

246

Gerechtshof Den Haag
4 oktober 2016, nr. 200.195.449/01,
ECLI:NL:GHDHA:2016:2816
(mr. Van der Helm, mr. Bonneur, mr. Burg)
Noot mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw

Uitsluitingsgronden. Ernstige fout. Proportionaliteit. Aantasten overeenkomsten na gunning.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.10, 2.86, 2.87 lid 1 onder c en e, 2.88 sub c; BW art. 3:40; Mw art. 24; Tw]

De Belastingdienst heeft een openbare Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd teneinde te komen tot het sluiten van een raamovereenkomst voor levering, onderhoud en support van en dienstverlening met betrekking tot netwerkcomponenten.

In het Beschrijvend Document is onder meer beschreven dat van de inschrijver wordt verwacht dat hij in de Eigen verklaring aangeeft of er uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn en dat van verdere deelname aan de aanbesteding worden uitgesloten inschrijvers die zich bevinden in een van de omstandigheden als bedoeld in art. 2.86 Aw (verplichte uitsluitingsgronden) of die zich bevinden in de omstandigheden als beschreven in de in de Eigen verklaring opgenomen facultatieve uitsluitingsgronden. Het Beschrijvend Document schrijft onder geschiktheidseis 1 voor dat de inschrijver de Eigen verklaring volledig en naar waarheid dient in te vullen.

Na te zijn gewezen op boetebesluiten van de ACM heeft de Belastingdienst aan KPN B.V. (KPN) bericht dat tot uitsluiting van KPN van de aanbesteding zal worden overgegaan wegens het niet bij Eigen verklaring melden van het in de vier jaar voorafgaand aan de inschrijving begaan van ernstige fouten.

De voorzieningenrechter heeft de tegen deze beslissing ingestelde vorderingen afgewezen, waarna de Belastingdienst de opdracht definitief aan Telindus-Isit B.V. (Telindus) heeft gegund.

Ingrijpen in gesloten overeenkomst

De opdracht is inmiddels gegund. De vordering legt de vraag voor of het hof dient in te grijpen in de aldus gesloten overeenkomst en een ordemaatregel moet treffen. Daartoe zal het hof alleen overgaan indien KPN als uitgesloten inschrijver in hoger beroep feiten en omstandigheden stelt en aannemelijk maakt op grond waarvan geconcludeerd moet worden dat de overeenkomst naar redelijke verwachting op één van de in de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden in een bodemgeschil vernietigd zal worden, dan wel dat de aanbestedende dienst met het aangaan van de overeenkomst jegens de verliezende inschrijver onrechtmatig handelt doordat zij daarbij misbruik van bevoegdheid maakt ofwel dat de overeenkomst is aangegaan onder omstandigheden die tot de voorlopige conclusie leiden dat sprake is te zijn van nietigheid op grond van art. 3:40 BW.

Wanneer een partij is uitgesloten van een aanbesteding, zou zich de situatie kunnen voordoen dat sprake is van een klaarblijkelijke miskenning van het fundamentele beginsel van gelijke behandeling. Daarvoor is wel vereist dat die uitsluiting met een zekere evidentie op onjuiste gronden is gebaseerd, terwijl voor het ingrijpen in een reeds gesloten overeenkomst dan verder nodig is dat aannemelijk is dat de opdracht aan de uitgesloten partij had moeten worden gegund. Die situatie doet zich op grond van het navolgende in dit geval niet voor.

Ernstige fout

Op grond van art. 2.87 lid 1 onder c Aw kan een aanbestedende dienst een inschrijver uitsluiten wanneer deze in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan die door de aanbestedende dienst aannemelijk kan worden gemaakt. Uitsluiting kan tevens volgen wanneer de 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 hij die inlichtingen niet heeft verstrekt (art. 2.87 lid 1 onder e Aw). Beide facultatieve uitsluitingsgronden zijn door de Belastingdienst op de aanbesteding van toepassing verklaard.

Het begrip 'ernstige fout' is in de Aw (en in het Beschrijvend Document) niet gedefinieerd. Aangezien art. 2.87 lid 1 onder c Aw, art. 45 lid 2 sub d van Richtlijn 2004/18 implementeert, is in het licht

van het Generali-arrest van het Hof van Justitie van 18 december 2014 (zaak C-470/13; ECLI:EU:C:2014:2469) het maken van een inbreuk op de mededingingsregels, met name wanneer die inbreuk met een geldboete is bestraft, voldoende voor het aannemen van een ernstige fout. Naar het oordeel van het hof kan bij de interpretatie van het begrip 'ernstige fout' een schending van een verplichting op grond van een marktanalysebesluit krachtens de Telecommunicatiewet (Tw) die is bestraft met een geldboete worden gelijkgesteld aan een schending van een verplichting van de Mededingingswet (Mw) die is bestraft met een geldboete. Een constatering van aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in de Tw geschiedt immers op basis van dezelfde criteria als de constatering van een machtspositie in de zin van art. 24 Mw, en de verplichtingen in een marktanalysebesluit worden opgelegd om misbruik van aanmerkelijke marktmacht te voorkomen.

Met de verwijzing naar de boetebesluiten van de ACM, die betrekking hebben op schendingen van onder de Tw opgelegde verplichtingen, heeft de Belastingdienst voldoende aannemelijk gemaakt dat KPN zich heeft schuldig gemaakt aan een ernstige fout als bedoeld in art. 2.87 lid 1 onder c Aw. Dat die boetes niet onherroepelijk zijn, is niet relevant.

De systematiek van de Eigen verklaring dwingt KPN om, ook als zij het op goede gronden met het oordeel van de ACM niet eens is, feitelijk een beboete gedraging te erkennen als een ernstige fout, om vervolgens onder paragraaf 7.1 van de Eigen verklaring aan te geven waarom naar haar mening de opdracht toch aan haar moet worden gegund. Nu evenwel voldoende aannemelijk is dat KPN zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige fout in de zin van art. 2.87 lid 1 sub c Aw, is het hof van oordeel dat de gunning van de opdracht aan een ander dan KPN niet kan worden aangemerkt als een klaarblijkelijke miskennis van een fundamenteel beginsel van aanbestedingsrecht. Gelet op de hoogte van de opgelegde boetes en de aard van de overtredingen acht het hof het niet op voorhand aannemelijk dat de in dit kader uit te voeren proportionaliteitstoets in het voordeel van KPN zou zijn uitgevallen.

Proportionaliteitstoets

Het niet melden van de boetebesluiten in de Eigen verklaring kwalificeert in het licht van het bovenstaande zonder meer als het zich in ernstige mate schuldig maken aan het afleggen van een valse verklaring. Voor het toepassen van een proportionaliteitstoets ten aanzien van deze uitsluitings-

grond bestaat geen ruimte. Anders dan KPN stelt, dwingt de wet daar ook niet toe. De in art. 2.88 sub c Aw genoemde grond is niet toegesneden op het afleggen van een valse verklaring en ook uit art. 1.10 Aw volgt, anders dan KPN stelt, niet dat in een geval als hier aan de orde dan nog een proportionaliteitstoets moet worden uitgevoerd.

Conclusie

Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

KPN B.V.,
gevestigd te Den Haag,
appellante in het principaal appel,
verweerster in het (voorwaardelijk) incidenteel appel,
advocaat: mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam,
tegen
De Staat der Nederlanden (het ministerie van Financiën, de Belastingdienst),
zetelend te Den Haag,
geïntimeerde in het principaal appel,
verweerder in het (voorwaardelijk) incidenteel appel,
advocaat: mr. A.L.M. de Graaf te Den Haag,
2Telindus-Isit B.V.,
gevestigd te Utrecht,
geïntimeerde in het principaal appel,
appellante in het (voorwaardelijk) incidenteel appel,
hierna te noemen: Telindus,
advocaat: mr. M.J.J.M. Essers te Amsterdam.

Het geding

1. Bij exploit van 6 juli 2016 is KPN in hoger beroep gekomen tegen het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016. In het exploit heeft zij acht grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en verzocht om behandeling als spoedappel. De Belastingdienst heeft bij memorie van antwoord op de grieven gereageerd. Telindus heeft bij memorie van antwoord tevens houdende akte tot incidenteel appel, met producties, eveneens op de grieven gereageerd en onder aanvoering van ongenummerde grieven voorwaardelijk incidenteel appel tegen het vonnis ingesteld. KPN en de Belastingdienst hebben ieder afzonderlijk bij memorie van antwoord in (voorwaardelijk) incidenteel appel, op de grieven van Telindus gereageerd. Telindus heeft voorts een akte tot herstel van een kennelijke verschrijving genomen. Partijen hebben de zaak op 9 september

KPN heeft bij brief van 26 februari 2016 haar zienswijze op voormeld voornemen tot uitsluiting aan de Belastingdienst kenbaar gemaakt.

De Belastingdienst heeft bij brief van 31 maart 2016 aan KPN bericht dat haar zienswijze niet tot nieuwe inzichten heeft geleid en dat tot uitsluiting van KPN van de aanbesteding zal worden overgegaan.

De Belastingdienst heeft de opdracht inmiddels (na de voor KPN ongunstige beslissing van de voorzieningenrechter) definitief aan Telindus gegund.

3. KPN vorderde in eerste aanleg, samengevat weergegeven, primair de Belastingdienst te gebieden de opdracht te gunnen aan KPN, althans de Belastingdienst te verbieden de opdracht te gunnen aan Telindus of enig ander dan KPN. Subsidiair vorderde zij de Belastingdienst te verbieden KPN uit te sluiten van de aanbesteding, alsmede de Belastingdienst te verbieden de opdracht aan Telindus of enig ander dan KPN te gunnen en de Belastingdienst te gebieden over te gaan tot herbeoordeling van de ontvangen inschrijvingen, althans tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets terzake van toepassing van de in artikel 2.87 lid 1 sub c AW en/of artikel 2.87 lid 1 sub e AW opgenomen uitsluitingsgronden. Tot slot vorderde zij oplegging van een dwangsom en veroordeling van de Belastingdienst in de kosten van het geding.

4. Telindus vorderde in eerste aanleg als tussenkomende partij, samengevat weergegeven, primair de Belastingdienst te gebieden de opdracht definitief aan haar te gunnen, voor zover hij nog tot definitieve gunning wenst over te gaan. Subsidiair vorderde Telindus, in geval een van de vorderingen van KPN zou worden toegewezen, de Belastingdienst te veroordelen de inschrijving van KPN aan een herbeoordeling te onderwerpen, zulks zowel primair als subsidiair met veroordeling van KPN in de proceskosten.

5. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van KPN afgewezen en haar in de kosten van het geding veroordeeld. Ook de vorderingen van Telindus zijn afgewezen en Telindus is voor wat betreft de door haar ingestelde vorderingen jegens de Belastingdienst in de kosten veroordeeld, zij het dat die kosten op nihil zijn begroot.

6. KPN vordert in hoger beroep in het principaal appel de vernietiging van het bestreden vonnis. Voor het geval de opdracht inmiddels aan Telindus is gegund, vordert KPN primair een gebod

aan de Belastingdienst om de tot stand gekomen overeenkomst ter zake de opdracht tegen een door het hof te bepalen datum op te zeggen, dan wel op enige andere wijze te (doen) eindigen en de Belastingdienst te gebieden de opdracht te gunnen aan KPN, voor zover de Belastingdienst de opdracht nog wenst te vergeven. Subsidiair vordert KPN voor dit geval een gebod aan de Belastingdienst om de tot stand gekomen overeenkomst ter zake de opdracht tegen een door het hof te bepalen datum op te zeggen, dan wel op enige andere wijze te (doen) eindigen en de Belastingdienst te gebieden tot herbeoordeling van de inschrijvingen over te gaan, althans tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets terzake van toepassing van de in artikel 2.87 lid 1 sub c AW en/of artikel 2.87 lid 1 sub e AW opgenomen uitsluitingsgronden. KPN vordert voorts oplegging van een dwangsom en veroordeling van de Belastingdienst in de kosten van het geding.

Voor het geval de opdracht nog niet aan Telindus is gegund, handhaaft KPN haar in eerste aanleg geformuleerde vorderingen.

7. Grief 1 in het principaal appel is gericht tegen een onderdeel van de feitenweergave. KPN voert aan dat de voorzieningenrechter heeft verwezen naar artikel 2.87, eerste lid sub c, Aw, terwijl in de brief van de Belastingdienst van 31 maart 2016 is verwezen naar artikel 2.87, eerste lid sub e Aw. Die grief is terecht voorgedragen, maar omdat uit niets blijkt dat deze verschrijving invloed heeft gehad op de beslissing van de voorzieningenrechter, heeft KPN bij die grief geen belang, zodat deze verder onbesproken blijft. Grief 2 is gericht tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat de vaststelling van de juistheid van de geconstateerde toepasselijkheid van een van de twee door de Belastingdienst aan zijn beslissing ten grondslag gelegde uitsluitingsgronden reeds tot de conclusie leidt dat KPN op goede gronden is uitgesloten. KPN voert aan dat deze overweging onjuist is omdat nog een proportionaliteitstoets moet worden uitgevoerd. Grief 3 komt op tegen overweging 5.3 van het bestreden vonnis, waarin de voorzieningenrechter heeft overwogen dat de Belastingdienst voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat KPN in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan. KPN weerspreekt dat op verschillende gronden. Ook de grieven 5 en 6 komen tegen dit oordeel, en tegen het in rechtsoverweging 5.4.1 neergelegde oordeel, op. Grief 4 is gericht tegen het oordeel van de voorzie-

ningenrechter dat de uitsluiting van KPN kan worden gestoeld op het feit dat KPN zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het doen van een valse verklaring. Met grief 7 komt KPN op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel zich ertegen verzetten dat KPN een mogelijkheid wordt geboden om de gebreken in de Eigen verklaring te herstellen en dat deze beginselen eraan in de weg staan dat een proportionaliteitstoets ertoe zou kunnen leiden dat niet tot uitsluiting wordt overgegaan. Grief 8 richt zich tegen de uitgesproken kostenveroordeling.

8. In het voorwaardelijk incidenteel appel vordert Telindus, voor het geval het hof het vonnis van de voorzieningenrechter niet bekrachtigt, de gehele of gedeeltelijke vernietiging van het bestreden vonnis en primair een gebod aan de Belastingdienst om over te gaan tot herbeoordeling/verificatie van de inschrijfprijzen van KPN, dan wel van alle inschrijvingen, door een nieuw samen te stellen onafhankelijk beoordelingsteam, althans subsidiair een gebod aan de Belastingdienst om over te gaan tot herbeoordeling/verificatie van de inschrijfprijzen van KPN, dan wel alle inschrijvingen, althans meer subsidiair om de voorziening te treffen die het hof in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van Telindus. Telindus vordert tot slot de veroordeling van KPN in de kosten van het geding.

9. Telindus voert grieven aan tegen rechtsoverwegingen 5.3.1 en 5.4 en 5.5 van het bestreden vonnis. Zij voert aan dat er voor een proportionaliteitstoets geen ruimte is. Telindus komt voorts op tegen het oordeel dat Telindus geen belang meer had bij haar vorderingen. Telindus handhaaft in dit verband haar betoog dat de inschrijving van KPN niet-marktconform is.

In het principaal appel

10. De opdracht is inmiddels gegund. De vordering legt de vraag voor of het hof dient in te grijpen in de aldus gesloten overeenkomst en een ordemaatregel moet treffen. Daartoe zal het hof alleen overgaan indien KPN als uitgesloten inschrijver in hoger beroep feiten en omstandigheden stelt en aannemelijk maakt op grond waarvan geconcludeerd moet worden dat de overeenkomst naar redelijke verwachting op één van de in de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden (kort samengevat: niet-naleving van de plicht tot openbare aanbesteding of niet-naleving van voor de aanbesteding geldende termijnvoorschriften)

in een bodemgeschil vernietigd zal worden, dan wel dat de aanbestedende dienst met het aangaan van de overeenkomst jegens de verliezende inschrijver onrechtmatig handelt doordat zij daarbij misbruik van bevoegdheid maakt (hetgeen bijvoorbeeld het geval zal kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst is aangegaan met klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht) ofwel dat de overeenkomst is aangegaan onder omstandigheden die tot de voorlopige conclusie leiden dat sprake lijkt te zijn van nietigheid op grond van artikel 3:40 BW. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad de wettelijke regeling van het aanbestedingsrecht niet van openbare orde is en dat slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een uit een aanbestedingsprocedure voortgekomen overeenkomst, bij de voorbereiding waarvan de aanbestedende dienst het aanbestedingsrecht heeft geschonden, nietig of vernietigbaar is (HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, en HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806). Daarmee wordt niet zozeer de aanbestedende dienst beschermd, als wel de wederpartij aan wie het werk of de levering is opgedragen.

11. KPN heeft tijdens het pleidooi in hoger beroep aangevoerd dat van een klaarblijkelijke miskenning van het fundamentele aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling sprake is. KPN voert hiertoe aan dat zij aan alle gestelde (knock-out) eisen voldoet en de economisch meest voordelige aanbidding heeft gedaan, en dat de Belastingdienst derhalve ten onrechte met Telindus en niet met KPN een overeenkomst heeft gesloten. Het hof oordeelt daarover als volgt.

12. Wanneer een partij is uitgesloten van een aanbesteding, zou zich de situatie kunnen voordoen dat sprake is van een klaarblijkelijke miskenning van het fundamentele beginsel van gelijke behandeling. Daarvoor is wel vereist dat die uitsluiting met een zekere evidentie op onjuiste gronden is gebaseerd, terwijl voor het ingrijpen in een reeds gesloten overeenkomst dan verder nodig is dat aannemelijk is dat de opdracht aan de uitgesloten partij had moeten worden gegund. Die situatie doet zich op grond van het navolgende in dit geval niet voor (waarbij verwijzingen naar de Aanbestedingswet 2012 betrekking hebben op de ten tijde van de aanbesteding geldende tekst).

13. Op grond van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw kan een aanbestedende dienst een inschrijver uitsluiten wanneer deze in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan die door de aanbestedende dienst aannemelijk kan worden gemaakt. Uitsluiting kan tevens volgen wanneer de 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 hij die inlichtingen niet heeft verstrekt (artikel 2.87 lid 1 onder e Aw). Beide facultatieve uitsluitingsgronden zijn door de Belastingdienst op de aanbesteding van toepassing verklaard.

14. Het begrip "ernstige fout" is in de Aw (en in het Beschrijvend Document) niet gedefinieerd. In het Generali-arrest van 18 december 2014 (zaak C-470/13; ECLI:EU:C:2014:2469) heeft het Hof van Justitie onder meer als volgt overwogen (zie punt 35):

"Het Hof heeft reeds geoordeeld dat het begrip „fout in de uitoefening van zijn beroep” als bedoeld in de bepaling van de richtlijn niet alleen ziet op schendingen van de voor de beroepsgroep van de betrokken ondernemer geldende gedragsregels in enge zin, maar elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op diens professionele geloofwaardigheid (zie in die zin arrest Forposta en ABC Direct Contact, EU:C:2012:801, punt 27). Vastgesteld moet dus worden dat het maken van een inbreuk op de mededingingsregels, met name wanneer de inbreuk met een geldboete is bestraft, een uitsluitingsgrond is die onder artikel 45, lid 2, sub d, van richtlijn 2004/18 valt."

Aangezien artikel 2.87 lid 1 onder c Aw, artikel 45 lid 2 sub d van richtlijn 2004/18 implementeert, is in het licht van dit arrest het maken van een inbreuk op de mededingingsregels, met name wanneer die inbreuk met een geldboete is bestraft, voldoende voor het aannemen van een ernstige fout. Naar het oordeel van het hof kan bij de interpretatie van het begrip "ernstige fout" een schending van een verplichting op grond van een marktanalysebesluit krachtens de Telecommunicatiewet (Tw) die is bestraft met een geldboete worden gelijkgesteld aan een schending van een verplichting van de Mededingingswet (Mw) die is bestraft met een geldboete. Een constatering van aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in de Tw geschiedt immers op basis van dezelfde criteria als de constatering van een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw, en de verplichtingen in een

marktanalysebesluit worden opgelegd om misbruik van aanmerkelijke marktmacht te voorkomen.

15. Tussen partijen is niet in geschil dat de door de ACM aan KPN opgelegde boetebesluiten (mede) betrekking hebben op schendingen van de onder de Tw opgelegde verplichtingen. Met de verwijzing naar die boetebesluiten heeft de Belastingdienst daarom voldoende aannemelijk gemaakt dat KPN zich schuldig gemaakt aan een ernstige fout als bedoeld in artikel 2.87 lid 1 onder c Aw. Dat die boetes niet onherroepelijk zijn, is niet relevant, zo volgt uit het Forposta-arrest (HvJ 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:801).

16. Volgens de Belastingdienst brengt de Eigen verklaring met zich dat een inschrijver moet verklaren dat hij niet een ernstige fout heeft begaan. KPN heeft er op zichzelf terecht op gewezen dat hiermee een afwijking wordt bewerkstelligd van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw, waarin immers is opgenomen dat het de aanbestedende dienst is die de ernstige fout aannemelijk moet maken. KPN heeft er verder terecht op gewezen dat de systematiek van de Eigen verklaring haar dwingt om, ook als zij het op goede gronden met het oordeel van de ACM niet eens is, feitelijk een beboete gedraging te erkennen als een ernstige fout, om vervolgens onder paragraaf 7.1 van de Eigen verklaring aan te geven waarom naar haar mening de opdracht toch aan haar moet worden gegund.

17. Nu evenwel voldoende aannemelijk is dat KPN zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige fout in de zin van artikel 2.87 lid 1 sub c Aw, is het hof van oordeel dat de gunning van de opdracht aan een ander dan KPN – in dit geval: Telindus – niet kan worden aangemerkt als een *klaarblijkelijke* miskennen van een fundamenteel beginsel van aanbestedingsrecht. Gelet op de hoogte van de opgelegde boetes en de aard van de overtredingen acht het hof het niet op voorhand aannemelijk dat de in dit kader uit te voeren proportionaliteits-toets in het voordeel van KPN zou zijn uitgevallen. Dat betekent dat – wat er ook zij van de vraag of sprake is van het afleggen van een valse verklaring – voorshands evenmin aannemelijk is dat de opdracht in dit geval aan KPN had moeten worden gegund. Voor het ingrijpen in de reeds gesloten overeenkomst is dan ook geen aanleiding. Een belangenafweging maakt dat niet anders. De door

KPN in dit verband aangevoerde belangen gelden immers in gelijke mate voor de andere betrokken partijen.

18. Daar komt - ten overvloede - het volgende bij. In de gegeven omstandigheden kon er voor een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver als KPN geen twijfel over bestaan dat de door de ACM beboete gedragingen kwalificeren als ernstige fouten in de zin van artikel 2.87 lid 1 onder c Aw. Ook wanneer zij die gedragingen zelf niet als ernstige fouten beschouwt, en zij het met het oordeel van de ACM niet eens is, moet het haar duidelijk zijn geweest dat zij daarvan melding moest maken in haar Eigen verklaring. Dat in het model van de Eigen verklaring niet specifiek naar (nog niet onherroepelijke) boetebesluiten van de ACM werd gevraagd, maakt dit niet anders. Een inschrijver verklaart immers door ondertekening van de Eigen verklaring dat hij niet een ernstige fout heeft begaan, hetgeen naar aanbestedingsrechtelijke begrippen niet juist is wanneer de ACM boetes als in dit geschil aan de orde heeft opgelegd. De Eigen verklaring bood onder 7.1 ruimte voor melding van de niet-onherroepelijke boetebesluiten, en ook voor een toelichting van KPN waarmee aan de aanbestedende dienst duidelijk wordt gemaakt dat er voor uitsluiting volgens KPN toch geen grond bestaat. Van zelfincriminatie is dan ook geen sprake.

19. Het niet melden van de boetebesluiten in de Eigen verklaring kwalificeert in het licht van het bovenstaande zonder meer als het zich in ernstige mate schuldig maken aan het afleggen van een valse verklaring. Voor het toepassen van een proportionaliteitstoets ten aanzien van deze uitsluitingsgrond bestaat geen ruimte. Anders dan KPN stelt, dwingt de wet daar ook niet toe. De in artikel 2.88 sub c Aw genoemde grond is niet toegesneden op het afleggen van een valse verklaring en ook uit artikel 1.10 Aw volgt, anders dan KPN stelt, niet dat in een geval als hier aan de orde dan nog een proportionaliteitstoets moet worden uitgevoerd.

20. Tegen de achtergrond van het bovenstaande falen de grieven. Hetgeen door partijen overigens naar voren is gebracht kan onbesproken blijven. Dat betekent dat het vonnis van de voorzieningenrechter moet worden bekrachtigd. KPN zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep. In het voorwaardelijk incidenteel appel

21. Aangezien de grieven in het principaal appel falen, treedt de voorwaarde waaronder het incidenteel appel is ingesteld, niet in. Het incidenteel appel kan dus verder onbesproken blijven.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016;
- veroordeelt KPN in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van de Belastingdienst en Telindus ieder tot op heden begroot op € 718,- aan verschotten en € 2.682,- aan salaris advocaat en op € 131,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 68,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

KPN dient ACM-boetes te melden in Eigen Verklaring

In deze bijdrage bespreken wij twee uitspraken van respectievelijk de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland¹ (hierna: 'de voorzieningenrechter') en het Gerechtshof Den Haag² (hierna: 'het hof'). Het hof heeft - kort samengevat - geoordeeld dat KPN de door de ACM aan haar opgelegde boetes had moeten vermelden in haar Eigen Verklaring (hierna: 'EV'), ook al is zij het met het oordeel van de ACM niet eens. Gelet op deze boetes is namelijk voldoende aannemelijk dat KPN zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige fout, hetgeen

1 Rechtbank Midden-Nederland 30 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5270.

2 Gerechtshof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816.

grond is voor uitsluiting. Door dit niet te vermelden, heeft KPN zich bovendien schuldig gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring, wat eveneens grond is voor uitsluiting van KPN. Het vonnis van de voorzieningenrechter is op vrijwel alle onderdelen gelijk aan het oordeel van het hof. Alleen waar de voorzieningenrechter afwijkt van het oordeel van het hof, zullen wij deze uitspraak daarom afzonderlijk bespreken.

Wij gaan in dit verband in op:

- (1) de kwalificatie 'ernstige fout' en 'valse verklaring';
- (2) de rol van de proportionaliteitstoets;
- (3) het ingrijpen in een gesloten overeenkomst; en
- (4) het verkrijgen van inzage in de EV door een concurrent.

Ad (1) - kwalificatie als 'ernstige fout' en 'valse verklaring'

Het hof staat allereerst stil bij de vraag of een overtreding van de Telecommunicatiewet (hierna: 'Tw') als een 'ernstige fout' in de uitoefening van beroep of bedrijf' in de zin van art. 2.87 lid 1 sub c van de Aw 2012 is aan te merken. Het hof beantwoordt die vraag bevestigend.

Ten eerste kijkt het hof naar de aard van de gedraging. Omdat een definitie van het begrip 'ernstige fout' in de Aw 2012 ontbreekt, zoekt het hof aansluiting bij de uitleg van dit begrip door het HvJ EU in het *Generali*-arrest.³ In dit arrest heeft het HvJ EU bepaald dat het maken van een inbreuk op de mededingingsregels kwalificeert als ernstige fout, met name wanneer die inbreuk met een geldboete is bestraft. Naar het oordeel van het hof kan de schending van de Tw door KPN gelijk worden gesteld met een schending van de Mededingingswet (hierna: 'Mw'), aangezien de geconstateerde 'aanmerkelijke marktmacht' als bedoeld in de Tw op basis van dezelfde criteria is vastgesteld als onder de Mw. Hiermee bevestigt het hof dat het bij de vraag of sprake is van een ernstige fout, niet

zoeer gaat om de vraag welke regelgeving is overtreden, maar om de inhoud van de betreffende overtreding.

Vervolgens oordeelt het hof dat niet relevant is, dat de betreffende boetes (nog) niet onherroepelijk zijn. Op zichzelf is dit niet verrassend, aangezien dit aansluit bij het *Forposta*-arrest.⁴ Het heeft echter wel vergaande consequenties voor inschrijvers aan wie een dergelijke boete is opgelegd. Ook in het geval die boete namelijk later onterecht blijkt te zijn, levert deze – zolang de onjuistheid nog niet is vastgesteld – in beginsel grond voor uitsluiting op. Zoals blijkt uit de *BIOS*-zaken,⁵ kan het een inschrijver jaren kosten om een onterecht opgelegde boete van tafel te krijgen, terwijl hij gedurende al die jaren kan worden uitgesloten van aanbestedingen. Het spreekt voor zich dat de gevolgen hiervan voor de bedrijfsvoering van de betreffende onderneming verstrekend kunnen zijn.⁶

Daarna gaat het hof over tot beoordeling van de uitsluitingsgrond 'valse verklaring'. Volgens het hof had KPN de verplichting om de opgelegde boetes te vermelden in de EV, ook al is zij zelf van mening dat geen sprake is van een ernstige fout. Het hof overweegt dat onder de gegeven omstandigheden voor *'een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver als KPN er geen twijfel over mag bestaan dat de door de ACM beboete gedragingen kwalificeren als ernstige fouten in de zin van art. 2.87, lid 1, sub c Aw. Ook wanneer zij die gedragingen zelf niet als ernstige fouten beschouwt'*.⁶

Nu KPN deze melding achterwege heeft gelaten, is volgens het Hof zonder meer sprake van een valse verklaring zoals bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012.

³ HvJ EU 18 december 2014, zaak C-470/13, pt. 35.

⁴ HvJ EU 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:801.

⁵ Rechtbank Rotterdam 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:7659, ECLI:NL:RBROT:2016:7660, ECLI:NL:RBROT:2016:7661, ECLI:NL:RBROT:2016:7662, ECLI:NL:RBROT:2016:7663, ECLI:NL:RBROT:2016:7664.

⁶ Gerechtshof Den Haag 4 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2816, ro. 18.

De EV biedt de inschrijver de mogelijkheid om toe te lichten waarom de beboete gedraging niet kwalificeert als ernstige fout en/of dat uitsluiting in de gegeven omstandigheden disproportioneel is. Van zelfincriminatie is daarom, anders dan KPN meent, volgens het hof geen sprake.

Dit betekent dat het van groot belang is voor inschrijvers om iedere gedraging die potentieel kan worden aangemerkt als ernstige fout, te vermelden in hun EV. In dat geval hebben zij immers de mogelijkheid om te motiveren waarom deze gedraging niet tot uitsluiting dient te leiden, terwijl het niet vermelden in ieder geval leidt tot de toepasselijkheid van (nog) een uitsluitingsgrond; de valse verklaring. Dit geldt temeer, gezien de overwegingen van het hof met betrekking tot de proportionaliteitstoets.

Ad (2) - proportionaliteitstoets

Met betrekking tot de ernstige fout voert het hof een proportionaliteitstoets uit, althans oordeelt het hof dat deze toets *'gelet op de hoogte van de opgelegde boetes en de aard van de overtredingen'* niet in het voordeel van KPN uitvalt. Dat de aanbestedende dienst deze toets niet had uitgevoerd, doet daarom volgens het hof niet ter zake. Hier slaat het hof naar onze mening, gezien de tekst van art. 2.88 Aw 2012 en de conclusie van advocaat-generaal bij het HvJ EU Campos Sánchez-Bordona in de Valys-zaak, de plank mis.⁷

De aard van de overtreding en de hoogte van de opgelegde boetes dienen hier namelijk geen rol te spelen. Deze zijn slechts relevant bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een ernstige fout. Of de inschrijver vervolgens daadwerkelijk moet worden uitgesloten, is volgens art. 2.88 Aw 2012 afhankelijk van (i) de vraag of de betreffende inschrijver voldoende maatregelen heeft getroffen om het geschonden vertrouwen te herstellen, (ii) hoeveel tijd is verstreken sinds de veroordeling en (iii) het voorwerp van de opdracht. In de gewijzigde Aw 2012 is verder opgenomen dat relevant is of de in-

schrijver de veroorzaakte schade heeft vergoed, actief heeft meegewerkt aan het onderzoek naar de betreffende gedragingen en maatregelen heeft getroffen om herhaling in de toekomst te voorkomen. Dit alles heeft het hof niet bij zijn beoordeling betrokken.

Dit, terwijl de A-G in de Valys-zaak de proportionaliteitstoets juist van groot belang acht, zeker wanneer een aanbestedende dienst voornemens is om een inschrijver op basis van een facultatieve uitsluitingsgrond uit te sluiten.⁸

Met betrekking tot de valse verklaring is volgens het hof in het geheel geen ruimte voor een proportionaliteitstoets. Dit is in zoverre begrijpelijk, dat de door KPN afgelegde valse verklaring in het kader van de onderhavige aanbesteding is afgelegd, zodat van het verstrijken van tijd en het treffen van maatregelen geen sprake is. Dat zal vaak het geval zijn bij de toepassing van deze uitsluitingsgrond en in een dergelijk geval zal een proportionaliteitstoets, als bedoeld in art. 2.88 Aw, over het algemeen niet in het voordeel van de inschrijver uitvallen. Maatregelen om het vertrouwen te herstellen en verstreken tijd sinds de valse verklaring, zijn dan immers nog niet aan de orde. Dat wil evenwel niet zeggen dat art. 2.88 Aw 2012 *niet van toepassing* is op deze uitsluitingsgrond en onder (wellicht uitzonderlijke) omstandigheden niet tot de conclusie zou kunnen leiden dat uitsluiting disproportioneel is, zoals het hof oordeelt. In tegendeel, art. 2.88 Aw 2012 is uitdrukkelijk van toepassing op alle uitsluitingsgronden.⁹

Ad (3) - ingrijpen in een gesloten overeenkomst

Het hof heeft zich in haar arrest ook uitgelaten over de vraag wanneer kan worden ingegrepen in een reeds gesloten overeenkomst. Het hof oordeelt dat daartoe alleen kan worden overgegaan, indien geconcludeerd moet worden dat de overeenkomst naar redelijke verwachting in het bodemgeschil op grond van art. 4.15 Aw

⁷ HvJ EU 30 juni 2016, nr. C-171/15, ECLI:EU:C:2016:506.

⁸ HvJ EU 30 juni 2016, nr. C-171/15, ECLI:EU:C:2016:506, randnummer 75 t/m 81.

⁹ Kamerstukken II, 2009/10, 32440 nr. 3 (MvT). Toelichting bij art. 2.88 Aw 2012: 'De in dit artikel opgenomen gronden kunnen bij alle uitsluitingsgronden worden toegepast.'

2012 vernietigd zal worden, dat de aanbestedende dienst met het aangaan van de overeenkomst misbruik van bevoegdheid maakt, ofwel dat sprake is van nietigheid op grond van art. 3:40 BW.

Het hof beoordeelt vervolgens of voldoende aannemelijk is dat de opdracht aan KPN had moeten worden gegund. Kennelijk meent het hof dat in dat geval sprake zou zijn van misbruik van bevoegdheid en grond voor ingrijpen.

Dit is opmerkelijk, nu dit arrest is gewezen na publicatie van de conclusie van advocaat-generaal bij de Hoge Raad Keus.¹⁰ Keus stelt hierin dat alleen kan worden ingegrepen in een reeds gesloten overeenkomst op grond van art. 4.15 Aw 2012, art. 3:40 BW, of op grond van wilsgebreken. Buiten die gevallen, prevaleert volgens Keus de rechtszekerheid. Indien anderszins sprake is van strijd met het aanbestedingsrecht, vormt dat volgens Keus dus geen grond voor ingrijpen. Keus verwierpt voorts uitdrukkelijk 'misbruik van bevoegdheden' als buitenwettelijke grond voor ingrijpen van een reeds gesloten overeenkomst. Het hof gaat hier – naar onze mening – terecht niet in mee.

De lijn van Keus betekent voor de praktijk namelijk dat er nog slechts in één – voorlopige – instantie daadwerkelijke rechtsbescherming wordt geboden. Na het kort geding in eerste aanleg zal dan in het overgrote deel van de gevallen – waarin geen sprake is van vernietigbaarheid op één van voornoemde gronden – nog slechts een vordering tot schadevergoeding kunnen worden ingesteld. Nog los van het feit dat zo'n vordering in de praktijk vaak niet realistisch blijkt, verdraagt dat zich naar onze mening niet met het recht op daadwerkelijke en effectieve rechtsbescherming. Temeer, nu de voorzieningenrechter in kort geding over het algemeen (zeer) terughoudend toetst (zie in dit verband ook eerder genoemde conclusie van advocaat-generaal bij het HvJ EU Campos Sánchez-Bordona in de Valys-zaak.)

Gelet daarop zijn wij overigens van mening dat ook de hier door het hof uitgevoerde toets te beperkt is. In hoger beroep zou, net als in eerste aanleg, ongeacht of de overeenkomst reeds is gesloten, inhoudelijk moeten worden beoordeeld of de aanbesteding in overeenstemming met het aanbestedingsrecht is verlopen c.q. of de uitkomst daarvan rechtmatig is. Zo niet, dan zou dat in beginsel reden moeten zijn voor ingrijpen in gunningsbeslissing dan wel de gesloten overeenkomst, tenzij een belangenafweging daaraan in de weg staat. Uiteraard kan een belangenafweging na het sluiten van de overeenkomst anders uitvallen dan daarvoor.

Inmiddels heeft de Hoge Raad evenwel arrest gewezen en de conclusie van Keus gevolgd.¹¹ Daarmee is deze beperking van de rechtsbescherming in aanbestedingen, hoewel daar ongetwijfeld (in de literatuur) nog wel het nodige commentaar op zal worden gegeven, een gegeven.

Ad (4) – inzage in EV

In het vonnis van de voorzieningenrechter was verder nog de vraag aan de orde of de concurrent, die klaagde over gunning aan KPN, recht had op inzage in de Eigen Verklaring van KPN. De voorzieningenrechter wijst de daarop gerichte vordering toe. Daartoe overweegt de voorzieningenrechter dat op grond van het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag, dat voorafging aan voornoemd arrest van het hof, sprake was van gerechtvaardigde twijfel over de juistheid van de gunning aan KPN. Onder die omstandigheden, heeft de klagende concurrent – uit oogpunt van effectieve rechtsbescherming – een gerechtvaardigd belang bij inzage in de EV. De voorzieningenrechter gaat daarbij voorbij aan de stelling van KPN dat haar EV vertrouwelijke informatie bevat, omdat KPN dit standpunt niet verder had onderbouwd.

Aangezien over het algemeen door rechters zeer terughoudend wordt omgegaan met het delen van (onderdelen van) inschrijvingen met concurrenten, is dit oordeel opvallend te noemen. De voorzieningenrechter heeft hier de rechtsbescher-

¹⁰ Conclusie A-G Keus 31 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:487.

¹¹ Hoge Raad, 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.

ming laten prevaleren en dat juichen wij op zichzelf toe. Wij kunnen ons evenwel voorstellen dat dit oordeel anders was uitgevallen, indien KPN haar beroep op bedrijfsvertrouwelijkheid verder had uitgewerkt en onderbouwd.

Consequenties voor de praktijk?

Zowel het arrest van het hof als de uitspraak van de voorzieningenrechter zijn van groot belang voor de praktijk.

De eerste belangrijke les die inschrijvers hieruit kunnen halen is, zoals gezegd, dat iedere potentiële ernstige fout dient te worden vermeld in de EV. Doet een inschrijver dat niet, dan leidt het enkele niet vermelden al tot uitsluiting, terwijl de inschrijver zichzelf de kans ontnemt om de aanbestedende dienst er, in de EV op te nemen toelichting, van te overtuigen dat de betreffende fout niet ernstig is, althans niet tot uitsluiting dient te leiden.¹² Deze uitspraken onderstrepen het belang van een uitgebreide en overtuigende toelichting in die EV. Niet alleen ten behoeve van de aanbestedende dienst, maar ook om concurrenten ervan te weerhouden om in dit verband rechtsmaatregelen te treffen. Niet uitgesloten is immers, dat zij komen te beschikken over de EV.

Wat betreft de inhoud van die toelichting, dient in ieder geval aandacht te worden besteed aan de getroffen maatregelen (waaronder ook de vraag of schade is vergoed en meegewerkt is aan het onderzoek), de verstreken tijd en het voorwerp van de opdracht. Gezien het arrest van het hof verdient het aanbeveling om daarnaast aandacht te besteden aan de aard van de gedraging en de hoogte van een eventuele boete. Onder verwijzing naar de BIOS-zaken, kan voorts vermeldenswaardig zijn dat een eventuele boete nog niet onherroepelijk is geworden.

M.W. Speksnijder,
advocaat bij CMS

E. Sneeuw,
student-stagiaire bij CMS

¹² Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 augustus 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:1833.

253

Voorzieningenrechter Rechtbank
Midden-Nederland
30 september 2016, nr. C/16/418882/KG ZA
16-523, ECLI:NL:RBMNE:2016:5270
(mr. Killian)
Zie noot mr. M.W. Speksnijder en E. Sneeuw

Uitsluitingsgrond. Ernstige beroepsfout. Valse verklaring. Proportionaliteit. Inzage in/toelichting op Eigen Verklaring. Vertrouwelijkheid.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.10, 2.86, 2.87, 2.88]

De gemeente Utrecht (hierna: de gemeente) heeft een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor een 'Workforce Management oplossing' (WFM-oplossing). Een WFM-oplossing ziet op geautomatiseerde ondersteuning van serviceafspraken over de inzet van medewerkers ten behoeve van klanten. De gemeente heeft op de door de inschrijvers in te vullen Eigen Verklaring alle verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden aangekruist en daarmee van toepassing verklaard op deze aanbesteding.

BrightContact Technology B.V. (hierna: BrightContact) heeft op deze aanbesteding ingeschreven. Na beoordeling van de inschrijvingen heeft de gemeente BrightContact laten weten dat haar inschrijving als tweede is geëindigd en dat zij voornemens is de opdracht aan KPN B.V. te gunnen.

BrightContact stelt dat de gemeente de inschrijving van KPN had moeten uitsluiten omdat op KPN een of meer uitsluitingsgronden van toepassing zijn, namelijk die van de ernstige beroepsfout en de valse verklaring.

Ernstige beroepsfout

BrightContact stelt dat KPN in het verleden diverse ernstige overtredingen heeft begaan van de wettelijke regels voor haar marktgedrag en dat hiervoor door de ACM hoge boetes zijn opgelegd. Het gaat hier volgens BrightContact om gedragingen van KPN die in strijd zijn met de voor KPN relevante 'wet- en regelgeving, mededingingsrecht, toezichtregels en gedragsregels', die gekwalificeerd moeten worden als ernstige fouten in de zin van de Aw en de door de gemeente gepubliceerde aanbestedingsstukken.

Bij deze aanbesteding volgt uit art. 2.87 lid 2 Aw dat de genoemde terugblikperiode van 4 jaar ziet op de periode van 17 mei 2012 tot 17 mei 2016. Ter beoordeling staat allereerst of de gemeente zich bij de beoordeling van de inschrijving van KPN zoals deze op 17 mei 2016 is ingediend, in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat KPN in deze periode geen ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan. Besluiten of uitspraken die na de inschrijving bekend zijn geworden, zullen daarom buiten beschouwing worden gelaten.

De voorzieningenrechter overweegt, daarbij aansluitend bij de overwegingen in het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016: 6383), dat het begrip 'ernstige fout in de uitoefening van het beroep' in de Aanbestedingswet 2012 niet nader is omschreven. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft overwogen dat het begrip 'fout bij de beroepsuitoefening' elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer en dat dit begrip gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Het HvJ EU heeft voorts uitdrukkelijk overwogen dat voor de vaststelling van een fout bij de beroepsuitoefening het bestaan van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis geen vereiste is. Dat tegen de boetebesluiten van de ACM bezwaar en beroep is ingesteld, is in het kader van deze kort geding procedure dan ook niet van beslissende betekenis. Het HvJ EU heeft vervolgens bepaald dat het maken van een inbreuk op mede-

dingingsregels, met name wanneer die inbreuk met een geldboete is bestraft, heeft te gelden als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de door de ACM geconstateerde schendingen van de op grond van de Telecommunicatiewet aan KPN opgelegde verplichtingen naar hun aard en ernst dienen te worden gelijkgesteld aan het onder de Mededingingswet gesanctioneerde misbruik maken van een economische machtspositie. Nu niet ter discussie staat dat de boetebesluiten betrekking hebben op schendingen van onder de Telecommunicatiewet opgelegde verplichtingen, die hebben plaatsgevonden in een periode van vier jaar voorafgaand aan de inschrijving van KPN op de onderhavige aanbesteding, acht de voorzieningenrechter het voldoende aannemelijk dat KPN in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan.

Valse verklaringen

BrightContact stelt zich op het standpunt, dat KPN zich blijkens de 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. BrightContact stelt dat het indienen van een valse verklaring gezien kan worden als een ernstige fout in de zin van art. 2.87 lid 1 onderdeel c Aw en een valse verklaring in de zin van art. 2.87 lid 1 onderdeel e Aw. Dit had voor de gemeente ook een reden moeten zijn om KPN uit te sluiten, aldus BrightContact.

De voorzieningenrechter merkt hierover op dat genoemde uitspraak pas na de inschrijving van KPN bekend is geworden. Deze uitspraak zal daarom bij de beoordeling buiten beschouwing worden gelaten.

Proportionaliteit

Ingevolge art. 2.88 onder c Aw kan de aanbestedende dienst afzien van toepassing van art. 2.86 of art. 2.87.

BrightContact stelt zich op het standpunt dat in dit geval voor een proportionaliteitstoets geen ruimte is, omdat de gemeente in de aanbestedingsstukken afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid om een proportionaliteitstoets uit te voeren

De voorzieningenrechter stelt zich met de gemeente en KPN op het standpunt dat de aanbestedingsstukken niet kunnen afdoen aan de verplichting van de gemeente om op grond van art. 1.10 juncto art. 2.88 Aw te onderzoeken of uitsluiting proportioneel is.

In paragraaf 3.1 van de Inschrijvingsleidraad wordt vermeld dat het beoordelen van de inschrijvingen plaatsvindt door een verwervingsteam, waarin diverse deskundigheden zijn verenigd. Hieronder moet naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook het uitvoeren van een proportionaliteitstoets worden begrepen. De voorzieningenrechter heeft geen aanwijzingen dat het verwervingsteam een dergelijke toets heeft uitgevoerd. Hiervoor was ook niet direct aanleiding, omdat de gemeente zich tot nu toe, in navolging van KPN, primair op het standpunt heeft gesteld dat KPN geen ernstige beroepsfouten heeft begaan en dat er dus geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Nu op dit punt nog geen beoordeling door het verwervingsteam heeft plaatsgevonden, acht de voorzieningenrechter het niet passend om op dit moment al een oordeel te geven over de vraag of uitsluiting van KPN proportioneel is. Het verwervingsteam zal deze beoordeling eerst zelf moeten doen.

Inzage in/toelichting op de door KPN ingevulde Eigen Verklaring

De gemeente is tot nu toe niet bereid geweest de Eigen Verklaring van KPN vrijwillig aan BrightContact te verstrekken en heeft BrightContact ook nauwelijks informatie gegeven over de inhoud daarvan. De gemeente heeft niet nader toegelicht waarom dit niet van haar kan worden gevegd. Voor zover zij zich op het standpunt stelt dat het hier om vertrouwelijk informatie gaat, had het op haar weg gelegen om dit standpunt concreet te onderbouwen. Dit heeft zij echter niet gedaan. Ook KPN heeft zich hier niet concreet over uitgelaten. Gelet hierop dient aan het belang van BrightContact bij een effectieve rechtsbescherming de doorslag te worden gegeven en zal de gemeente worden veroordeeld om BrightContact een kopie toe te sturen van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring. De gemeente zal daarnaast worden veroordeeld om, indien zij de opdracht na de herbeoordeling van de inschrijving van KPN door het verwervingsteam nog steeds aan KPN wenst te gunnen, BrightContact 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 besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

BRIGHTCONTACT TECHNOLOGY B.V.,

gevestigd te Utrecht,

eiseres in de hoofdzaak,

verweerster in het incident primair tot tussenkomst en subsidiair tot voeging,

advocaat mr. M.J.J.M. Essers en mr. C.A.M. Lombert 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,

advocaten mr. J.F. van Nouhuys en mr. S.G. Tichelaar te Rotterdam.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 7 juli 2016
- de producties van de zijde van BrightContact
- de incidentele conclusie tot tussenkomst subsidiair voeging van KPN
- de mondelinge behandeling van 15 september 2016
- de pleitnota van BrightContact
- de pleitnota van de gemeente
- de pleitnota 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 BrightContact 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 BrightContact in de kosten van het incident.

2.2. BrightContact 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 BrightContact en de gemeente is op de wet ge-

grond. KPN heeft bij haar vordering tot tussenkomst voldoende belang. BrightContact 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). Een WFM-oplossing ziet op geautomatiseerde ondersteuning van serviceafspraken over de inzet van medewerkers ten behoeve van klanten. De datum waarop de inschrijvingen moesten worden ingediend was 17 mei 2016.

3.2. De gemeente heeft op de door de inschrijvers in te vullen 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 3.3 en 3.5 van belang. 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. BrightContact heeft op deze aanbesteding ingeschreven. Na beoordeling van de inschrijvingen heeft de gemeente BrightContact 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. BrightContact heeft de gemeente op 22 juni 2016 schriftelijk verzocht haar inzicht te geven in de Eigen Verklaring zoals deze is ingediend door KPN. BrightContact heeft daarbij toegelicht dat het haar vooral gaat om de paragrafen 7 en verder.

3.5. De gemeente heeft BrightContact op 23 juni 2016 bericht dat zij niet aan dit verzoek kan voldoen vanwege het vertrouwelijke karakter van de inschrijvingsdocumenten van KPN.

3.6. Op 24 juni 2016 heeft BrightContact de gemeente onder meer het volgende geschreven:

“ Ons verzoek om inzicht betreft op dit moment geen verzoek om inzage van de bewuste Eigen Verklaring, wij zouden wel graag vernemen of KPN B.V. bij paragraaf 7 toelichtingen heeft gegeven op de door ACM opgelegde boetes. Wij stellen u deze vraag in het licht van het volgende:

De voorzieningenrechter heeft op 9 juni jl. geoordeeld dat KPN B.V. terecht is uitgesloten van een aanbesteding omdat zij door ACM aan haar opgelegde boetebesluiten niet heeft gemeld in de Eigen Verklaring als zijnde een ernstige fout begaan in de uitoefening van het beroep zoals bedoeld in artikel 2.87, eerste lid onder c, AW 2012). KPN heeft zich hiermee schuldig gemaakt aan het verstrekken van een valse dan wel een onvolledige verklaring.

Op basis van bovenstaande hebben we de navolgende vragen voor u:

1) Heeft KPN B.V. bij paragraaf 7 toelichtingen gegeven in de Eigen Verklaring omtrent de door ACM opgelegde boetes? ”

3.7. De gemeente heeft in antwoord op vraag 1 verklaard dat zij kan bevestigen dat KPN een toelichting bij de Eigen Verklaring heeft gegeven omtrent aan haar door ACM opgelegde boetes.

3.8. BrightContact heeft de gemeente op 7 juli 2016 in dit kort geding gedagvaard.

3.9. Bij brief van 1 augustus 2016 heeft BrightContact de gemeente verzocht om een nader motivering van de beslissing om KPN niet uit te sluiten en om inzage te geven in de Eigen Verklaring van KPN, althans dat deel dat ziet op de (toelichting op de) uitsluitingsgronden.

3.10. De gemeente heeft BrightContact bij brief van 18 augustus 2016 meegedeeld dat zij bij de toetsing van de inschrijvingen op de uitsluitingsgronden ten aanzien van KPN tot de conclusie is gekomen dat zij niet aannemelijk kan maken dat KPN in de uitoefening van haar beroep een ernstige fout heeft begaan. De gemeente heeft dit oordeel gebaseerd op zowel de informatie in de in-

schrijving van KPN, als informatie die bekend is uit algemene bronnen. De gemeente heeft haar standpunt dat zij de gevraagde informatie niet zal en niet mag verstrekken vanwege het vertrouwelijke karakter ervan, gehandhaafd.

4 Het geschil

De vorderingen van BrightContact

4.1. BrightContact 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 17 juni 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 BrightContact, voor zover de gemeente de opdracht nog altijd wenst te gunnen, dan wel met BrightContact de concretiserings- en verificatiefase in te gaan;

d. te gebieden om aan BrightContact binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, een kopie toe te sturen van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring dan wel om aan BrightContact uitgebreid toe te lichten wat de inhoud van die verklaring is en nader te motiveren waarom de inhoud van die verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten; subsidiair

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 17 juni 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 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;

e. te gebieden om aan BrightContact binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, een kopie toe te sturen van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring dan wel om aan BrightContact uitgebreid toe te lichten wat de inhoud van die verklaring is en nader te motiveren waarom de inhoud van die verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten; meer subsidiair

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 17 juni 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 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;

e. te gebieden om aan BrightContact binnen 48 uur na de datum van dit vonnis, althans binnen een door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen termijn, een kopie toe te sturen van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring dan wel om aan BrightContact uitgebreid toe te lichten wat de inhoud van die verklaring is en nader te motiveren waarom de inhoud van die verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten; uiterst subsidiair

elke andere voorziening te treffen die de kantonrechter in goede justitie passend acht en die recht doet aan de belangen van BrightContact; 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 BrightContact, met veroordeling van BrightContact 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 BrightContact 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 BrightContact te gebieden en te gedogen dat de opdracht aan KPN wordt gegund;
3. BrightContact 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 BrightContact

5.2. BrightContact stelt zich ter onderbouwing van haar vorderingen op het standpunt dat de gemeente de inschrijving van KPN had moeten uitsluiten omdat op KPN een of meer uitsluitingsgronden van toepassing zijn, namelijk die van de ernstige beroepsfout en de valse verklaring.

Ernstige beroepsfout

5.3. Op deze aanbesteding is de Aanbestedingwet 2012 (Aw) van toepassing zoals deze gold op de datum van de aankondiging van de aanbestedingsprocedure op 1 april 2016.

Op grond van artikel 2.87 lid 1, onderdeel c, Aw kan de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure als zij aannemelijk kan maken dat de inschrijver of gegadigde in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken. Ingevolge het tweede lid be-

trekt de aanbestedende dienst bij de toepassing van het eerste lid, onderdeel c, uitsluitend ernstige fouten die zich in de vier jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan. 5.4. BrightContact stelt dat KPN in het verleden diverse ernstige overtredingen heeft begaan van de wettelijke regels voor haar marktgedrag en dat hiervoor door de ACM hoge boetes zijn opgelegd. BrightContact noemt in haar dagvaarding negen overtredingen en heeft nadien nog producties in het geding gebracht ter onderbouwing van een tiende overtreding. BrightContact stelt dat het bij deze overtredingen steeds gaat om benadeling van concurrenten, ondanks het feit dat KPN in april 2008 een Compliance regeling met de ACM en de OPTA is overeengekomen. Volgens BrightContact kan het keer op keer benadelen van concurrenten niet anders worden beschouwd dan als kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Het gaat hier om gedragingen van KPN die in strijd zijn met de voor KPN relevante "wet- en regelgeving, mededingingsrecht, toezichtregels en gedragsregels", die gekwalificeerd moeten worden als ernstige fouten in de zin van de Aw en de door de gemeente gepubliceerde aanbestedingsstukken.

5.5. De gemeente stelt zich op het standpunt dat slechts enkele van de overtredingen die BrightContact bij dagvaarding heeft genoemd betrekking hebben op de terugkijkperiode van 4 jaar vòòr de inschrijving, welke periode loopt van 17 mei 2012 tot 17 mei 2016. Dit betreft de overtredingen ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijn-bewaking (gedeeltelijk voor de periode van 17 mei 2012 tot 14 december 2013) en *21 Online. De gemeente is van mening dat deze overtredingen niet kwalificeren als 'ernstige fout'. Zij wijst er daarbij op dat de boete die is opgelegd voor de overtreding ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijn-bewaking door de ACM is gematigd. Volgens de ACM deed het gematigde bedrag voldoende recht aan de aard en de ernst van de overtredingen, omdat de omvang van de marktversturende effecten niet duidelijk was. Gelet op het recente en huidige marktgedrag van KPN bestaat er volgens de gemeente geen reden om te twifelen aan de juiste oordeelsvorming van de ACM in de ISDN-kwestie. Ook de *21 Online-kwestie, waarbij de boete in bezwaar is gematigd, levert (vooral nog) geen (voldoende) twijfel op met betrekking tot het gedrag van KPN. Daarnaast heeft de

gemeente niet vastgesteld dat van de kant van KPN sprake is geweest van kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst.

5.6. KPN heeft gesteld dat zij bij haar Eigen Verklaring melding heeft gemaakt van de twee boete-besluiten ten aanzien van ISDN-lijn-bewaking en *21 Online en daarbij heeft uitgelegd dat de vermeende overtredingen niet kunnen kwalificeren als ernstige beroepsfouten zoals bedoeld in het Forposta-arrest. Zij is het volstrekt oneens met de boete-besluiten en heeft daartegen bezwaar en beroep aangetekend. Van kwaad opzet en/of een zekere mate van nalatigheid is geen sprake geweest en de professionele geloofwaardigheid van KPN is nimmer in het geding gekomen.

KPN heeft toegelicht dat vanuit de Telecommunicatiewet ex ante-verplichtingen zijn opgelegd aan ondernemingen met een aanmerkelijke marktmacht om te voorkomen dat deze ondernemingen de marktmacht gebruiken om de mededinging op de relevante markt te beperken of te verstoren. KPN beschikt over een aanmerkelijke marktmacht ter zake het aanbieden van groothandelsdiensten op haar vaste netwerk aan derden. Zij is voortdurend in overleg met de ACM over de uitleg, toepassing en naleving van de ex ante-verplichtingen uit de Telecommunicatiewet. Dit zijn risicosfeer-verplichtingen: zodra er iets fout gaat, per ongeluk of niet, dan wordt dit KPN hoe dan ook aangerekend. Als er met de ACM een discussie ontstaat over de naleving van de Telecommunicatiewet, dan neemt de ACM een boetebesluit zodat de kwestie kan worden voorgelegd aan de rechter. Het gaat volgens KPN te ver om een dergelijke situatie als een ernstige fout aan te merken.

5.7. KPN stelt dat het besluit van de ACM van 23 juni 2015 inzake de ISDN-lijn-bewaking betrekking had op het feit dat zij de sinds 1996 op de zakelijke retailmarkt aangeboden faciliteit 'lijn-bewaking' aan haar eindgebruikers is blijven leveren zonder per 1 januari 2009 een afspiegeling daarvan op te nemen in het zogenaamde wholesale-aanbod (WLR-aanbod).

Volgens KPN is de opgelegde boete onterecht, omdat deze faciliteit niet valt onder de in het marktanalysebesluit opgelegde verplichtingen en niet in het WLR-aanbod hoefde te worden opgenomen. Het WLR-aanbod is destijds expliciet door de ACM getoetst en goedgekeurd. Bovendien wisten ook de concurrerende marktpartijen dat 'lijn-bewaking' bestond, maar geen van die concurrenten heeft daar ooit om gevraagd. KPN heeft

bezwaar gemaakt tegen het besluit van 23 juni 2015. De ACM heeft bij brief van 17 februari 2016 laten weten dat zij heeft besloten om het eerdere boetebesluit met vragen terug te zenden naar de interne directie die het oorspronkelijke boeterapport heeft geschreven. Er zou een heroverweging van het besluit kunnen plaatsvinden.

5.8. Voor de faciliteit *21 Online geldt dat de ACM KPN bij besluit van 1 augustus 2014 heeft beboet, omdat KPN deze faciliteit aan haar retail vaste telefonie klanten is blijven leveren, zonder deze faciliteit te spiegelen in haar wholesale-aanbod. De in eerste instantie opgelegde boete van circa € 2,7 miljoen is na bezwaar van KPN verlaagd naar € 640.000,-. De rechtbank Rotterdam heeft de boete bij uitspraak van 14 juli 2016 teruggebracht tot € 425.000,-. Van deze uitspraak is hogere beroep ingesteld.

KPN is het oneens met het boetebesluit, omdat de faciliteit *21 Online niet valt onder de toegangsverplichting als bedoeld in het marktanalysebesluit en daarom niet in het wholesale-aanbod hoeft te worden opgenomen. Concurrenten konden deze faciliteit ook zonder KPN aan hun klanten aanbieden. Bovendien is het desbetreffende WLR-aanbod van KPN destijds tot in detail besproken met de OPTA (thans ACM) én de betrokken concurrerende marktpartijen. Geen van deze partijen heeft toen aangegeven dat deze faciliteit ten onrechte ontbrak in hun wholesale-aanbod. De ACM heeft het WLR-aanbod van KPN destijds ook expliciet goedgekeurd in een formeel besluit.

5.9. Bij deze aanbesteding volgt uit artikel 2.87 lid 2 Aw dat de genoemde terugkijkperiode van 4 jaar ziet op de periode van 17 mei 2012 tot 17 mei 2016. Ter beoordeling staat allereerst of de gemeente zich bij de beoordeling van de inschrijving van KPN zoals deze op 17 mei 2016 is ingediend, in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat KPN in deze periode geen ernstige fouten in de uitoefening van haar beroep heeft begaan. Besluiten of uitspraken die na de inschrijving bekend zijn geworden, zullen daarom buiten beschouwing worden gelaten.

5.10. BrightContact heeft niet betwist dat van de door haar genoemde overtredingen van KPN slechts voor de overtredingen ten aanzien van de faciliteit ISDN-lijnbewaking en *21 Online geldt dat deze binnen genoemde periode vallen en dat de hierop betrekking hebbende boetebesluiten van de ACM vóór de inschrijving bekend zijn ge-

worden. De voorzieningenrechter zal zich bij de beoordeling of KPN een ernstige fout heeft begaan daarom beperken tot deze overtredingen.

5.11. De voorzieningenrechter overweegt, daarbij aansluitend bij de overwegingen in het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 (ECLI:NL:RBDHA:2016:6383), dat het begrip 'ernstige fout in de uitoefening van het beroep' in de Aanbestedingswet 2012 niet nader is omschreven. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft in het Forposta-arrest (HvJ EU 13 december 2012, zaak C-465/11) overwogen dat het begrip 'fout bij de beroepsuitoefening' elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer en dat dit begrip gewoonlijk ziet op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. Het HvJ EU heeft voorts uitdrukkelijk overwogen dat voor de vaststelling van een fout bij de beroepsuitoefening het bestaan van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis geen vereiste is. Dat tegen de boetebesluiten van de ACM bezwaar en beroep is ingesteld, is in het kader van deze kort geding procedure dan ook niet van beslissende betekenis. Het HvJ EU heeft vervolgens in zijn arrest van 18 december 2014 (C-470/13 Generali) bepaald dat het maken van een inbreuk op mededingingsregels, met name wanneer die inbreuk met een geldboete is bestraft, heeft te gelden als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep.

5.12. Tussen partijen is niet in geschil dat de aan KPN opgelegde boetebesluiten betrekking hebben op geconstateerde schendingen door KPN van de Telecommunicatiewet. De Telecommunicatiewet legt vooraf verplichtingen op aan aanbieders, die, zoals in casu KPN, krachtens deze wet als aanmerkelijke marktmacht zijn aangewezen. De voorzieningenrechter is - met de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag - voorshands van oordeel dat de door de ACM geconstateerde schendingen van de op grond van de Telecommunicatiewet aan KPN opgelegde verplichtingen naar hun aard en ernst dienen te worden gelijkgesteld aan het onder de Mededingingswet gesancioneerde misbruik maken van een economische machtspositie. Nu niet ter discussie staat dat de boetebesluiten betrekking hebben op schendingen van onder de Telecommunicatiewet opgelegde verplichtingen, die hebben plaatsgevonden in een

periode van vier jaar voorafgaand aan de inschrijving van KPN op de onderhavige aanbesteding, acht de voorzieningenrechter het voldoende aannemelijk dat KPN in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan.

5.13. De voorzieningenrechter neemt daarbij ook in aanmerking dat de gemeente op pagina 13 van de door haar gepubliceerde Inschrijvingsleidraad onder meer de volgende toelichting op de uitsluitingsgrond 'ernstige fout' heeft gegeven:

"Tot slot verstaat de gemeente onder ernstige fout in de uitoefening van zijn beroep in ieder geval ook overtredingen op het gebied van milieuwetgeving, gedragingen in strijd met voor het beroep of bedrijf relevante wet- en regelgeving, mededingingsrecht, tuchtrechtsregels, toezichtsregels, gedragsregels."

Gelet op deze opsomming van gedragingen die door de gemeente als ernstige fout worden verstaan, heeft de gemeente zich niet in redelijkheid op het standpunt kunnen stellen dat zij ondanks de door de ACM genomen boetebesluiten niet aannemelijk kan maken dat KPN in de terugkijkperiode ernstige fouten heeft begaan. De omstandigheid dat de ACM voor de overtredingen een boete heeft opgelegd, maakt het aannemelijk dat sprake is geweest van nalatigheid van een zekere ernst. De voorzieningenrechter acht de stelling van KPN dat de ACM alleen boetebesluiten neemt om een verschil van inzicht met KPN over de ex ante-verplichtingen aan de rechter te kunnen voorleggen en dat deze boetebesluiten daarom niet zonder meer als een ernstige fout kunnen worden aangemerkt, onvoldoende overtuigend. Daarvoor zijn de opgelegde boetes te hoog. KPN heeft bovendien de stelling van BrightContact dat de overtredingen door de ACM volledig verwijtbaar zijn geacht omdat anders op artikel 5:41 van de Algemene wet bestuursrecht geen boete kon worden opgelegd, niet betwist. Ook gelet hierop is er voldoende reden om een overtreding waarvoor door de ACM een boete is opgelegd, aan te merken als een nalatigheid van een zekere ernst.

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. BrightContact 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. BrightContact 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 BrightContact.

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.

Proportionaliteit

5.18. Ingevolge artikel 2.88 onder c Aw kan de aanbestedende dienst afzien van toepassing van artikel 2.86 of artikel 2.87:

- a. om dwingende redenen van algemeen belang;
- b. indien de gegadigde of inschrijver naar het oordeel van de aanbestedende dienst voldoende maatregelen heeft genomen om het geschonden vertrouwen te herstellen;
- c. indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

5.19. BrightContact stelt zich op het standpunt dat in dit geval voor een proportionaliteitstoets geen ruimte is, omdat de gemeente in de aanbestedingsstukken afstand heeft gedaan van haar bevoegdheid om een proportionaliteitstoets uit te voeren. BrightContact baseert dit op de volgende passage in de aankondiging van de aanbesteding:

“III.2) VOORWAARDEN VOOR DEELNEMING

III.2.1) Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:

Eis: Uitsluitingsgronden

Beschrijving: Alle in de Eigen verklaring door de aanbestedende dienst aangevinkte uitsluitingsgronden zijn niet op u van toepassing.

Toelichting op Bewijsstuk: Bewijsstukken hiervan zullen slechts gevraagd worden van de voorlopig winnaar. In eerste instantie volstaat het rechtsgeldig ondertekend hebben van de Eigen Verklaring.”

5.20. BrightContact verwijst voorts naar pagina 14 van de Inschrijvingsleidraad, waar staat:

“Inschrijvers die niet onvoorwaardelijk aan alle eisen aan de opdracht en procedure voldoen, vallen af.”

5.21. De voorzieningenrechter stelt zich met de gemeente en KPN op het standpunt dat deze uitsluitingen in de aanbestedingsstukken niet kunnen afdoen aan de verplichting van de gemeente om op grond van artikel 1.10 juncto artikel 2.88 Aw te onderzoeken of uitsluiting proportioneel is.

5.22. BrightContact stelt zich op het standpunt dat KPN zelfs met inachtneming van een proportionaliteitstoets van deelname moet worden uitgesloten, omdat sprake is van recidive, een combinatie van twee uitsluitingsgronden (ernstige fout en valse verklaring), het plegen van ernstige fouten ondanks een compliance programma en afspraken met toezichthouders, pogingen om publicaties tegen te houden over de overtredingen, jarenlange verzwijging van de ernstige fouten bij aanbestedingen en zeer ernstige gedragingen die direct verband houden met aanbestedingen (manipulatie van de aanbestedingsprocedure).

5.23. In paragraaf 3.1 van de Inschrijvingsleidraad wordt vermeld dat het beoordelen van de inschrijvingen plaatsvindt door een verwervingssteam, waarin diverse deskundigheden zijn verenigd. Hieronder moet naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook het uitvoeren van een propor-

tionaliteitstoets worden begrepen. De voorzieningenrechter heeft geen aanwijzingen dat het verwervingssteam een dergelijke toets heeft uitgevoerd. Hiervoor was ook niet direct aanleiding, omdat de gemeente zich tot nu toe, in navolging van KPN, primair op het standpunt heeft gesteld dat KPN geen ernstige beroepsfouten heeft begaan en dat er dus geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn. Nu op dit punt nog geen beoordeling door het verwervingssteam heeft plaatsgevonden, acht de voorzieningenrechter het niet passend om op dit moment al een oordeel te geven over de vraag of uitsluiting van KPN proportioneel is. Het verwervingssteam zal deze beoordeling eerst zelf moeten doen.

5.24. Gelet hierop zullen niet de primaire vorderingen, maar de subsidiaire vorderingen sub a tot en met d worden toegewezen, op de wijze zoals in de beslissing is weergegeven. De voorzieningenrechter ziet in hetgeen door BrightContact is aangevoerd onvoldoende aanleiding om te bepalen, zoals door BrightContact is gevorderd, dat de (her)beoordeling van de inschrijving van KPN door een nieuw samen te stellen onafhankelijk beoordelingsteam dient plaats te vinden.

Inzage in/toelichting op de door KPN ingevulde Eigen Verklaring

5.25. BrightContact stelt dat het, gelet op de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag, heel wel mogelijk is dat KPN ook in deze procedure valselijk heeft verklaard en dat zij op grond van het transparantiebeginsel het recht heeft te verifiëren of KPN alle relevante besluiten van de ACM in de Eigen Verklaring heeft genoemd. Zij vordert daarom subsidiair sub e inzage in dan wel een nadere toelichting op de door KPN ingevulde Eigen Verklaring en om een nadere motivering waarom de inhoud van die verklaring en/of door KPN na inschrijving verstrekte informatie geen aanleiding geeft om KPN uit te sluiten.

5.26. De voorzieningenrechter stelt vast dat de gemeente tot nu toe tegenover BrightContact 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. De gemeente heeft in beginsel een grote mate van beoordelingsvrijheid bij de beoordeling van inschrijvingen. Daar staat echter tegenover dat er bij BrightContact naar aanleiding van het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag van 9 juni 2016 gerecht-

vaardigde twijfel heeft kunnen ontstaan over de juistheid van de gunningsbeslissing en BrightContact 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.

5.27. De gemeente is tot nu toe niet bereid geweest de Eigen Verklaring van KPN vrijwillig aan BrightContact te verstrekken en heeft BrightContact ook nauwelijks informatie gegeven over de inhoud daarvan. De gemeente heeft niet nader toegelicht waarom dit niet van haar kan worden gevergd. Voor zover zij zich op het standpunt stelt dat het hier om vertrouwelijk informatie gaat, had het op haar weg gelegen om dit standpunt concreet te onderbouwen. Dit heeft zij echter niet gedaan. Ook KPN heeft zich hier niet concreet over uitgelaten. Gelet hierop dient aan het belang van BrightContact bij een effectieve rechtsbescherming de doorslag te worden gegeven en zal de gemeente worden veroordeeld om BrightContact een kopie toe te sturen van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring. De gemeente zal daarnaast worden veroordeeld om, indien zij de opdracht na de herbeoordeling van de inschrijving van KPN door het verwervingsteam nog steeds aan KPN wenst te gunnen, BrightContact 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.

5.28. De gevorderde dwangsommen zullen op de in de beslissing weergegeven wijze worden toegevoegd.

Proceskosten

5.29. De gemeente en KPN zullen als de groten-deels in het ongelijk gestelde partijen hoofdelijk in de proceskosten van BrightContact worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van BrightContact worden begroot op:

- dagvaarding € 77,75
 - griffierecht 619,00
 - salaris advocaat 816,00
- Totaal € 1.512,75

5.30. De door BrightContact over deze proceskosten gevorderde wettelijke rente zal als volgt worden toegewezen.

5.31. De nakosten, waarvan BrightContact betaling vordert, zullen op de in de beslissing weergegeven wijze worden toegewezen.

Ten aanzien van de vorderingen van KPN

5.32. De voorzieningenrechter verwijst naar al hetgeen hiervoor is overwogen. Daaruit volgt dat de vorderingen van KPN zullen worden afgewezen, met een proceskostenveroordeling als hiervoor gemeld.

5.33. 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 drie werkdagen na de datum van dit vonnis de voorlopige gunningsbeslissing van 17 juni 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 BrightContact 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 € 20.000,00 is bereikt;

6.6. gebiedt de gemeente om de inschrijving van KPN te laten herbeoordelen door het verwervingsteam, met inachtneming van de overwegingen 5.23 en 5.24. van dit vonnis;

6.7. gebiedt de gemeente om, indien zij de opdracht nog steeds wenst te gunnen, na de herbeoordeling van de inschrijving van KPN door het verwervingsteam een nieuwe voorlopige gunningsbeslissing te nemen;

6.8. gebiedt de gemeente om aan BrightContact binnen drie werkdagen na de datum van dit vonnis een kopie toe te sturen van de door KPN ingevulde Eigen Verklaring;

6.9. veroordeelt de gemeente om aan BrightContact 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 6.8. uitgesproken hoofdveroordeling voldoet, tot een maximum van € 20.000,00 is bereikt;

6.10. veroordeelt de gemeente om, indien zij de opdracht na de herbeoordeling van de inschrijving van KPN door het verwervingsteam nog steeds aan KPN wenst te gunnen en ten gunste van KPN een voorlopige gunningsbeslissing neemt, BrightContact 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;

6.11. veroordeelt de gemeente en KPN hoofdelijk in de proceskosten van BrightContact, die tot op heden worden begroot op € 1.512,75, 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 verstreken van de (bank)gegevens door BrightContact ten behoeve van de betaling indien dit pas na de datum van het vonnis gebeurt, tot de dag van volledige betaling;

6.12. veroordeelt de gemeente en KPN hoofdelijk, onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door BrightContact 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 explootkosten 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;

6.13. compenseert de proceskosten in het geding tussen KPN en de gemeente in die zin dat iedere partij haar eigen kosten draagt;

6.14. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

6.15. wijst het meer of anders gevorderde af.