

163

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag  
9 juni 2016, nr. C/09/509037 KG/ZA 16-463,  
ECLI:NL:RBDHA:2016:6383  
(mr. Van Ham)  
Noot mr. C.H. van Hulsteijn

**Verplichte uitsluitingsgronden. Facultatieve uitsluitingsgronden. Ernstige fout in de uitoefening van beroep. Valse verklaring.**

[Aanbestedingswet 2012 art. 2.86, 2.87 lid 1 onder c en e]

*De Belastingdienst heeft een openbare Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd teneinde te komen tot het sluiten van een raamovereenkomst voor levering, onderhoud en support en dienstverlening van netwerkcomponenten (hierna: 'de Opdracht').*

*De Opdracht en de aanbestedingsprocedure zijn beschreven in het Beschrijvend Document, hierin 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. Daarnaast staat beschreven 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 2012 (verplichte uitsluitingsgronden) of die zich bevinden in de omstandigheden als beschreven in de in de Eigen verklaring opgenomen facultatieve uitsluitingsgronden.*

*Bij brief van 2 december 2015 heeft de Belastingdienst aan KPN B.V. (hierna: KPN) bericht dat haar inschrijving is aangemerkt als de economisch meest voordelige inschrijving en dat de Belastingdienst voornemens is de Opdracht aan KPN te gunnen.*

*Nadat Telindus-Isit B.V. (hierna: Telindus) naar aanleiding van de voorlopige gunningsbeslissing een kort geding aanhangig had gemaakt omdat volgens haar een of meerdere uitsluitingsgronden op KPN van toepassing is/zijn, heeft de Belastingdienst bij brief van 28 januari 2016 aan KPN bericht dat hij aanleiding ziet het gunningsvoornemen in te trekken met het oog op nader beraad. Vervolgens gaat de Belastingdienst over tot uitsluiting van KPN.*

#### **Ernstige fout in de uitoefening van beroep**

*De Belastingdienst heeft ten eerste aan zijn beslissing tot uitsluiting ten grondslag heeft gelegd dat door KPN vanwege de door de ACM aan haar opgelegde boetebesluiten een ernstige fout heeft begaan in de uitoefening van het beroep (facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld in art. 2.87 lid 1 onder c Aw 2012)*

*Het begrip ernstige fout in de uitoefening van het beroep is in de Aw 2012 niet nader omschreven. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft overwogen dat bedoelde ernstige fout elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer. Het HvJ EU heeft daarbij uitdrukkelijk overwogen dat voor de vaststelling van een fout in de beroepsuitoefening het bestaan van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis geen vereiste is. Dat tegen de boetebesluiten van de ACM hoger 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 mededingingsregels, 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 (mede) betrekking hebben op schendingen van onder de Telecommunicatiewet opgelegde verplichtingen, die hebben plaatsgevonden in een periode van vier jaar voorafgaand aan het door KPN indienen van haar inschrijving op de onderhavige aanbesteding, is in dit kort geding door de Belastingdienst voldoende aannemelijk gemaakt dat KPN in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan.*

#### **Evenredigheidstoets**

*Vervolgens is aan de orde of het geconstateerde bestaan van voormelde ernstige fout de uitsluiting van KPN van de onderhavige aanbestedingsprocedure zelfstandig kan dragen. Dit is niet het geval. Van belang is dat ingeval van een geconstateerde ernstige fout naar nationaal recht aan de hand van het evenredigheidsbeginsel dient te worden bepaald of daadwerkelijk uitsluiting van de betrokken inschrijver moet volgen. Vaststaat dat Belastingdienst bedoelde toetsing aan het evenredigheidsbeginsel (tot op heden) niet heeft uitgevoerd. De*

Belastingdienst is van mening dat deze toets slechts aan de orde is op het moment dat de inschrijver de aanbestedende dienst bij inschrijving juist en volledig heeft voorgelicht over het bestaan van de ernstige fout en daarbij uitdrukkelijk melding heeft gemaakt van de redenen waarom dit niet tot uitsluiting van de aanbesteding zou moeten leiden. In dit standpunt kan de Belastingdienst niet worden gevolgd. De Belastingdienst brengt hiermee immers een niet-toelaatbare koppeling aan tussen twee op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden, te weten de uitsluitingsgronden als bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub c en sub e Aw 2012, waarvan de toepasselijkheid op KPN afzonderlijk dient te worden getoetst.

#### **Valse verklaring**

Nu het bestaan van voormelde ernstige fout de uitsluiting van KPN als zodanig niet kan rechtvaardigen, komt de voorzieningenrechter toe aan de vraag of deze uitsluiting kan worden gestoeld op de eveneens door de Belastingdienst aan zijn uitsluitingsbeslissing ten grondslag gelegde omstandigheid dat KPN zich bij haar inschrijving 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 (art. 2.87 lid 1 onder e).

Deze vraag wordt door de voorzieningenrechter bevestigend beantwoord. Met de ondertekening van de Eigen verklaring, die krachtens het Beschrijvend Document volledig en naar waarheid dient te worden ingevuld, heeft KPN immers desgevraagd verklaard dat zij gedurende een periode van vier jaar voorafgaand aan het indienen van de inschrijving in de uitoefening van het beroep geen ernstige fout heeft begaan alsmede dat zij zich ervan bewust is dat het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een valse verklaring en dat dit kan leiden tot een onvoorwaardelijke uitsluiting voor de duur van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had het voor KPN als redelijk geïnformeerd en redelijk oplettend inschrijver voldoende duidelijk moeten zijn dat de door de ACM geconstateerde schendingen als ernstige beroepsfout kwalificeren. Aldus rustte op KPN de verplichting om hiervan in de Eigen verklaring melding te maken.

Zoals de Belastingdienst terecht heeft opgemerkt en als zodanig door KPN niet is betwist, verzetten het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebegin-

sel zich ertegen dat aan KPN een mogelijkheid wordt geboden om voormelde gebreken in de Eigen verklaring te herstellen. Voormelde beginzelen staan er eveneens aan in de weg dat – zoals KPN beoogt – een inschrijver die valselyk heeft verklaard via een aan te leggen proportionaliteits-toets van uitsluiting zou kunnen worden gevrijwaard. Gebreken in een inschrijving kunnen in een lopende aanbesteding niet via een proportionaliteits-toets worden hersteld.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KPN B.V.,

statutair gevestigd en kantoorhoudende te Den Haag,

eiseres,

advocaat mr. J.F. van Nouhuys te Rotterdam,

tegen:

de publiekrechtelijke rechtspersoon

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Financiën),

zetelende te Den Haag,

gedaagde,

advocaat mr. A.L.M. de Graaf te Den Haag,

waarin is tussengekomen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TELINDUS-ISIT B.V.,

gevestigd te Utrecht,

advocaten mr. M.J.J.M. Essers en mr. J.W. Dibbits te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'KPN', 'de Belastingdienst' en 'Telindus'.

#### *1 De procedure*

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 13 april 2016, met producties;
- de brief van mr. De Graaf van 20 mei 2016, met producties;
- de incidentele conclusie tot primair tussenkomst en subsidiair voeging van Telindus;
- de akte houdende wijziging van eis tevens houdende overlegging producties van Telindus;
- de op 25 mei 2016 gehouden mondelinge behandeling, waarbij door alle partijen pleitnotities zijn overgelegd.

1.2. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 Het incident tot tussenkomst/voeging

2.1. Telindus heeft primair gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen KPN en de Belastingdienst. Ter zitting hebben KPN en de Belastingdienst verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. Telindus is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat de toewijzing van de gevorderde tussenkomst in de weg staat aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen.

3 De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

3.1. De Belastingdienst heeft een openbare Europese aanbestedingsprocedure georganiseerd ten einde te komen tot het sluiten van een raamovereenkomst voor levering, onderhoud en support en dienstverlening van netwerkcomponenten (hierna: 'de Opdracht').

3.2. De Opdracht en de aanbestedingsprocedure zijn beschreven in het 'Beschrijvend Document Openbare Europese Aanbesteding Lancat 2015' van 8 oktober 2015 (hierna: 'het Beschrijvend Document'). Vragen van potentiële inschrijvers zijn door de Belastingdienst in zes nota's van inlichtingen beantwoord. Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) van toepassing. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving (emvi).

3.3. In paragraaf 3.6.4. van 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. In paragraaf 3.8.1. van het Beschrijvend Document staat beschreven dat van verdere deelname aan de aanbesteding worden uitgesloten inschrijvers die zich bevinden in een van de omstandigheden als bedoeld in artikel 2.86 Aw 2012 (verplichte uitsluitingsgronden) of die zich bevinden in de omstandigheden als beschreven in de in de Eigen verklaring opgenomen facultatieve uitsluitingsgronden.

3.3.1. Bedoelde Eigen verklaring is als bijlage 13 bij het Beschrijvend Document gevoegd. Het Beschrijvend Document schrijft onder geschiktheids-eis 1 (pagina 26) voor dat de inschrijver de Eigen verklaring volledig en naar waarheid dient in te

vullen. In de eigen verklaring zijn de volgende facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing verklaard:

*De aanbestedende dienst dient, indien zij facultatieve uitsluitingsgronden stelt, een te geven welke facultatieve uitsluitingsgronden zij de betreffende aanbesteding van toepassing zijn. De aanbestedende dienst kan, en ook voor zover deze geen facultatieve uitsluitingsgronden te stellen, in dat geval heeft de aanbestedende dienst zich in te waken bij punt 3.3.3. Het is de aanbestedende dienst niet toegestaan publicatiegronden te stellen. Het is per aanbesteding of afname of het stellen van een procedure is om de facultatieve uitsluitingsgronden te stellen.*

- Een onderneming niet versieren in staat met falissement of liquidatie, deers werkzaamheden niet zijn gestaakt, jegens deze geen surseance van betaling of een faillissement bestaat, gelijk, en het onderneming niet versieren in een andere wettelijke of gerechtelijke een wettelijke procedure die voortdurend is of op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving.
- Tegen zijn onderneming of een bestuurder ervan in de voor jaar voordelgaand aan het laatste van het indienen van het verzoek tot aanmelding of de inschrijving niet een ondernemingsrechtelijke rechtszaak of zaak is geding op grond van wet- of regelgeving van het land van toepassing, welke wet- of regelgeving wegens overeenkomst van niet voor hem relevant tevens van toepassing is.

*In de Edele rapportconferentie wordt, in de tekst bij voorzichth 1.3.4, dat ook de facultatieve uitsluitingsgronden, aangegeven dat de facultatieve uitsluitingsgronden van het begaan van een overige fout in de aanbesteding van het begaan van een overige fout in de voor meerdere vordering is en daardoor te laat is te geven. Vervolgens wordt aangegeven dat de aanbesteding moet worden aangegeven met het stellen van deze uitsluitingsgronden.*

- Zijn ondervermogen, of een bepaalde ervan in de voor jaar voordelgaand aan het laatste van het indienen van het verzoek tot aanmelding of de inschrijving in een wettelijke of gerechtelijke een wettelijke procedure die voortdurend is of op hem van toepassing zijnde wet- of regelgeving.
- Zijn onderneming heeft voortaan aan verplichtingen op grond van op hem van toepassing zijnde wettelijke of gerechtelijke maatregelen tot betaling van sociale zekerheidspremie's of belastingen.

*Op basis van het verspreiden van feitelijke of juridische inlichtingen in het kader van deze aanbesteding, het de aanbestedende dienst een onderneming uitlichten in een lokale aanbestedingsprocedure. Onder inlichtingen die verspreid worden in het kader van aanbestedingsprocedure, wordt bedoeld te zijn: 1. Het alle informatie die door de aanbestedende dienst verspreid wordt in het kader van de aanbesteding.*

- Een onderneming, die het verspreiden van inlichtingen die door de aanbestedende dienst van hem waren verspreid in het kader van aanbestedingsprocedure, zijn niet in sommige mate schuldig heeft gemaakt aan het verspreiden van inlichtingen die door de aanbestedende dienst verspreid zijn, of aan welke het verspreiden van inlichtingen niet, of niet voldoende heeft verspreid.

3.3.2. Daarnaast bevat de Eigen verklaring – voor zover thans van belang – de navolgende bepalingen:

7 Toelichting onderneming voor zover niet aan de uitsluitingsgronden/keien wordt voldaan

*De onderneming van dit advies is, indien het niet op grond van het samenwerkingsverband waar hij deel van uitmaakt of met betrekking van een andere/anderen voor zover de wet of het lokale aan te geven uitsluitingsgronden en/of aan wordt voldaan.*

*In de Eigen verklaring mogen geen andere verplichtingen worden aangegeven. De ondernemingen kan bij punt 3.3.3 worden opgenomen dat er een uitsluitingsgronden en/of die te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet toelichting is dat het niet voldaan aan de uitsluitingsgronden en/of die te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet de aanbestedingsprocedure. Onder alleen andere lokale aanbestedingsprocedure op de technische voorwaarden en/of de aanbestedingsvoorwaarden (punt 3) versieren. Om te voldaan aan een lokale uitsluitingsgronden en/of die te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet toelichting is dat het niet voldaan aan de uitsluitingsgronden en/of die te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet de aanbestedingsprocedure. Het is de aanbestedende dienst niet toegestaan de afwijking te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet toelichting is dat het niet voldaan aan de uitsluitingsgronden en/of die te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet de aanbestedingsprocedure. Het is de aanbestedende dienst niet toegestaan de afwijking te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet toelichting is dat het niet voldaan aan de uitsluitingsgronden en/of die te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet de aanbestedingsprocedure.*

9 Ondertekening

*Bijlage 1 is ook onderdeel van deze Eigen verklaring, indien er selectiecriteria worden genoemd die aangegeven te worden in de bijlage.*

9.1. Het deze verklaring is bedoeld aan bestemming de eigenverklaring te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet toelichting is dat het niet voldaan aan de uitsluitingsgronden en/of die te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet de aanbestedingsprocedure. Het is de aanbestedende dienst niet toegestaan de afwijking te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet toelichting is dat het niet voldaan aan de uitsluitingsgronden en/of die te versieren met 'keien' is, met een toelichting waarom de onderneming niet de aanbestedingsprocedure.

3.4. Bij brief van 2 december 2015 heeft de Belastingdienst aan KPN bericht dat haar inschrijving is aangemerkt als de economisch meest voordelige inschrijving en dat de Belastingdienst voornemens is de Opdracht aan KPN te gunnen.

3.5. Nadat Telindus naar aanleiding van de voorlopige gunningsbeslissing een kort geding aanhangig had gemaakt omdat volgens haar een of meerdere uitsluitingsgronden op KPN van toepassing is/zijn, heeft de Belastingdienst bij brief van 28 januari 2016 aan KPN bericht dat hij aanleiding ziet het gunningsvoornemen in te trekken met

het oog op nader beraad. Telindus heeft hierop de door haar geëntameerde kortgedingprocedure ingetrokken.

3.6.

Bij brief van 12 februari 2016 heeft de Belastingdienst naar aanleiding van het feit dat hij in voormelde kortgedingprocedure door Telindus is gewezen op een drietal op 23 juni 2015 door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) aan KPN opgelegde boetebesluiten wegens – kort gezegd – schendingen van de krachtens de Telecommunicatiewet aan KPN opgelegde transparantieplichting en/of non-discriminatieverplichting, onder meer als volgt aan KPN bericht:

*“Gegeven de inhoud van deze boetebesluiten ziet de Belastingdienst zich geplaatst voor de vraag of genoemde besluiten in deze aanbesteding een beletsel vormen aan KPN B.V. te gunnen.*

*Uitsluitingsgronden*

*Ernstige fout*

*(...)*

*Naar het oordeel van de Belastingdienst is op basis van de thans bij de Belastingdienst bekende gegevens sprake van ernstige fouten in de uitoefening van het beroep in de zin van artikel 2.87 lid 1 c. KPN brengt (...) naar voren dat geen sprake zou zijn van “ernstige fouten” omdat de overtredingen niet zouden getuigen van “boos opzet” aan de zijde van KPN, maar dat het zou gaan om “honest mistakes”*

*Op basis van de gepubliceerde boetebesluiten blijkt dat KPN dit argument ook aan ACM heeft voorgelegd. ACM heeft dit echter van de hand gewezen en heeft geconcludeerd dat de overtredingen volledig verwijtbaar zijn.*

*De Belastingdienst mag als aanbestedende dienst op dit oordeel van ACM afgaan. Voor zover de Belastingdienst bekend, zijn de boetebesluiten van kracht, en niet door een rechter vernietigd of geschorst. De Belastingdienst heeft dan ook van de rechtmatigheid van de besluiten uit te gaan.*

*(...)*

*Blijkens de door ACM afgegeven beschikkingen zijn de vastgestelde overtredingen ook na 18 november 2011 begaan, zodat sprake is van het begaan van ernstige fouten in de uitoefening van het beroep door KPN*

*B.V. in de vier jaar voorafgaand aan het indienen van de inschrijving.*

*(...)*

*Een (...) proportionaliteitstoets is naar het oordeel van de Belastingdienst wel pas aan de orde op het moment dat de inschrijver de aanbestedende dienst bij inschrijving juist en volledig heeft voorgelicht over het bestaan van de ernstige fouten én daarbij uitdrukkelijk melding heeft gedaan van de redenen waarom dit niet tot uitsluiting in de concrete aanbesteding behoeft te leiden. Het model Eigen verklaring biedt daar ook expliciet de ruimte voor onder paragraaf 7. (...)*

*KPN B.V. heeft een dergelijke toelichting echter niet gegeven. KPN B.V. heeft middels ondertekening van de Eigen verklaring onverkort en zonder voorbehoud verklaard dat zijzelf noch haar bestuurders een ernstige fout heeft begaan in de vier jaar voorafgaand aan het tijdstip van inschrijving. Zij heeft in het geheel geen melding gedaan van de op moment van inschrijving geldende boetebeschikkingen van ACM. Evenmin heeft zij de Belastingdienst gronden of redenen in overweging gegeven waarom zij desalniettemin moet worden toegelaten tot de procedure. Dit kan niet meer worden hersteld.*

*Een inschrijver die in een lopende aanbesteding foutieve of onvolledige informatie verstrekt moet van deelname aan die procedure moet worden uitgesloten.*

*(...)*

*In deze aanbesteding is ook de eis gesteld dat de inschrijver op de Eigen verklaring aangeeft of uitsluitingsgronden van toepassing zijn en dat hij deze volledig en naar waarheid invult.*

*(...)*

*De Belastingdienst is voorshands van oordeel dat KPN (...) aan deze eisen niet heeft voldaan, hetgeen een eigenstandige grond vormt voor uitsluiting.*

*Het niet melden van een ernstige fout op de Eigen verklaring kan daarnaast als een onvolledige dan wel valse verklaring worden beschouwd in de zin van de facultatieve uitsluitingsgrond uit artikel 2.87 lid 1 sub e AW.*

*(...)*

*De Staat is van oordeel dat geen proportionaliteitstoets behoeft te worden uitgevoerd indien sprake is van uitsluiting als gevolg van het verstrekken van onjuiste dan wel onvolledige informatie in de lopende aanbesteding. Een proportionaliteitstoets is er niet voor bedoeld om gebreken in de inschrijving in een lopende aanbesteding te herstellen. Alleen als sprake is van een kennelijke omissie bij herstel waarvan de gelijkheid niet in het geding komt, is herstel van een inschrijving mogelijk. Een omissie of gebrek in de Eigen verklaring is dat niet. Aan*

het juist invullen van de Eigen verklaring komt een groot belang toe, omdat dit het enige document is aan de hand waarvan de aanbestedende dienst toetst of voldaan is aan de uitsluitingsgronden en andere eisen.

(...)

Er is in de Eigen verklaring dan ook expliciet bepaald dat het verstrekken van onjuiste dan wel onvolledige informatie in de lopende aanbesteding tot onvoorwaardelijke uitsluiting kan leiden. De inschrijver verklaart zich ook daarvan bewust te zijn (...)

Alles overziend is de Belastingdienst thans voornemens om KPN van deze aanbesteding uit te sluiten wegens het niet bij Eigen verklaring melden van het in de vier jaar voorafgaand aan de Inschrijving begaan van ernstige fouten.

De Belastingdienst wil KPN (...) de mogelijkheid bieden haar zienswijze te geven op voornoemde constatering dat de genoemde boetebeschikkingen kwalificeren als "ernstige fout" waarvan u melding had moeten maken in uw Eigen verklaring."

3.7. KPN heeft bij brief van 26 februari 2016 haar zienswijze op voormeld voornemen tot uitsluiting aan de Belastingdienst kenbaar gemaakt. Daarbij heeft zij zich – kort gezegd – op het standpunt gesteld dat:

- zij, gelet op het niet bestaan van een rechtsplicht tot het vermelden van niet-onherroepelijke boetebesluiten, de onschuldpresumptie en de omstandigheid dat de Belastingdienst niet heeft gevraagd om een opgave van lopende procedures, het standpunt heeft mogen innemen dat van een ernstige fout geen sprake is, nu in verband met het tegen de boetebesluiten ingestelde hoger beroep niet onherroepelijk vaststaat dat mededingingsregels zijn overtreden en dat om die reden van een valse of onvolledige verklaring geen sprake is;
- het op de weg van de Belastingdienst ligt om aan te tonen dat ondanks het ontbreken van een onherroepelijk oordeel sprake is van een situatie die tot een voorzienbare en als proportioneel aan te merken uitsluiting leidt;
- van kwade opzet of een nalatigheid van een zekere ernst bij de uitvoering van de Telecommunicatiewet geen sprake is en dat de professionele geloofwaardigheid van KPN evenmin op het spel staat, nu de boetebesluiten geen betrekking hebben op hardcore schendingen van de mededinging maar op schendingen van zogenaamde risicosfeer- verplichtingen;

- de Belastingdienst, los van het voorgaande, toepassing dient te geven aan de proportionaliteits-toets.

3.7.1. KPN heeft de Belastingdienst bij voormelde brief verzocht het voornemen tot uitsluiting in te trekken, niet tot uitsluiting van de inschrijving van KPN over te gaan en een (nieuwe) gunningsbeslissing ten faveure van KPN bekend te maken. 3.8.

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 desbetreffende aanbesteding zal worden overgegaan. Daartoe heeft de Belastingdienst overwogen dat:

- de vaststelling en beboeting door de ACM van door KPN begane overtredingen maakt dat de uitsluitingsgrond uit artikel 2.87, eerste lid sub c, Aw 2012 van toepassing is;
- een inschrijver in de Eigen verklaring melding moet maken van een op hem van toepassing zijnde uitsluitingsgrond en moet toelichten waarom hij meent toch in aanmerking te kunnen komen voor gunning van de Opdracht;
- de Eigen verklaring inhoudelijk niet mag worden gewijzigd en de inschrijver – bij gebreke van voormelde toelichting – met het ondertekenen van de Eigen verklaring dus verklaart dat zijn onderneming geen ernstige fout in de uitoefening van het beroep heeft begaan;
- ingeval van een ernstige fout bij ondertekening van de Eigen verklaring voormelde toelichting moet zijn gegeven en alleen in dat geval geen sprake is van het afleggen van een valse verklaring;
- wanneer een onafhankelijke autoriteit in een besluit of vonnis heeft vastgesteld dat een inschrijver ernstige verwijtbare overtredingen heeft begaan en deze overtredingen met forse boetes zijn bestraft, het voor een behoorlijk geïnformeerd en normaal oplettend inschrijver duidelijk moet zijn dat dit de uitsluitingsgrond ex artikel 2.87, eerste lid sub c, Aw 2012 betreft en deze dus gemeld dient te worden in de Eigen verklaring;
- de omstandigheid dat de inschrijver in kwestie het niet eens is met een herroepelijke veroordeling of boetebeschikking onverlet dat op hem de verplichting rust om herroepelijke veroordelingen en boetes, die kwalificeren als ernstige fout, in de Eigen verklaring te melden;
- het voor rekening en risico van KPN komt dat zij de boetebesluiten niet heeft gemeld en evenmin in de Eigen verklaring heeft vermeld waarom het

bestaan daarvan niet tot uitsluiting zou kunnen leiden, te meer nu de eis is gesteld dat de inschrijver in de Eigen verklaring aangeeft of uitsluitingsgronden van toepassing zijn en dat hij de Eigen verklaring volledig en naar waarheid invult;

- het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie leidt tot uitsluiting op grond van artikel 2.87, eerste lid sub c, Aw 2012;

- ter zake laatstgenoemde uitsluitingsgrond slechts wordt toegekomen aan een proportionaliteitstoets als de uitsluitingsgrond en de toelichting als hiervoor bedoeld in de Eigen verklaring zijn vermeld.

#### 4 Het geschil

4.1. KPN vordert bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair: de Belastingdienst te gebieden de Opdracht aan KPN te gunnen, althans – voor zover de Belastingdienst de Opdracht nog in de markt wenst te zetten – de Belastingdienst te verbieden de opdracht te gunnen aan Telindus of aan enig ander dan KPN;

subsidiar: de Belastingdienst te verbieden KPN uit te sluiten op grond van de uitsluitingsbeslissing, alsmede de Belastingdienst te verbieden de Opdracht aan Telindus of enig ander te gunnen en de Belastingdienst te gebieden tot een herbeoordeling van de ontvangen inschrijvingen over te gaan, althans tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets ter zake van de toepassing van de in artikel 2.87, eerste lid sub c, Aw 2012 en/of artikel 2.87, eerste lid sub e, Aw 2012 opgenomen uitsluitingsgronden, zulks met inachtneming van het in deze te wijzen vonnis;

zowel primair als subsidiar op straffe van verbeurte van een dwangsom en met veroordeling van de Belastingdienst in de proceskosten en de nakosten, te vermeerderen met wettelijke rente.

4.2. Daartoe voert KPN – samengevat – het volgende aan. De beslissing om haar van de aanbesteding uit te sluiten berust volgens KPN op een onjuiste wetsuitleg en is derhalve jegens haar onrechtmatig. De Belastingdienst heeft niet aanvaard gemaakt dat KPN een ernstige fout heeft begaan, hetgeen betekent dat van een valse of onvolledige Eigen verklaring geen sprake kan zijn. Meer in het bijzonder wijst KPN er in verband met de aanwezig veronderstelde ernstige beroepsfout op dat de ACM niet toetst of ondernemingen in aanbestedingsrechtelijke zin een ernstige beroepsfout hebben begaan, maar slechts of de Tele-

communicatiewet is overtreden. Hierbij geldt een zelfstandig toetsingskader. De Belastingdienst heeft het oordeel van de ACM overgenomen zonder eigen onderzoek te verrichten. Indien bedoeld onderzoek wel was verricht, had volgens KPN de conclusie geweest dat niet aannemelijk is dat de uitsluitingsgrond van artikel 2.87, eerste lid sub c, Aw 2012, op haar van toepassing is. De term ernstige beroepsfout is in de Aw 2012 niet gedefinieerd. Onder verwijzing naar Europese jurisprudentie, de memorie van toelichting en de Gids Proportionaliteit stelt KPN dat de Belastingdienst er niet in is geslaagd om aan te tonen dat ondanks het ontbreken van een onherroepelijk oordeel van de ACM niettemin sprake is van een grond voor uitsluiting en dat deze grond voorzienbaar was voor KPN. Daarbij stelt KPN onder verwijzing naar het Forposta-arrest (HVJ EU 13 december 2012, zaak C-465/11) dat de lat voor toepassing van deze uitsluitingsgrond hoog ligt, nu sprake moet zijn van gedrag dat van invloed is op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer en dat wijst op kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst. Hiervan is naar de mening van KPN in dit geval geen sprake, nu het hier gaat om een geconstateerde overtreding van zogenaamde risicosfeer-verplichtingen, die op grond van de Telecommunicatiewet (uitsluitend) voor KPN gelden. Een dergelijke overtreding is niet gelijk te stellen met een 'hardcore mededingingsschending' als bedoeld in artikel 6 van de Mededingingswet. Tenslotte wijst KPN er in dit verband op dat de boetebesluiten betrekking hebben op aanbiedingen die KPN aan de rest van de markt heeft gedaan, de ACM deze aanbiedingen destijds heeft goedgekeurd en de desbetreffende marktpartijen niet hebben geklaagd over de vermeende omissies.

4.2.1. Uitsluiting op grond van artikel 2.87, eerste lid onder c, Aw 2012, kan volgens KPN eerst aan de orde zijn nadat de Belastingdienst een proportionaliteitstoets heeft uitgevoerd als bedoeld in artikel 2.88 Aw 2012. De Belastingdienst heeft dit tot op heden echter niet gedaan. Een dergelijk toets valt volgens KPN – onder verwijzing naar haar zienswijze van 26 februari 2016 – (ook in de visie van de Belastingdienst) vermoedelijk in haar voordeel uit.

4.2.2. Het voorgaande brengt volgens KPN met zich dat de uitsluitingsbeslissing slechts kan zijn gegrond op artikel 2.87, eerste lid sub e, Aw 2012. Ook deze uitsluitingsgrond is naar de mening van

KPN op haar niet van toepassing, nu zij zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen en/of het niet verstrekken van gevraagde inlichtingen. De Belastingdienst gaat er volgens KPN ten onrechte vanuit dat hetgeen hij als aanbestedder aannemelijk kan maken als ernstige fout dezelfde reikwijdte heeft als hetgeen de inschrijver in zijn Eigen verklaring verklaart. De Belastingdienst stelt immers dat wanneer hij een ernstige fout aannemelijk kan maken, de ingediende Eigen verklaring vals moet zijn geweest als de desbetreffende situatie door de inschrijver niet zelf als een ernstige fout is aangemerkt. Daarbij wijst KPN erop dat de boetebesluiten van de ACM thans nog niet onherroepelijk zijn en zij dus rechtens het standpunt mag blijven innemen dat zij geen ernstige fout in de zin van artikel 2.87, eerste lid sub c, Aw 2012 heeft begaan.

4.2.3. Van het niet verstrekken van inlichtingen is volgens KPN evenmin sprake, nu de Belastingdienst niet heeft gevraagd om opgave te doen van alle lopende procedures over potentiële mededingsovertredingen. Bovendien rust op KPN niet een verplichting tot zelfincriminatie; de wetgever heeft de Eigen verklaring niet bedoeld als een opgaveformulier waarin de inschrijver uit eigener beweging alle omstandigheden naar voren moet brengen die hij zelf niet maar de aanbestedende dienst mogelijk wel beschouwt als een ernstige fout. Van een rechtsplicht tot het vermelden van het bestaan van niet-onherroepelijke besluiten is geen sprake, terwijl evenmin sprake is van het opzettelijk schenden van die vermeende verplichting. Ook indien zij wel in gebreke is gebleven met het verstrekken van ongevraagde inlichtingen, geldt volgens KPN dat zulks niet in ernstige mate het geval is geweest. Daarbij is volgens KPN van belang dat het om openbare informatie gaat, nu de boetebesluiten van de ACM zijn gepubliceerd.

4.2.4. KPN stelt voorts dat de Belastingdienst heeft verzuimd om bij de toepassing van artikel 2.87, eerste lid sub e, Aw 2012 een proportionaliteits-toets, zoals ligt besloten in artikel 1.10 Aw 2012, uit te voeren.

4.2.5. KPN is op grond van het voorgaande van oordeel dat een uitsluiting van de onderhavige aanbestedingsprocedure niet aan de orde kan zijn.

4.3. De Belastingdienst en Telindus voeren gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.4. Telindus vordert – na wijziging van eis – zakelijk weergegeven primair de Belastingdienst te veroordelen de Opdracht definitief aan haar te gunnen, voor zover hij nog tot definitieve gunning wenst over te gaan. Subsidiair vordert Telindus 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, te vermeerderen met wettelijke rente en nakosten.

4.5. Verkort weergegeven stelt Telindus ter onderbouwing van haar primaire vordering dat zij er belang bij heeft dat de opdracht definitief aan haar gegund wordt en derhalve bij afwijzing van de vorderingen van KPN, nu die definitieve gunning daardoor in gevaar kan komen. Ter onderbouwing van haar subsidiaire vordering stelt Telindus dat KPN zodanig lage prijzen heeft aangeboden dat niet is voldaan aan de eis van marktconformiteit en/of realistische prijzen en dat de inschrijving van KPN om die reden ongeldig is.

4.6. Voor zover nodig zullen de standpunten van KPN en de Belastingdienst met betrekking tot de vorderingen van Telindus hierna worden besproken.

### 5 De beoordeling van het geschil

5.1. Ter beoordeling staat of KPN in de onderhavige aanbestedingsprocedure in een situatie verkeert waarop de in de Eigen verklaring toepasselijk verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing zijn en in het verlengde daarvan of in geval een of meerdere facultatieve uitsluitingsgronden van toepassing is/zijn, de Belastingdienst KPN op grond daarvan van de aanbestedingsprocedure heeft mogen uitsluiten.

5.2. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de Belastingdienst aan zijn beslissing tot uitsluiting zowel ten grondslag heeft gelegd dat door KPN vanwege de door de ACM aan haar opgelegde boetebesluiten een ernstige fout heeft begaan in de uitoefening van het beroep (facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.87, eerste lid onder c, Aw 2012) als dat KPN zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het verstrekken van een valse dan wel onvolledige verklaring door in haar Eigen verklaring geen melding te maken van de ernstige fout en niet te vermelden waarom die ernstige fout niet tot uitsluiting zou kunnen leiden (facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.87, eerste lid, onder e, Aw 2012). Nu aldus door de Belastingdienst de toepasselijkheid

van een tweetal facultatieve uitsluitingsgronden aan de uitsluitingsbeslissing ten grondslag is gelegd, leidt een vaststelling in rechte van de juistheid van de geconstateerde toepasselijkheid van één van deze uitsluitingsgronden in beginsel reeds tot de conclusie dat KPN op goede gronden van de onderhavige aanbestedingsprocedure is uitgesloten en dient de vordering van KPN te worden afgewezen.

5.3. In het licht van het voorgaande zal allereerst worden beoordeeld of de Belastingdienst op goede gronden heeft geconcludeerd dat KPN zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige fout in de uitoefening van het beroep en wanneer hiervan sprake is, of deze geconstateerde fout de uitsluiting van KPN zelfstandig kan dragen. Het begrip ernstige fout in de uitoefening van het beroep is in de Aw 2012 niet nader omschreven. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft in het hiervoor vermelde Forposta-arrest overwogen dat bedoelde ernstige fout elk onrechtmatig gedrag omvat dat invloed heeft op de professionele geloofwaardigheid van de betrokken marktdeelnemer. Het HvJ EU heeft daarbij uitdrukkelijk overwogen dat – anders dan KPN betoogt – voor de vaststelling van een fout in de beroepsuitoefening het bestaan van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis geen vereiste is. Dat tegen de boetesluitingen van de ACM hoger 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. De aan KPN opgelegde boetesluitingen hebben betrekking 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. Met de Belastingdienst is de voorzieningenrechter 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 boetesluitingen (mede) betrekking hebben op

schendingen van onder de Telecommunicatiewet opgelegde verplichtingen, die hebben plaatsgevonden in een periode van vier jaar voorafgaand aan het door KPN indienen van haar inschrijving op de onderhavige aanbesteding, is in dit kort geding door de Belastingdienst voldoende aannemelijk gemaakt dat KPN in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan.

5.3.1. Vervolgens is aan de orde of het geconstateerde bestaan van voormelde ernstige fout de uitsluiting van KPN van de onderhavige aanbestedingsprocedure zelfstandig kan dragen. Dit is naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet het geval. In dat verband is van belang dat – zoals de Belastingdienst ook onderkent (zie brief aan KPN van 12 februari 2016 pagina 6 bovenaan) – ingeval van een geconstateerde ernstige fout naar nationaal recht aan de hand van het evenredigheidsbeginsel dient te worden bepaald of daadwerkelijk uitsluiting van de betrokken inschrijver moet volgen. Weliswaar heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 27 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:757) door middel van prejudiciële vragen aan het HvJ EU voorgelegd of het Unierecht zich ertegen verzet dat het nationale recht een aanbestedende dienst verplicht met toepassing van het evenredigheidsbeginsel te beoordelen of daadwerkelijk uitsluiting moet volgen van een inschrijver die een ernstige beroepsfout heeft begaan; dit neemt echter niet weg dat nu deze vragen tot op heden niet zijn beantwoord van de toepasselijkheid van het evenredigheidsbeginsel moet worden uitgegaan. Vaststaat dat Belastingdienst bedoelde toetsing aan het evenredigheidsbeginsel (tot op heden) niet heeft uitgevoerd. De Belastingdienst is van mening dat deze toets slechts aan de orde is op het moment dat de inschrijver de aanbestedende dienst bij inschrijving juist en volledig heeft voorgelicht over het bestaan van de ernstige fout en daarbij uitdrukkelijk melding heeft gemaakt van de redenen waarom dit niet tot uitsluiting van de aanbesteding zou moeten leiden. In dit standpunt kan de Belastingdienst niet worden gevolgd. De Belastingdienst brengt hiermee immers een niet-toelaatbare koppeling aan tussen twee op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden, te weten de uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 2.87, eerste lid sub c en sub e, Aw 2012, waarvan de toepasselijkheid op KPN afzonderlijk dient te worden getoetst.



5.4. Nu aldus het bestaan van voormelde ernstige fout de uitsluiting van KPN thans als zodanig niet kan rechtvaardigen, komt de voorzieningenrechter toe aan de vraag of deze uitsluiting kan worden gestoeld op de eveneens door de Belastingdienst aan zijn uitsluitingsbeslissing ten grondslag gelegde omstandigheid dat KPN zich bij haar inschrijving 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.

5.4.1. Deze vraag dient naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter bevestigend te worden beantwoord. Met de ondertekening van de Eigen verklaring, die krachtens het Beschrijvend Document volledig en naar waarheid dient te worden ingevuld, heeft KPN immers desgevraagd verklaard dat zij gedurende een periode van vier jaar voorafgaand aan het indienen van de inschrijving in de uitoefening van het beroep geen ernstige fout heeft begaan alsmede dat zij zich ervan bewust is dat het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie door de aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als een valse verklaring en dat dit kan leiden tot een onvoorwaardelijke uitsluiting voor de duur van de onderhavige aanbestedingsprocedure. Zoals hiervoor reeds is overwogen, leveren de door de ACM geconstateerde schendingen van de onder de Telecommunicatiewet aan haar opgelegde verplichtingen een ernstige fout op in de zin van artikel 2.87, eerste lid onder c Aw 2012. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had het voor KPN als redelijk geïnformeerd en redelijk oplettend inschrijver voldoende duidelijk moeten zijn dat de door de ACM geconstateerde schendingen van voormelde verplichtingen als ernstige beroepsfout kwalificeren. Aldus rustte op KPN de verplichting om hiervan in de Eigen verklaring melding te maken door in paragraaf 7.1 van de Eigen verklaring uitdrukkelijk te verklaren dat zij niet voldoet aan de in die verklaring onder 3.3 opgenomen uitsluitingsgrond, waarbij aan haar de mogelijkheid ter beschikking stond om de redenen aan te dragen waarom zij desalniettemin voor gunning van de Opdracht in aanmerking moet kunnen komen. Gelet op laatstgenoemde mogelijkheid, is – anders dan KPN stelt – met het melden van de thans nog niet onherroepelijke boetebesluiten van zelfincriminatie geen sprake. De omstandigheid dat KPN hoger beroep heeft ingesteld tegen de boetebeslui-

ten, doet aan voormelde verplichting aldus niet af. Nu KPN heeft nagelaten om bedoelde gevraagde informatie te verstrekken, heeft de Belastingdienst – mede gelet op het feit dat hij bij de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen bij gebreke van bewijsstukken moet kunnen vertrouwen op de juistheid van de Eigen verklaring – op goede gronden geconcludeerd dat in ernstige mate sprake is van een door KPN afgelegde valse verklaring. Zoals de Belastingdienst terecht heeft opgemerkt en als zodanig door KPN niet is betwist, verzetten het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel zich ertegen dat aan KPN een mogelijkheid wordt geboden om voormelde gebreken in de Eigen verklaring te herstellen. Voormelde beginselen staan er eveneens aan in de weg dat – zoals KPN beoogt – een inschrijver die valselyk heeft verklaard via een aan te leggen proportionaliteitstoets van uitsluiting zou kunnen worden gevrijwaard. Zoals de Belastingdienst terecht opmerkt, kunnen gebreken in een inschrijving in een lopende aanbesteding niet via een proportionaliteitstoets worden hersteld. Het niet uitvoeren van een proportionaliteitstoets kan aldus in dit verband niet aan de Belastingdienst worden tegengeworpen. Het voorgaande brengt met zich dat het door KPN gevorderde dient te worden afgewezen.

5.5. Nu de Belastingdienst voornemens is de opdracht ook definitief te gunnen aan Telindus, brengt voormelde beslissing mee dat Telindus geen belang (meer) heeft bij toewijzing van haar vorderingen, zodat deze worden afgewezen. Telindus zal worden veroordeeld in de kosten van de Belastingdienst, welke kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat de Belastingdienst als gevolg van deze vorderingen extra kosten heeft moeten maken. Ondanks de afwijzing moet KPN in haar verhouding tot Telindus worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij. Het doel van Telindus was immers te voorkomen dat de opdracht aan KPN zou worden gegund, welk doel is bereikt. KPN zal dan ook worden veroordeeld in de proceskosten van Telindus. Voorts zal KPN, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van de Belastingdienst. Voor de door de Belastingdienst en Telindus gevorderde veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

*6 De beslissing*

De voorzieningenrechter:

- 6.1. wijst het door KPN en Telindus gevorderde af;
- 6.2. veroordeelt Telindus voor wat betreft de door haar ingestelde vorderingen jegens de Belastingdienst in de kosten van de Belastingdienst, tot dusver begroot op nihil;
- 6.3. veroordeelt KPN in de overige proceskosten, tot dusver aan de zijde van zowel de Belastingdienst als Telindus telkens begroot op € 1.435,--, waarvan € 619,-- aan griffierecht en € 816,-- aan salaris advocaat;
- 6.4. bepaalt dat de verschuldigde proceskosten door KPN dienen te worden voldaan aan de Belastingdienst binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken en aan Telindus binnen zeven dagen nadat dit vonnis is uitgesproken en dat - bij gebreke daarvan - daarover de wettelijke rente verschuldigd is;
- 6.5. verklaart voormelde kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

**NOOT****Een ernstige fout en een valse verklaring**

Opnieuw een uitspraak over de toepassing van de uitsluitingsgronden 'ernstige fout' en 'valse verklaring'. Ik geef mijn visie op de wijze waarop deze voorzieningenrechter deze uitsluitingsgronden in casu toepast en welke rol hij toekent aan de proportionaliteitstoets. Daaruit zal blijken dat deze voorzieningenrechter zich in grote mate aansluit bij de bestaande jurisprudentie over deze onderwerpen.

**Herroepelijk boetebesluit ACM leidt tot ernstige fout**

De voorzieningenrechter concludeert dat de aan KPN opgelegde boetebesluiten, die nog niet onherroepelijk zijn omdat KPN hiertegen hoger beroep heeft ingesteld, (kunnen) kwalificeren als ernstige fout, althans de Belastingdienst heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat KPN in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan. Twee elementen uit deze conclusie zijn interessant en vormden (dan ook) onderwerp van het debat tussen partijen.

Ten eerste de aard van de bewuste gedragingen. De voorzieningenrechter stelt voorop dat het Europese Hof van Justitie in zijn *Generali*-arrest heeft vastgesteld dat het maken van een inbreuk op de mededingingsregels heeft te gelden als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep, met name wanneer die inbreuk met een geldboete is bestraft.<sup>1</sup> Dat verboden kartelafspraken een ernstige fout (kunnen) opleveren, is ook in nationale uitspraken al tot uitgangspunt genomen, bijvoorbeeld door het hof Den Haag<sup>2</sup> en de Hoge Raad.<sup>3</sup> De beboete gedragingen van KPN betreffen echter niet een overtreding van artikelen uit de Mededingingswet, maar geconstateerde schendingen van de Telecommunicatiewet. De voorzieningenrechter passeert de stelling van KPN dat haar gedragingen *niet* zouden zijn gelijk te stellen met een 'hardcore mededingingsschending', omdat het de overtreding van zogenaamde risicosfeerverplichtingen zou betreffen die op grond van de Telecommunicatiewet (uitsluitend) voor KPN zouden gelden. De voorzieningenrechter legt hieraan overigens verder geen uitvoerige motivering ten grondslag.

Ten tweede de herroepelijkheid van de boetebesluiten (en daarmee de omvang van de bewijslast van de aanbestedende dienst met betrekking tot de aanwezigheid van een ernstige fout). Art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012 bepaalt (ook na de wijziging per 1 juli 2016) dat de aanbestedende dienst 'aannemelijk' moet maken dat de inschrijver een ernstige fout heeft begaan. Richtlijn 2014/24/EU spreekt in art. 57 lid 4 sub c over het 'op enige passende wijze aannemelijk' maken. In overweging 101 van de considerans van die richtlijn wordt toegelicht dat de aanbestedende dienst naar eigen inzicht moet kunnen blijven beoordelen in hoeverre er sprake is van een ernstige fout, in het geval hij met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer zijn

- 1 HvJ EU 18 december 2014, zaak C-470/13, pt. 35.
- 2 Gerechtshof Den Haag 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723, rov. 3.5.
- 3 Hoge Raad 27 maart 2015, «JAAN» 2015/89, die althans de vaststelling van het Europese Hof van Justitie in het *Generali*-arrest herhaalt in rov. 3.6.4.

verplichtingen heeft geschonden, daarbij rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing. KPN heeft in dit verband aangevoerd dat aanbestedende diensten een zelfstandig toetsingskader hebben, omdat (in dit geval) de ACM niet toetst of ondernemingen in aanbestedingsrechtelijke zin een ernstige beroepsfout hebben begaan. De Belastingdienst had een eigen onderzoek moeten uitvoeren, aldus KPN, en de Belastingdienst zou er niet in zijn geslaagd om aan te tonen dat ondanks het ontbreken van een onherroepelijk oordeel van de ACM, niettemin sprake is van een grond voor uitsluiting van KPN. De voorzieningenrechter volgt KPN hierin niet. Hij stelt voorop dat het Europese Hof van Justitie in het *Forposta*-arrest overwoog dat voor de vaststelling van een ernstige fout een in kracht van gewijsde gegaan vonnis geen vereiste is.<sup>4</sup> Dat is juist, en eerdere nationale rechters wezen reeds daarop.<sup>5</sup> Dat tegen de bewuste boetebesluiten (hoger) beroep is ingesteld, is daarmee volgens deze rechters niet relevant (althans 'niet van beslissende betekenis', aldus deze Haagse voorzieningenrechter). Met de door de ACM (nog niet onherroepelijk) vastgestelde schendingen van de Telecommunicatiewet heeft de Belastingdienst volgens deze voorzieningenrechter (dan ook) voldoende aannemelijk gemaakt dat KPN in de uitoefening van het beroep een ernstige fout heeft begaan. Het uitvoeren van een zelfstandig onderzoek is daarmee kennelijk geen vereiste voor de aanbestedende dienst om een ernstige fout aannemelijk te kunnen maken; hij kan zich 'beroepen' op een door een bevoegde autoriteit vastgestelde fout.

Het blijkt niettemin zinvol de discussie te blijven aangaan over de aannemelijkheid van een beweerdelijk begane ernstige fout, óók in het geval waarin een herroepelijk boetebesluit is genomen, zo blijkt uit een recente uitspraak van de

voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam.<sup>6</sup> (Ook) in deze zaak was nog slechts sprake van een herroepelijk besluit (eveneens van de ACM), omdat de ACM en de aangesproken partij (in casu PostNL) nog 'een serieus inhoudelijk debat bij de rechter' voerden over de uitleg en reikwijdte van de beweerdelijk geschonden bepaling (uit in casu de Postwet). Om deze reden concludeerde de Rotterdamse voorzieningenrechter dat nog niet kan worden vastgesteld dat de betreffende partij zich opzettelijk onrechtmatig heeft gedragen (wat volgens het *Forposta*-arrest noodzakelijk is voor het aannemen van een ernstige fout).<sup>7</sup> De gemeente Rotterdam had PostNL daarom niet op die grond van haar aanbesteding mogen uitsluiten. Overigens had de gemeente Rotterdam – anders dan de meeste aanbestedende diensten – in haar aanbestedingsleidraad uitgewerkt welke gedragingen zij verstaat onder de ernstige fout. Daarmee voldeed zij aan de verplichting die mijns inziens (uit een oogpunt van transparantie) rust op aanbestedende diensten om in hun leidraad uit te werken wat zij verstaan onder de ernstige fout.<sup>8</sup> De (wijze van) uitwerking is echter niet van invloed geweest op de uitkomst van dit geschil.

#### **Valse verklaring door niet voldoen aan meldplicht ernstige fout**

Volgens de voorzieningenrechter had het voor KPN als redelijk geïnformeerd en redelijk oplettend inschrijver voldoende duidelijk moeten zijn dat de geconstateerde schendingen een ernstige fout opleveren, zodat KPN hiervan melding had moeten maken in haar Eigen verklaring.

Dat een inschrijver, óók in het geval hij (te goeder trouw) meent dat hij geen ernstige fout heeft begaan, toch in zijn Eigen verklaring melding moet maken van de bewuste gedragingen als hij redelijkerwijs kan vermoeden dat de aanbe-

4 HvJ EU 13 december 2012, zaak C-465/11, pt. 28.

5 Bijvoorbeeld (in de Valys-zaak) het Gerechtshof Den Haag (3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723, rov. 3.6) en vervolgens ook de Hoge Raad (27 maart 2015, «JAAN» 2015/89, rov. 3.6.4).

6 Vzr. Rb. Rotterdam 2 juni 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4135.

7 Rov. 4.8.

8 Zie ook mijn noten bij voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland 29 oktober 2013, «JAAN» 2014/15, bij Vzr. Rb. Den Haag 18 februari 2014, «JAAN» 2014/72 en bij Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, «JAAN» 2015/234.

stedende dienst een ander oordeel zal zijn toegedaan, is in deze uitspraak niet voor het eerst bepaald. Zo oordeelde het gerechtshof Den Bosch al enige tijd geleden over een door de NMa (de voorganger van de ACM) opgelegde boete dat deze in de Eigen verklaring had moeten worden gemeld, waarna het aan de aanbestedende dienst was om te bepalen of zij aan dat gegeven consequenties zou verbinden en zo ja, welke. Door niet te melden, rechtvaardigde dit de uitsluiting van de betreffende inschrijver van de aanbestedingsprocedure.<sup>9</sup> Daarna zijn vergelijkbare uitspraken gevolgd.<sup>10</sup>

Iets anders is de vraag of er melding moet worden gemaakt in een Eigen verklaring van een lopend onderzoek door een bevoegde autoriteit. Het Hof Den Haag oordeelde in de Valys-zaak dat dit niet het geval is, zolang het onderzoek nog niet heeft geresulteerd in boetebesluiten.<sup>11</sup> Dat het enkele gegeven dat er een onderzoek loopt, niet hoeft te worden gemeld in de Eigen verklaring, kan ook worden afgeleid uit een voetnoot bij de conclusie van de A-G van het HvJ EU in de Valys-zaak, waarin de A-G erop wijst dat wat hem betreft voor een marktdeelnemer de onschuldpresumptie geldt tot het moment van de boetebeschikking, zodat deze marktdeelnemer niet kan worden aangemerkt als pleger van een ernstige fout, ook al dateren de feiten die aan zijn overtreding ten grondslag liggen (maar nog niet als zodanig bewezen zijn verklaard) van vóór de aanbesteding.<sup>12</sup> In het verlengde hiervan lijkt mij het niet melden van een lopend onderzoek, zolang er nog geen boetebeschikking is genomen, niet te kunnen gelden als het afgeven van een valse dan wel onvolledige verklaring.

9 Gerechtshof Den Bosch 5 augustus 2008, niet gepubliceerd.

10 Bijvoorbeeld V.z. Rb. Rotterdam 26 april 2013, «JAAN» 2013/126, rov. 4.18.

11 Gerechtshof Den Haag 3 september 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3723, rov. 3.11.

12 Conclusie van 30 juni 2016 in zaak C-171/15, voetnoot 8.

#### Proportionaliteitsbeginsel

Volgens de voorzieningenrechter mocht KPN niet worden uitgesloten op grond van een ernstige fout, omdat de Belastingdienst had nagelaten deze uitsluiting te laten voorafgaan door een proportionaliteitstoets. Dit oordeel lijkt mij juist. Ook hier volgt de voorzieningenrechter overigens andere rechters.<sup>13</sup> De verplichting tot het uitvoeren van een proportionaliteitstoets volgde bovendien al uit de toelichting op het Bao en ook uit de Aanbestedingswet 2012. De Hoge Raad heeft met betrekking tot deze naar nationaal recht verplichte proportionaliteitstoets aan het Europese Hof van Justitie gevraagd of deze zich wel verhoudt tot de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Inmiddels heeft de A-G geoordeeld dat het antwoord op deze vraag zonder noemenswaardige problemen is te ontleen aan rechtspraak van het Hof van vóór en na Richtlijn 2004/18, te weten dat dit antwoord positief luidt.<sup>14</sup>

De conclusie van de voorzieningenrechter ten aanzien van de uitsluiting op grond van de valse verklaring, luidt echter anders, namelijk dat op dit punt geen verplichte proportionaliteitstoets geldt. Zou dat namelijk anders zijn, dan zou daarmee de valse verklaring als uitsluitingsgrond kunnen worden omzeild, en zou daarmee deze uitsluitingsgrond een zinloze worden. In dit oordeel kan ik mij in die zin wel vinden, dat art. 2.88 sub c Aw 2012 (zoals dat luidde vóór de wijziging per 1 juli 2016) spreekt over de proportionaliteit van de uitsluiting 'met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht'. Daar waar een valse of onvolledige verklaring is afgegeven die betrekking heeft op de aan de orde zijnde aanbesteding, is er immers geen tijd verstreken sinds die verklaring die de uitsluiting disproportioneel zou kunnen maken. Voor zover valse of onvolledige verklaringen zouden zijn afgegeven in eerdere aanbestedingen (en voor zover deze zouden kunnen leiden tot uitsluiting – daarover kan gediscussieerd worden), kan het

13 Bijvoorbeeld de V.z. Rb. Den Haag in de zaak Sodexo/Staat, 18 februari 2014, «JAAN» 2014/72, rov. 3.4.

14 Conclusie van 30 juni 2016 in zaak C-171/15, onder meer overwegingen 40, 43 en 45.

echter wel degelijk disproportioneel zijn om een inschrijver daarom uit te sluiten, gelet op de inmiddels verstreken tijd. In dat geval vind ik een proportionaliteitstoets noodzakelijk. Dat er in geval van toepasselijkheid van de uitsluitingsgrond van de valse verklaring nimmer een proportionaliteitstoets behoeft plaats te vinden, is mijns inziens dan ook niet een conclusie die kan worden getrokken.

**Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk**

Een inschrijver doet er verstandig aan om gedragingen die door de aanbestedende dienst mogelijk als ernstige fout zouden kunnen worden aangemerkt, te melden in zijn Eigen verklaring, en daarbij direct toe te lichten waarom hij niettemin niet zou moeten worden uitgesloten (mits voor dit laatste uiteraard nog ruimte bestaat na wijziging van de modellen eigen verklaring aan de hand van het Uniform Europees Aanbestedingsreglement). Meldt hij de betreffende gedragingen niet, dan loopt hij het risico te worden uitgesloten op grond van het afgeven van een valse of onvolledige verklaring.

C.H. van Hulsteijn,  
Advocaat bij CMS Derks Star Busmann