

## Advies 525 | Samenvatting

De klacht ziet op een nationale niet-openbare procedure voor een overheidsopdracht voor de realisatie van een sportpark.

### Klachtonderdeel 1

De aanbesteder heeft per abuis de model K-verklaring reeds in de selectiefase opgevraagd. Vervolgens heeft de aanbesteder nagelaten deze fout te corrigeren. Bij inschrijving heeft de aanbesteder opnieuw om indiening van een model K-verklaring gevraagd.

De aanbesteder heeft de inschrijving van de ondernemer vervolgens als ongeldig terzijde gelegd, omdat de ondernemer geen model K-verklaring bij zijn inschrijving heeft ingediend. De ondernemer heeft dat laatste niet gedaan, omdat hij meende te kunnen volstaan – zoals door de aanbesteder gevraagd – met het indienen van de model K-verklaring bij zijn aanmelding als gegadigde.

De Commissie stelt vast dat de tekst van de model K-verklaring die de ondernemer reeds bij aanmelding heeft ingediend, op diens inschrijving op de onderhavige opdracht zag. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daarmee aan het vereiste voldaan dat een model K-verklaring moest worden ingediend die ziet op de inschrijving op de in de verklaring genoemde opdracht. In zoverre is het doel dat aanbesteder met de eis in het bestek voor ogen had dan ook behaald. In dat kader is van belang dat er geen eisen zijn gesteld aan het moment van ondertekening van de model K-verklaring. Slechts is vereist dat deze verklaring moet zien op de inschrijving op de onderhavige opdracht.

Nu de ondernemer reeds bij aanmelding een model K-verklaring had ingediend die zag op diens inschrijving op de onderhavige opdracht, had aanbesteder daarover reeds in het kader van deze aanbestedingsprocedure de beschikking gekregen. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer dan ook aan de eis in het bestek voldaan en heeft aanbesteder de inschrijving van ondernemer ten onrechte ongeldig verklaard.

De Commissie oordeelt klachtonderdeel 1 gegrond.

### Klachtonderdeel 2

In dit klachtonderdeel klaagt de ondernemer dat aanbesteder de klacht niet goed heeft afgehandeld.

De Commissie is – in lijn met haar eerdere adviezen op dit punt – van oordeel dat de wijze waarop een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij hem is ingediend weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. De Commissie neemt dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling.

**Advies 525**

**1. Feiten**

1.1. Aanbesteder heeft op 9 november 2017 een nationale niet-openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor de realisatie van een sportpark. Het ARW 2016 is van toepassing verklaard.

1.2. In de aankondiging op TenderNed is, onder meer, het volgende bepaald:

'AFDELING III: JURIDISCHE, ECONOMISCHE, FINANCIËLE EN TECHNISCHE INLICHTINGEN

**III.1) VOORWAARDEN VOOR DEELNEMING**

**III.1.1) Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister**

Lijst en beknopte beschrijving van de voorwaarden:

- Uniform Europees Aanbestedingsdocument,
- Verklaring rechtmatigheid inschrijving'

1.3. In de Selectieleidraad van 9 november 2017 is niet gevraagd naar een Verklaring bestuurder omtrent rechtmatige inschrijving (de model K-verklaring). Wel is daarin, onder meer, bepaald:

**'3.8 Mededingingswet**

De aanbesteder maakt de gegadigden er wellicht ten overvloede op attent dat het verboden is overeenkomsten aan te gaan die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhindert, beperkt of vervalst.

De aanbesteder behoudt zich het recht voor om gegadigden, waarvan de aanbesteder vermoedt dat zij ten behoeve van het werk een combinatieovereenkomst in strijd met de Mededingingswet en/of andere mededingingsregelgeving zijn aangegaan, een melding te doen bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en/of deze gegadigden uit te sluiten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure.'

1.4. In TenderNed is de module geactiveerd waardoor de Verklaring rechtmatigheid inschrijving (de model K-verklaring) in de lijst van bij de aanmelding in te dienen stukken is opgenomen.

1.5. Ondernemer heeft een verzoek tot deelneming ingediend en in dat kader de volgende model K-verklaring van 12 december 2017 ingediend:

**'Model K: Verklaring bestuurder omtrent rechtmatigheid inschrijving ten behoeve van contract (...) Realisatie sportpark (...)**

Ondergetekende verklaart dat de onderhavige inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht.

Aldus naar waarheid opgemaakt op 12 december 2017 te (...)

Door: (...)

als bestuurder van [Ondernemer]

die [Ondernemer]

ter zake van deze inschrijving rechtsgeldig vertegenwoordigt.

(...)

Handtekening:'

- 1.6. Aanbesteder heeft ondernemer vervolgens uitgenodigd een inschrijving te doen.
- 1.7. In het bestek van juli 2018 (met vermelding concept) en het bestek met afdrukdatum 28 februari 2019 is, onder meer, bepaald:

'Totstandkoming van de overeenkomst

(...)

**004. Inschrijving**

(...)

2. De inschrijving dient te zijn voorzien van de volgende volledig ingevulde en ondertekende (door een vertegenwoordigingsbevoegde) documenten:

(...)

- Verklaring bestuurder omtrent rechtmatigheid inschrijving (volgens model K, ARW 2016);

(...)

De inschrijver dient zich daarbij te beperken tot gevraagde informatie.

(...)

2. Beschrijving

2.1 Algemene gegevens

(...)

0.4 Bijlagen

De volgende bijlagen behoren tot het bestek:

(...)

- Verklaring Bestuurder omtrent rechtmatigheid inschrijving d.d. 31-07-2018

(...)'

- 1.8. In de Bijlage "Verklaring bestuurder rechtmatigheid inschrijving" is bepaald:

## **'Verklaring bestuurder omtrent rechtmatigheid inschrijving**

ten behoeve van bestek

.....Sportpark (...)

Ondergetekende verklaart dat de onderhavige inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht.

Aldus naar waarheid opgemaakt op \_\_\_\_\_ 2018 te \_\_\_\_\_

door, \_\_\_\_\_,

als bestuurder van \_\_\_\_\_

die \_\_\_\_\_  
ter zake van deze inschrijving rechtsgeldig vertegenwoordigt.

Handtekening:

Conform Model K uit het ARW 2016

(...) De inschrijving is ongeldig indien een vereiste verklaring ontbreekt of niet naar waarheid is ingevuld.'

- 1.9. Ondernemer heeft een inschrijving ingediend.
- 1.10. Bij brief van 4 april 2019 heeft aanbesteder aan ondernemer bericht dat zijn inschrijving terzijde is gelegd vanwege het ontbreken van een Verklaring bestuurder omtrent rechtmatige inschrijving (Model-K). Ter toelichting voegt aanbesteder daar aan toe dat een inschrijving op grond van het ARW 2016 ongeldig is indien de vereiste verklaring ontbreekt of deze niet naar waarheid is ingevuld en dat volgens vaste jurisprudentie gebreken aan de Model-K verklaring niet mogen worden hersteld.
- 1.11. Vervolgens heeft ondernemer in een brief van 5 april 2019 aangegeven wel de Model-K verklaring te hebben ingediend en aanbesteder verzocht de ongeldigverklaring te herzien.
- 1.12. Aanbesteder heeft bij brief van 8 april 2019 op voornoemde brief van ondernemer gereageerd:

'De K-verklaring

In het bestek is iedere inschrijver verplicht om bij haar inschrijving een volledig ingevuld en rechtsgeldig ondertekende verklaring bestuurder omtrent rechtmatigheid inschrijver (volgens model-K ARW 2016) in te dienen.

De model-K verklaring die u bij de selectiefase heeft ingediend is een verklaring die van toepassing is op uw aanmelding. Echter dient het model-K verklaring ook bij de inschrijving te zijn ingediend en is dit bij u niet het geval.

De model-K verklaring heeft als doel de inschrijver te laten verklaren dat deze bij zijn inschrijving niet is beïnvloed door afspraken die in strijd zijn met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. In dit geval heeft [Aanbesteder] ervoor gekozen om de model-K verklaring wel uit te vragen, omdat zij integriteit hoog in het vaandel heeft staan. Als een model-K verklaring wordt uitgevraagd dient deze volledig en correct te worden ingevuld voor de desbetreffende inschrijving.

De model-K verklaring moet dus zien op de inschrijving die op dat moment wordt gedaan (en niet op een andere inschrijving of eerdere fase van de aanbesteding zoals de selectiefase). De specifieke aard van een model-K verklaring verhindert dat deze wordt hergebruikt bij een nieuwe inschrijvings(fase).

Achtergrond van de model-K verklaring is namelijk dat het kabinet zich bij de invoering hiervan op het standpunt heeft gesteld dat het hoogste management van een aanbieder moet worden verplicht tot het afleggen van een schriftelijke verklaring waaruit blijkt dat de Mededingingswet op geen enkele wijze is overtreden, zodat eventueel een strafrechtelijke vervolging van het management wegens valsheid in geschrifte mogelijk wordt. Het toestaan van de mogelijkheid om bij een nieuwe inschrijving terug te vallen op de model-K verklaring die is ingediend in een eerdere fase van een aanbestedingsprocedure, strookt niet met dit doel.

Dat een model-K verklaring niet voor een latere inschrijving kan worden gebruikt, volgt ook uit de tekst van die verklaring, waarin wordt verklaard dat de *onderhavige* inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. Dit geldt, zo blijkt uit de jurisprudentie, zelfs als in één procedure meerdere keren een model-K wordt gevraagd.

De model-K verklaring die u bij uw aanmelding heeft gevoegd, kan dan ook niets zeggen over de wijze waarop uw inschrijving bij de uiteindelijke inschrijving tot stand is gekomen.

Bij de opening van inschrijvingen hebben de inkoopadviseurs niet geconstateerd dat model-K ontbrak bij uw inschrijving, waardoor dit niet is vermeld op het proces verbaal van opening. Na het openen van de kluis met prijzen is alsnog geconstateerd dat model-K ontbrak bij uw inschrijving en is de inschrijving ongeldig verklaard.

In een telefonisch contact d.d. 8 april 2019 heeft u verder aangegeven dat in de inschrijvingsfase, in tegenstelling tot de aanmeldingsfase, de module in TenderNed voor het indienen (...) van het model-K formulier niet aan stond. U meent dat op grond van het proportionaliteitsbeginsel het gebrek voor herstel in aanmerking dient te komen.

Echter het bestek vermeldt onder het hoofdstuk Totstandkoming van de overeenkomst, paragraaf 004 Inschrijving, uitdrukkelijk dat de inschrijving dient te worden voorzien [van de Verklaring bestuurder omtrent rechtmatigheid inschrijving]

Daarbij moet worden geconstateerd dat de overige inschrijvers het model-K formulier wel correct hebben ingeleverd.

Het gevolg van het niet indienen van een (juiste) model-K verklaring, is dat uw inschrijving ongeldig is en moet worden uitgesloten.

Het is gelet op de geldende jurisprudentie ook niet mogelijk om herstel of aanvulling van het indienen van een onjuist model-K toe te staan.'

1.13. Ondernemer heeft vervolgens op 10 april 2019 de volgende klacht bij aanbesteder ingediend:

`(...)

Voor wat betreft de meest recente reactie van [Aanbesteder] valt ons overigens op, dat met geen woord wordt gerept over de wijze waarop zij de bewijsvoering rond het 'niet handelen in strijd met het mededingingsrecht' zelf heeft uitgevraagd in deze procedure.

Zo heeft zij in de selectieprocedure in de selectieprocedure zelf de volgende tekst aangegeven: "Een gegadigde of inschrijver verklaart....." (zie bijlage 4 printscreen TenderNed van voorselectie waarin aangegeven: verklaring rechtmatigheid inschrijving, met verzoek tot uploaden model K-verklaring)

En de toen noodzakelijk in te dienen 'verklaring rechtmatigheid inschrijving' is daarmee door [Aanbesteder] zelf nadrukkelijk gekoppeld aan de toetsing van de uitsluitingsgronden in de selectiefase. Deze toetsing vindt in de inschrijvingsfase in het geheel niet meer plaats.

(...)

Even los van het feit dat wij een vraagteken plaatsen bij de passage in de brief van 9 april jl. over 'het kabinet', hebben wij met ondertekening van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, UEA (...) overigens ook nog naar waarheid over ontbreken van vervalsing van de mededinging verklaard. Evenals het ingediende model K is dit UEA eveneens door het hoogste management ondertekend. Tegen die achtergrond hebben wij uiteraard ook kennisgenomen van de passage in 3.8 van de selectieleidraad. Een en ander is onder de noemer 'uitsluitingsgronden' in de selectiefase te toetsing ingediend.

Daar waar indiening van zowel de verklaring rechtmatigheid inschrijving als het UEA in de TenderNed/aanmeldingsmodule keurig was voorzien, is in de TenderNed/inschrijvingsmodule (...) slechts verzocht om bijvoeging:

- inschrijvingsom
- kwaliteitscriterium A, planning en fasering
- kwaliteitscriterium B, afstemming, coördinatie, stakeholdersmanagement

Er is daarbij dus niet meer aanvullend om indiening van een model K verzocht. Bovendien was in het bestek onder 0.04 in het kader van het uploaden nog expliciet vermeld, dat de inschrijver zich dient te beperken tot de gevraagde informatie. Er is voor ons dan ook geen enkele twijfel geweest dat wij niet volledig zouden zijn geweest met indiening van de expliciet gevraagde stukken bij inschrijving. Wij hadden de verklaring rechtmatigheid inschrijving plus UEA conform verzoek immers al in de selectiefase ingediend. Ook de 2 inkoopadviseurs hebben met het proces verbaal van opening bevestigd dat alle relevante informatie voor beoordeling van onze inschrijving aanwezig was. Notabene bevinden de aanmelding en inschrijving zich in dezelfde tender met het TenderNed-kenmerk (...).

Kort en goed zijn wij van mening een volledige inschrijving, incl. de gevraagde model K-verklaring te hebben ingediend. Zo [Aanbesteder] beoogd had tot 2x toe een model K-verklaring te ontvangen – hetgeen wij uiteraard bestrijden – is de vermeende fout tot te rekenen aan [Aanbesteder] zelf en leent e.e.a. zich voor herstel en had het op de weg van [Aanbesteder] gelegen om verduidelijking te

vragen. Onze inschrijving dient daarbij naar onze mening alsnog geldig verklaard te worden.

(...)'

- 1.14. Aanbesteder heeft bij brief van 15 april 2019 op de klacht van ondernemer gereageerd. Aanbesteder handhaaft zijn beslissing dat de inschrijving van ondernemer ongeldig is en dat deze van de aanbesteding uitgesloten blijft. Naast een herhaling van de argumenten in haar brief van 8 april 2019 (zie 1.12 hiervoor) wijst aanbesteder op artikel 3.35 ARW 2016 waarin is bepaald dat inschrijvingen ongeldig zijn waarbij een model-K verklaring ontbreekt of die niet naar waarheid zijn ingevuld. Op het argument van ondernemer dat het hoogste management reeds in het UEA heeft verklaard over het ontbreken van vervalsing van mededinging, reageert aanbesteder als volgt:

'De onderdelen van de UEA waar u aan refereert zien echter op de uitsluitingsgronden zoals deze in de Aanbestedingswet zijn geformuleerd en zien toe op het handelen van de inschrijver in het verleden.

De model-K-verklaring heeft echter een ander karakter dan de UEA en verklaard over de kennis en verantwoordelijkheid van de hoogste bestuurder over het handelen van de inschrijver in deze specifieke aanbesteding. De model-K-verklaring kan dan ook alleen volledig zijn als en op de gehele inschrijving zien als de inschrijving [*bedoeld zal zijn: de model-K verklaring, Commissie*] bij de inschrijving wordt ingediend.

Dit maakt dan ook dat de model-K-verklaring zoals deze in de selectiefase is ingediend onvolledig is, deze ziet immers alleen op de handelswijze voorafgaand aan de selectie. Daarnaast moet ook nog worden gewezen op de tekst van de model-K-verklaring, waarin wordt verklaard dat de onderhavige inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. Dit geldt, zo blijkt uit de jurisprudentie, zelfs als in één procedure meerdere keren een model-K wordt gevraagd (zie bijv. Rb Den Haag, 25 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3356).'

## **2. Beschrijving klacht**

### **2.1. Klachtonderdeel 1**

De Commissie begrijpt de klacht aldus dat wordt geklaagd dat aanbesteder de inschrijving van ondernemer ten onrechte als ongeldig terzijde heeft gelegd.

### **2.2. Klachtonderdeel 2**

Aanbesteder heeft de klacht van ondernemer niet goed afgehandeld.

## **3. Onderbouwing klacht**

### **3.1. Klachtonderdeel 1**

- 3.1.1. Aanbesteder heeft vrijwillig gekozen voor het vragen van een model K-verklaring, maar heeft daaraan zelf in afwijking van het ARW een andere invulling gegeven door deze in de selectiefase als uitsluitingsgrond te kwalificeren. Daarmee is zij afgeweken van haar lijn in andere aanbestedingsprocedures. Ook merkt ondernemer op dat het niet gebruikelijk is dat meerdere keren binnen één aanbestedingsprocedure om een K-verklaring wordt gevraagd.

- 3.1.2. Ondernemer stelt dat de model-K verklaring in de uitnodiging tot inschrijving niet is genoemd.
- 3.1.3. Door voor te schrijven dat gefaseerd en restrictief documenten in dezelfde TenderNedmodule – met onderscheid naar fase van aanmelding en fase van inschrijving – toegevoegd kunnen worden, heeft aanbesteder zelf op z'n minst onduidelijkheid gecreëerd. De in de – verplicht te hanteren – TenderNedmodule expliciet gevraagde K-verklaring is wel degelijk ingediend en stond daarmee dus al groen aangevinkt. Het vermeend ontbreken daarvan is – in tegenstelling tot andere inschrijvers waarbij dit wel expliciet is vermeld – dus ook niet in het proces verbaal van aanbesteding door aanbesteder vastgesteld.
- 3.1.4. Wat betreft de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 25 juli 2012 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3356) waarop aanbesteder wijst in de reactie op de klacht van 15 april 2019 (zie 1.14 hiervoor), beaamt ondernemer dat rechtsoverwegingen 3.3-3.6 van belang zijn omdat deze zien op vergelijkbare problematiek.
- 3.1.5. Verder voert ondernemer aan dat het 'hoogste management van zijn bedrijf' bij alle fasen van de aanbestedingsprocedure – ondertekening model K-verklaring, UEA in selectiefase en inschrijfbiljet plus inschrijfstaat bij inschrijving – betrokken is geweest en daarop bij vermeende overtredingen zou kunnen worden aangesproken.
- 3.1.6. Voorts vindt ondernemer het opvallend dat de projectmanager telefonisch wel heeft erkend dat een aantal fouten in de procedure is gemaakt. Ondernemer merkt ook op dat de aanbestedingsprocedure heel rommelig is verlopen met wel 30 tot 40 berichten voordat tot inschrijving kon worden overgegaan.
- 3.1.7. Alle voor de beoordeling van de inschrijving benodigde gegevens waren volgens ondernemer aanwezig. Ondernemer wijst er op dat de TenderNedmodule compleet was. Hij stelt zich dan ook op het standpunt dat zijn inschrijving ten onrechte als ongeldig terzijde is gelegd.

## 3.2. Klachtonderdeel 2

- 3.2.1. Allereerst klaagt ondernemer dat aanbesteder nog niet heeft gereageerd op de vraag om de gunning van onderhavig werk aan te houden. In dat kader merkt ondernemer op dat de uitkomst van onderhavige klacht voor hem van cruciaal belang is nu hij de economisch meest voordelige aanbieder heeft gedaan en hij meent geldig te hebben ingeschreven en derhalve voor de opdracht in aanmerking te komen.
- 3.2.2. Verder voert ondernemer aan dat aanbesteder inhoudelijk voorbij gaat aan een aantal constatering met betrekking tot de aanbestedingsprocedure waardoor geen afgewogen oordeel omtrent de klacht heeft kunnen plaatsvinden. De argumentatie in afhandeling van de klacht oogt 'copy-paste' en daarmee niet onafhankelijk. Zo wordt voorbijgegaan aan de wijze van uitvraag van de K-verklaring door aanbesteder.



#### **4. Reactie aanbesteder**

- 4.1.1. Ondernemer heeft zich voor de opdracht aangemeld en is na de selectiefase uitgenodigd een inschrijving te doen. In de selectieleidraad was aangegeven dat gegadigden bij de aanmelding een aantal documenten dienden bij te voegen. Het ging hierbij om een UEA, de formulieren met referentiewerken en verklaringen beschikbaar derden.
- 4.1.2. Bij de aankondiging van de opdracht in TenderNed van 9 november 2017 is per abuis ook de module geactiveerd waardoor de Verklaring rechtmatigheid inschrijving (de model K-verklaring) in de lijst van bij de aanmelding in te dienen stukken is opgenomen. Dit is voor alle gegadigden, ook ondernemer, aanleiding geweest om reeds bij de aanmelding een model K-verklaring te voegen.
- 4.1.3. Het betreft hier een procedure met een gunning op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Ook ondernemer heeft een inschrijving gedaan.
- 4.1.4. In het bestek is in het hoofdstuk 'Totstandkoming van de overeenkomst' onder punt 004 lid 2 expliciet en uitputtend aangegeven welke documenten op het moment van de inschrijving bijgevoegd dienden te zijn (zie 1.7 hiervoor). Naast het inschrijvingsbiljet en de inschrijfstaat ging het hier om de EMVI documenten en de verklaring bestuurder omtrent rechtmatigheid inschrijving (model K-verklaring).
- 4.1.5. Op 7 maart 2019 zijn de inschrijvingen, die via TenderNed waren ingediend, geopend. Het ging hierbij alleen om de opening van het gedeelte waarin zich de EMVI-documenten en model K-verklaring bevonden. Van deze opening is een proces verbaal opgemaakt. Hierin is van twee inschrijvende partijen opgemerkt dat de model K-verklaring ontbrak. Daar is op dat moment geen actie op ondernomen omdat het zeer wel mogelijk was dat de model K-verklaring zich in het gedeelte met het inschrijfbiljet en inschrijfstaat bevond, hetgeen achteraf bij de opening van de prijskluis in TenderNed op 12 maart 2019 voor deze twee inschrijvers inderdaad het geval bleek. Ten aanzien van de inschrijving van ondernemer is echter op het proces-verbaal geen aantekening gemaakt van het ontbreken van de model K-verklaring, hoewel dat wel had moeten. Uiteindelijk bleek na de opening bij de prijskluis op 12 maart 2019 dat ondernemer als enige inschrijver bij de inschrijving geen model K-verklaring had ingediend.

#### **4.2. Klachtonderdeel 1**

- 4.2.1. Aanbesteder verwijst in dit kader naar zijn brieven van 8 en 15 april 2019 (zie 1.12 en 1.14 hiervoor). Daaraan voegt hij nog het volgende toe.
- 4.2.2. Gelet op het karakter van de model K-verklaring is de inschrijving het meeste gereede moment om de model K-verklaring in te laten dienen. In een model K-verklaring verklaart de inschrijver dat deze bij zijn inschrijving niet is beïnvloed door afspraken die in strijd zijn met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. De verklaring ziet dus altijd op het handelen in het verleden. De verklaring die in de aanmeldfase is afgegeven kan dus ook alleen verklaren over het handelen tot het moment van de aanmelding en zegt niets over het handelen daarna tot aan het indienen van de inschrijving. In dit kader heeft aanbesteder ook verwezen naar de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 25 juli 2012 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BX3356, zie de reactie op de klacht van 15 april 2019 in 1.14 hiervoor). Het ging in deze zaak om een aanbestedingsprocedure waarin voor een tweede keer moest worden ingeschreven op dezelfde aanbesteding. Eén van de inschrijvers had bij de eerste inschrijving wel een model K-verklaring ingediend maar bij de tweede inschrijving niet. De voorzieningenrechter overweegt in rechtsoverweging 3.1 van deze uitspraak dat de specifieke aard van een model K-

verklaring verhindert dat deze wordt hergebruikt bij een nieuwe inschrijving. De voorzieningenrechter overweegt voorts:

'Blijkens de toelichting op artikel 3.33.2 ARW 2004 (...) heeft de model K-verklaring tot doel dat de betreffende bestuurder zich uitdrukkelijk van het proces van aanbesteding op de hoogte stelt. Achtergrond van dit voorstel is dat het kabinet zich, naar aanleiding van de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid, op het standpunt heeft gesteld dat het hoogste management van een aanbieder moet worden verplicht tot het afleggen van een schriftelijke verklaring waaruit blijkt dat de Mededingingswet op geen enkele wijze is overtreden, zodat eventueel een strafrechtelijke vervolging van het management wegens valsheid in geschrifte mogelijk wordt. Het toestaan van de mogelijkheid om bij een nieuwe inschrijving terug te vallen op de model K-verklaring van de eerdere inschrijving, strookt niet met het hiervoor geschetste doel dat met deze verklaring wordt beoogd. Dat een model K-verklaring niet voor een latere inschrijving van kracht kan zijn, volgt ook uit de tekst van die verklaring, waarin de ondergetekende verklaart dat de onderhavige inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. De model K-verklaring die (...) bij haar inschrijving van 22 maart 2012 heeft gevoegd, kan dan ook niets zeggen over de wijze waarop haar inschrijving van 25 april 2012 tot stand is gekomen.'

- 4.2.3. Deze lijn kan rechtstreeks worden doorgetrokken naar onderhavige casus: (i) De model K-verklaring is in het bestek expliciet vermeld als één van de stukken die bij de inschrijving moest worden ingediend, (ii) artikel 3.35.3 ARW 2016 schrijft voor dat de inschrijving ongeldig is indien de aanbestedende dienst het overleggen van een model K-verklaring heeft voorgeschreven en de vereiste verklaring ontbreekt (iii) de model K-verklaring die ondernemer in de aanmeldfase heeft ingediend, kan – gezien de aard van de model K-verklaring – niets zeggen over de wijze waarop de inschrijving nadien tot stand is gekomen.
- 4.2.4. De hierboven aangehaalde overweging uit een uitspraak van de rechtbank Den Haag is illustratief voor hoe rechters omgaan met het ontbreken van een model K-verklaring. De aard van de model K-verklaring staat steeds centraal. Daarnaast speelt natuurlijk ook het beginsel van gelijke behandeling een rol. Dit beginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de inschrijvers te bevorderen en vereist dan ook dat voor alle inschrijvers dezelfde voorwaarden gelden. De gemeente heeft in hoofdstuk 4 van het bestek op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze geformuleerd dat de inschrijving dient te zijn voorzien van een volledig ingevulde en ondertekende model K-verklaring. Gelet op de duidelijke opsomming van de vereiste stukken in hoofdstuk 4 is voor iedere behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver duidelijk dat een model K-verklaring in ieder geval bij de inschrijving moest worden overgelegd. Dat blijkt alleen al uit het feit dat de andere twee inschrijvers in deze aanbestedingsprocedure de opsomming in hoofdstuk 4 van het bestek wél zo hebben begrepen dat bij de inschrijving een model K-verklaring moest worden ingediend.
- 4.2.5. Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) is een eigen verklaring die iets zegt over de uitsluitingsgronden, financiële toestand, de bekwaamheden en de geschiktheid van ondernemingen voor een aanbestedingsprocedure. Het heeft daarmee een andere functie dan de model K-verklaring die specifiek ziet op schending van het mededingingsrecht. Er is in deze aanbestedingsprocedure ook niet een ander document waarin eenzelfde verklaring of een verklaring van soortgelijke strekking beschikbaar of overhandigd.

- 4.2.6. Overigens hoeft het UEA niet door het 'hoogste management' te worden ondertekend, dit kan ook door een gemachtigde worden gedaan. Ook voor het inschrijfbiljet en de inschrijfstaat geldt dat deze door een gemachtigde mogen worden ondertekend. In het geval van de model K-verklaring wordt juist van de hoogste bestuurder verlangd dat deze heel expliciet zelf verantwoordelijkheid neemt en daarover verklaart.
- 4.2.7. Aanbesteder concludeert dat het vereiste van het indienen van een model K-verklaring op duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze is geformuleerd. Het ontbreken van een model K-verklaring is – gezien de aard van de verklaring – niet een gebrek dat zich leent voor herstel. Aanbesteder is gehouden het vereiste van het indienen van de model K-verklaring bij inschrijving en de consequentie van het ontbreken van deze verklaring op eenduidige manier uit te leggen. Volgens artikel 3.35.3 van het ARW 2016 is de consequentie van het ontbreken van een model K-verklaring dat de inschrijving daarmee als ongeldig moet worden aangemerkt.
- 4.3. Klachtonderdeel 2
- 4.3.1. Op 4 april 2019 is aan ondernemer de brief gestuurd met het besluit tot het terzijde leggen van haar inschrijving wegens het ontbreken van een geldige model K-verklaring. Ondernemer heeft daarop in een brief van 5 april 2019 om een herziening van het besluit gevraagd. In haar reactie van 8 april 2019 heeft aanbesteder het besluit toegelicht en aangegeven het besluit tot het terzijde leggen van de inschrijving te handhaven. Vervolgens heeft ondernemer op 10 april 2019 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder en in een tweede brief gevraagd om uitstel van de gunning in afwachting van antwoord op de klacht. Op 15 april 2019 is vanuit aanbesteder in een brief gereageerd op de klacht. Eveneens op 15 april 2019 heeft de gemeente in een bericht via TenderNed bekend gemaakt dat de bezwaartermijn met een week werd verlengd tot 2 mei 2019.
- 4.3.2. Aanbesteder concludeert dat hij adequaat heeft gereageerd op de vragen en verzoeken van ondernemer waaronder ook het verzoek om uitstel.
- 4.3.3. Zoals aanbesteder hiervoor heeft aangegeven, was in de aankondiging van de opdracht op TenderNed de module voor het indienen van de model K-verklaring per abuis geopend. In de selectieleidraad is echter heel expliciet aangegeven welke documenten geacht werden bij de aanmelding te worden ingediend. De model K-verklaring hoorde daar niet bij. Alle gegadigden hebben echter bij de aanmelding wel al een model K-verklaring ingediend. Bij de inschrijving is in het bestek daarentegen heel expliciet de model K-verklaring aangemerkt als document dat bij de inschrijving diende te worden bijgevoegd. Aan deze eis in het bestek is door alle inschrijvers voldaan, met uitzondering van ondernemer. Dat in het proces verbaal bij de opening van de 'EMVI-kluis' geen aantekening is gemaakt van het ontbreken van de verklaring vindt aanbesteder te betreuren, maar betekent niet dat het ontbreken van de model K-verklaring bij de afweging of sprake is van een geldige inschrijving niet zou moeten worden meegenomen.

## **5. Beoordeling**

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 9 november 2017 een nationale niet-openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht voor werken voor de realisatie van een sportpark. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1, Afdeling 1.2.1 en 1.2.3 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit. Ook is het ARW 2016 van toepassing verklaard.

## 5.2. Klachtonderdeel 1

5.2.1. In artikel 3.35 ARW 2016 is, onder meer, bepaald:

**‘3.35 Ongeldigheid van de inschrijving**

(...)

3.35.3 De inschrijver dient, indien de aanbesteder dat heeft voorgeschreven, bij de inschrijving een verklaring over te leggen dat de inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. (...)

(...)

5.2.2. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.12, lid 2, Aw 2012 transparant dient te handelen.

5.2.3. De te beantwoorden vraag is of aanbesteder aan zijn hiervoor bedoelde verplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de eis met betrekking tot de model K-verklaring in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis op dezelfde wijze zullen uitleggen. In het geval dat deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van deze eis moet worden gegeven. Bij de beantwoording van deze onderling met elkaar verband houdende vragen geldt als uitgangspunt dat voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten de bewoordingen van de bepalingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van die stukken, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld.

5.2.4. In het hoofdstuk ‘Totstandkoming van de overeenkomst’ van het bestek is in artikel 004 onder 2 indiening van de model K-verklaring vereist (zie 1.7 hiervoor). In de model K-verklaring moet worden verklaard dat de inschrijving op de onderhavige opdracht niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het mededingingsrecht (zie 1.8 hiervoor).

5.2.5. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder de eis met betrekking tot de model K-verklaring in de aanbestedingsstukken zodanig geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers deze eis op dezelfde wijze zullen uitleggen in die zin dat een ondernemer een ondertekende model K-verklaring moet indienen waarmee hij te kennen geeft dat zijn inschrijving in de onderhavige aanbesteding niet tot stand is gekomen in strijd met het mededingingsrecht.

5.2.6. Naar haar aard is het de bedoeling dat de model K-verklaring in een niet-openbare procedure bij inschrijving wordt ingediend. De vraag is of een ondernemer ook aan de model K-verklaringseis kan voldoen door – zoals in het onderhavige geval is gebeurd – de verklaring reeds bij de aanmelding in de selectiefase in te dienen in plaats van – zoals gebruikelijk – in de inschrijvingsfase.

5.2.7. In zijn reactie op de klacht geeft aanbesteder aan per abuis de model K-verklaring reeds in de selectiefase te hebben opgevraagd (zie 4.1.2 hiervoor). Aanbesteder heeft vervolgens nagelaten deze fout te corrigeren. Aanbesteder heeft op TenderNed geen rectificatie geplaatst van de Aankondiging waarmee deze vergissing had kunnen worden gecorrigeerd. Evenmin heeft aanbesteder de tot inschrijving uitgenodigde ondernemingen er op gewezen dat artikel 004 van het bestek inhield dat de model K-verklaring in de inschrijvingsfase nogmaals moest worden ingediend.

- 5.2.8. De Commissie stelt vast dat de tekst van de model K-verklaring die ondernemer reeds bij aanmelding heeft ingediend, op diens inschrijving op de onderhavige opdracht zag (zie 1.5 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daarmee aan het vereiste voldaan dat een model K-verklaring moest worden ingediend die ziet op de inschrijving op de in de verklaring genoemde opdracht. In zoverre is het doel dat aanbesteder met de eis van artikel 004 van het bestek voor ogen had dan ook behaald.
- 5.2.9. In dat kader is van belang dat er geen eisen zijn gesteld aan het moment van ondertekening van de model K-verklaring. Slechts is vereist dat deze verklaring moet zien op de inschrijving op de onderhavige opdracht. Indien de model K-verklaring slechts zou zien op wat er vóór ondertekening daarvan is gebeurd, zou deze getekend moeten worden ná ondertekening van het inschrijvingsbiljet en de inschrijvingsstaat. Dat de model K-verklaring moet zijn getekend ná het ondertekenen van het inschrijvingsbiljet of de inschrijvingsstaat, is echter niet vereist. Evenmin is vereist dat deze moet zijn ondertekend na ontvangst van de uitnodiging tot inschrijving. Voor zover de Commissie bekend is, is het ook niet gebruikelijk de datum van ondertekening van de model K-verklaring te controleren. Daarmee is het ten aanzien van de rechtsgeldigheid ervan voldoende dat kan worden vastgesteld dat de model K-verklaring ziet op de inschrijving voor een bepaalde opdracht.
- 5.2.10. Nu ondernemer reeds bij aanmelding een model K-verklaring had ingediend die zag op diens inschrijving op de onderhavige opdracht, had aanbesteder daarover reeds in het kader van deze aanbestedingsprocedure de beschikking gekregen. Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer dan ook aan het bepaalde in artikel 004 van het bestek voldaan en heeft aanbesteder de inschrijving van ondernemer ten onrechte ongeldig verklaard.
- 5.2.11. Daarmee is klachtonderdeel 1 gegrond.

### 5.3. Klachtonderdeel 2

- 5.3.1. De Commissie constateert dat dit onderdeel van de klacht zich richt tegen de (beveerdelijk gebrekkige) wijze waarop de aanbestedende dienst met de klacht is omgegaan. De Commissie beoordeelt het klachtonderdeel in lijn met haar Advies 197 (overweging 5.2), Advies 242 (overweging 5.8), Advies 287 (overweging 5.7) en Advies 388 (overweging 5.4), Advies 409 (overweging 6.8), Advies 426-I (overweging 5.4), Advies 451 (overweging 5.6), Advies 467 (overweging 5.3) en Advies 482 (overweging 5.5) als volgt.
- 5.3.2. Art. 1 sub c van het Reglement van de Commissie definieert het begrip "klacht" als volgt:
- 'Een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.'
- 5.3.3. De Commissie is van oordeel dat de wijze waarop een intern klachtenmeldpunt van een aanbestedende dienst omgaat met een klacht die bij dat meldpunt is ingediend tegen die aanbestedende dienst weliswaar als een handelen of nalaten van die aanbestedende dienst kwalificeert, maar niet als een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
- 5.3.4. De Commissie zal dit klachtonderdeel derhalve niet in behandeling nemen.

- 5.3.5. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Het voorgaande oordeel laat onverlet dat – voor zover een aanbestedende dienst een bij hem ingediende klacht afwijst – de Commissie zich bij de behandeling van een klacht inhoudelijk zal kunnen uitlaten over de wijze waarop die afwijzing door de aanbestedende dienst is onderbouwd.

## 6. **Advies**

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond** en neemt klachtonderdeel 2 niet in behandeling.

Den Haag, 9 mei 2019

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams  
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen  
Commissielid