets uitgevoerd, geconcludeerd dat uitsluiting van KPN

disproportioneel zou zijn en vervolgens (weer) gegund aan KPN. BrightContact heeft daarop wederom een kort geding aanhangig gemaakt.

De vraag die in dit kort geding voorligt is of de gemeente zich kon beperken tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets. De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag ontkennend. De gemeente had namelijk moeten beoordelen of de inhoud van de EV van KPN aanleiding gaf om de inschrijving van KPN ongeldig te verklaren.

De voorzieningenrechter stelt vast dat KPN in haar EV ten onrechte niet heeft vermeld dat zij een 'ernstige fout' heeft begaan. Door te verklaren dat op haar geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn, heeft KPN naar het oordeel van de voorzieningenrechter een 'valse verklaring' afgelegd, zodat ook de uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub e Aw 2012 (oud) van toepassing is. Bij deze uitsluitingsgrond bestaat volgens de voorzieningenrechter geen ruimte voor het uitvoeren van een proportionaliteitstoets.

Dat KPN gelijktijdig met de EV een document genaamd 'Toelichting op Eigen Verklaring' heeft ingediend, leidt de voorzieningenrechter niet tot een ander oordeel. Die toelichting kwalificeert namelijk niet als een toelichting bij de EV, zo oordeelt de voorzieningenrechter, omdat in de EV geen verwijzing naar deze toelichting is opgenomen, deze niet is ondertekend en niet blijkt door wie zij is opgesteld. Wij verwachten overigens niet dat de voorzieningenrechter anders had geoordeeld, indien KPN – zonder te vermelden dat zij een ernstige fout heeft begaan – die verwijzing wel had opgenomen en de toelichting had voorzien van naam en rechtsgeldige handtekening. Het feit dat KPN niet in haar EV heeft vermeld dat zij een ernstige fout heeft begaan, kwalificeert volgens de voorzieningenrechter immers als een valse verklaring op grond waarvan KPN per definitie moet worden uitgesloten. Een toelichting kan in dat verband geen rol spelen, nu een proportionaliteitstoets daarbij niet aan de orde is.

Consequentie voor de praktijk?

De uitspraak van de voorzieningenrechter sluit aan bij de eerdere jurisprudentie over dit onderwerp. Belangrijk blijft dat inschrijvers iedere

- 1 Zie onder meer de uitspraken van de v.zr. Rechtbank Den Haag 9 juni 2016, «JAAN» 2016/163 m.nt. van mr. C.H. van Hulsteijn, Gerechtshof Den Haag 4 oktober 2016, «JAAN» 2016/246, m.nt. van mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw en de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland 30 september 2016, «JAAN» 2016/246, m.nt. van mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw.
- 2 Zie V.zr. Rb. Midden-Nederland 30 september 2016, «JAAN» 2016/246, m.nt. van mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw.

potentiële ernstige fout vermelden in de EV.
Doet een inschrijver dat niet, dan leidt het enkele
niet vermelden mogelijk al tot uitsluiting, zonder
dat ruimte is voor een proportionaliteitstoets.
In de EV – of in een bijlage waarnaar in de EV
duidelijk wordt verwezen – kan worden toege-
licht dat (toch) geen sprake is van een ernstige
fout, althans dat uitsluiting niet proportioneel
is.

M.W. Speksnijder,
advocaat bij CMS

M. van den Brink,
advocaat bij CMS