

VII. Aanbestedingsrecht

Nr. 151

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam, 8 maart 2007, zaaknr. 361820/KG ZA 07-155 AB/JR (Model K-verklaring)

Mr. A.J. Beukenhorst. Procureur van eiseres, Aannemers- & Staalconstructiebedrijf Aan de Stegge: mr. B.J.H. Verkooyen. Procureur van gedaagde, Waterschap Vallei en Eem: mr. A. Stellingwerf Beintema. Procureur van gevoegde partij aan de zijde van gedaagde, Imtech: mr. Ph. R.B. Houtzager

Artt. 2.23.3 en 2.25.3 ARW 2005. Artt. 2:130 en 2:240 BW. Ondertekenen van model K-verklaring door onbevoegde:

Met gastnoot L.C. van den Berg, Red.¹

2. De feiten

2.1. Op 19 december 2006 heeft het Waterschap een openbare aanbesteding gehouden voor het project Mechanische Installatie Slibontwatering RWZI in de gemeente Ede. In de op deze aanbesteding van toepassing verklaarde Aanbestedingsleidraad zijn – onder meer – de volgende bepalingen opgenomen:

‘1.0 Toepasselijke wetgeving

Op deze aanbesteding is het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (het ‘ARW 2005’), hoofdstuk 2, Openbare, nationale procedure, van toepassing, voor zover hiervan niet in de onderhavige aanbe-

stedingsleidraad wordt afgeweken.(...)

4.0 Mededinging

(...)

Conform artikel 2.25.3 van het ARW 2005 dient de inschrijver (elk der combinanten) bij zijn inschrijving, op straffe van uitsluiting, een verklaring conform het in bijlage 7 opgenomen model K over te leggen.’

2.2. De als bijlage 7 bij de aanbestedingsleidraad opgenomen ‘Verklaring Bestuurder Om-trent Rechtmatigheid Inschrijving’ (verder ook te noemen model K-verklaring) luidt:

‘(...)

Ondergetekende verklaart dat de onderhavige inschrijving of, in geval van een onderhandelingsprocedure, de aanbieding, 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 (datum) te (plaats)

Door (naam en voorletters)

Als bestuurder van (naam bedrijf)

Die (naam bedrijf)

Ter zake van deze inschrijving of aanbieding

rechtsgeldig vertegenwoordigt

(handtekening)’

2.3. Artikel 2.25.3 ARW 2005 luidt:

‘De inschrijver dient bij de inschrijving een verklaring over te leggen dat de inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeen-

1. Leendert van den Berg is als advocaat werkzaam bij Severijn Hulshof Advocaten te Rotterdam.

komst besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht.

Deze verklaring, ingericht volgens het in Deel II opgenomen model K, dient ondertekend te zijn door een bestuurder die ter zake de inschrijver rechtsgeldig vertegenwoordigt.

In het geval de inschrijver een samenwerkingsverband van ondernemers is, verstrekt de inschrijver een dergelijke verklaring van een bestuurder van iedere ondernemer.

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

2.4. Aan de Stegge heeft op de aanbesteding ingeschreven met een inschrijfprijs van € 893.00,-. De hiervoor onder 2.2. genoemde verklaring is namens Aan de Stegge ingevuld en ondertekend door H. In het handelsregister van de Kamer van Koophandel is H. als gevolmachtigde met als titel Directeur ingeschreven. De inhoud van de volmacht is als volgt omschreven:

'H. (...) is bevoegd voor:

1. Het inschrijven op werktuigbouwkundige aanbestedingen tot een bedrag van € 1.500.000,- (...)
2. het maken van werktuigbouwkundige offertes tot een bedrag van € 1.500.000,- (...)

2.5. Op 15 januari 2007 heeft het Waterschap Aan de Stegge – onder meer – geschreven:

'(...) Het waterschap is gebleken dat uw inschrijving, en die van GTI Infra B.V., weliswaar de laagste prijs bevat, maar dat deze ongeldig is. De heer H. heeft de verklaring conform model K ondertekend. Echter, hij is geen bestuurder van Aan de Stegge Bouw & Werktuigbouw, en dus niet bevoegd geweest om de verklaring conform model K te ondertekenen. Ook de inschrijving van GTI Infra B.V. is ongeldig.

Na zorgvuldige afweging is gebleken dat de inschrijving van Hollandia B.V., wiens inschrijving de opvolgende laagste prijs heeft, alle verlangde informatie bevat. (...)

2.6. Op 15 januari 2007 heeft het Waterschap aan Imtech geschreven dat zij voornemens is de opdracht aan haar te gunnen.

3. *Het geschil*

3.1. Aan de Stegge vordert thans het Waterschap te verbieden de opdracht voor de aanneming van het project Mechanische Installatie Slibontwatering RWZI te gunnen aan Hollandia B.V. althans haar te verbieden dat aan deze overeenkomst uitvoering wordt gegeven.

Verder vordert Aan de Stegge het Waterschap te gebieden de inschrijving van Aan de Stegge als geldig aan te merken en alle inschrijvingen opnieuw te beoordelen, met veroordeling van het Waterschap in de kosten van het geding.

3.2. Aan de Stegge stelt hiertoe dat het Waterschap haar inschrijving ten onrechte terzijde heeft gelegd. De heer H. was immers bevoegd de model K-verklaring voor de onderhavige aanbesteding te ondertekenen. H. is één van de directeurs van Aan de Stegge en is verantwoordelijk voor het aanbestedingsbeleid inzake werktuigbouw binnen het bedrijf.

De statutaire bestuurders van Aan de Stegge hebben geen bemoeienis met de dagelijkse gang van zaken.

De Algemene Toelichting op het ARW 2005 bepaalt ten aanzien van 'de bestuurder die de inschrijver ter zake de inschrijving rechtsgeldig vertegenwoordigt' dat met bestuurder normaliter een bestuurder wordt bedoeld, in de zin van het Burgerlijk Wetboek, waarbij verwezen wordt naar de artt. 2:130 en 2:240. Uit het feit dat in lid 4 van beide wetsartikelen is bepaald dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging aan andere personen dan bestuurders kan worden toegekend, kan worden afgeleid dat het aantal personen dat bevoegd is het model K-formulier te ondertekenen niet beperkt dient te worden tot de statutair bestuurder. Bovendien wordt in de Algemene Toelichting bij het ARW 2005 bepaald dat 'het hoogste management van een aanbieder' een verplichte schriftelijk verklaring ondertekent. Indien het de bedoeling was geweest dat alleen de statutair bestuurder de verklaring zou mogen ondertekenen, was een ruim begrip als 'hoogste management' niet gebruikt. Het doet veel meer recht aan het met de regeling beoogde doel om de ter zake verantwoordelijke directeur de mededingingsverklaring te laten ondertekenen, dan een statutair bestuurder, die geen bemoeienis met de kwestie heeft. Aan de Stegge heeft de verklaring derhalve terecht door H. laten ondertekenen.

3.3. Het Waterschap en Imtech, als gevoegde partij aan de zijde van het Waterschap, hebben gemotiveerd verweer gevoerd waarop hierna bij de beoordeling van het geschil nader zal worden ingegaan.

4. *De beoordeling*

4.1. Partijen zijn het erover eens dat een onjuist of onvolledig ingevulde model K-verklaring uitsluiting van de aanbestedingsprocedure ten gevolge heeft.

In dit geding is de vraag aan de orde of H. bevoegd was om de model K-verklaring namens Aan de Stegge te ondertekenen.

Het Waterschap heeft zich op het standpunt gesteld dat zowel uit art. 2.23.3 ARW 2005 als uit de tekst van de model K-verklaring zelf eenduidig blijkt dat deze moet worden ondertekend door een bestuurder die de inschrijver rechtsgeldig vertegenwoordigt.

Volgens Aan de Stegge volgt echter uit de Algemene Toelichting bij het ARW 2005 en de BW-bepalingen waarnaar in de toelichting wordt verwezen dat de bevoegdheid om de model K-verklaring te ondertekenen ook aan andere personen dan statutair bestuurders toekomt.

4.2 Zowel in art. 2.25.3 ARW 2005 als in de model K-verklaring zelf staat met zoveel woorden dat die verklaring moet worden ondertekend door een bestuurder.

Blijkens de toelichting wordt met 'bestuurder' normaliter een bestuurder bedoeld in de zin van het Burgerlijk Wetboek, waarbij wordt verwezen naar de artt. 2:130 (N.V.) en 2:240 (B.V.) van het Burgerlijk Wetboek. Met bestuurder wordt derhalve bedoeld statutair bestuurder. Lid 4 van deze beide artikelen, waarin is bepaald dat de statuten ook aan andere personen dan bestuurders bevoegdheid tot vertegenwoordiging kunnen toekennen, leidt – anders dan Aan de Stegge heeft betoogd – niet tot een ander oordeel. De daar genoemde andere personen worden in dat artikel immers uitdrukkelijk onderscheiden van bestuurders en kunnen dus niet als zodanig worden aangemerkt.

Met 'normaliter' wordt in de toelichting klaarblijkelijk bedoeld op de meest voorkomende situatie, waarin de inschrijver een B.V. of N.V. is.

Ook uit het gebruik van de niet juridische term 'hoogste management' in de toelichting kan niet worden afgeleid dat het daarbij ook om een niet-statutair bestuurder kan gaan.

4.3. Aan de Stegge heeft nog aangevoerd dat de ondertekening van de verklaring door haar statutair bestuurder, die zich met aanbestedingen als deze niet pleegt te bemoeien, 'een papieren tijger' zou creëren en juist zou indruisen tegen de bedoeling van die verklaring, te weten dat degene die feitelijk verantwoordelijk is, ook ondertekent.

Zoals het Waterschap echter terecht heeft gesteld, is met de model K-verklaring, ingevoerd naar aanleiding van de resultaten van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid, juist beoogd verandering te brengen in de praktijk dat statutair bestuurders onvoldoende op de hoogte zijn van het reilen en zeilen binnen de onderneming. De statutair bestuurder zal de organisatie dus zo moeten inkleden dat hij zeker weet dat de verklaring die hij ondertekent juist is. Uit hetgeen Imtech ter zitting heeft verklaard, blijkt dat zij dit in de praktijk heeft ondervangen door de feitelijk voor de aanbesteding verantwoordelijke persoon een contraverklaring te laten ondertekenen, waarin deze jegens de bestuurder, die de model K-verklaring ondertekent,

garandeert dat de mededingingsregels niet zijn geschonden.

4.4. Onder deze omstandigheden is er geen aanleiding bij de uitleg van de bewoordingen van de model K-verklaring en art. 2.25.3 ARW 2005 af te wijken van de letterlijke tekst.

Nu vaststaat dat H. geen statutair bestuurder is van Aan de Stegge en de model K-verklaring derhalve niet is ondertekend door een bestuurder van Aan de Stegge, heeft het Waterschap de inschrijving van Aan de Stegge terecht terzijde gelegd. De gevraagde voorzieningen moeten derhalve worden geweigerd. (*Enz., enz., Red.*)

■ Noot

In een eerdere annotatie in dit tijdschrift (BR 2006, p. 951) heb ik het aanbestedingsrecht 'formaliteitenrecht' genoemd. Ook op deze uitspraak past deze benaming. De uitspraak ziet op de zogenaamde K-verklaring die bij de invoering van het ARW 2004 het licht heeft gezien en die voortvloeit uit de nasleep van de bouwfraude. De K-verklaring is ingevoerd om betrokkenheid van het bestuur van een onderneming bij individuele aanbestedingen te garanderen. Om die reden moet volgens het ARW 2004 en het ARW 2005 de K-verklaring door een bestuurder van de inschrijver worden ondertekend. Over de K-verklaring is inmiddels veelvuldig geprocedeerd waarbij het niet of niet op juiste wijze indienen ervan voor de betreffende inschrijver doorgaans fataal bleek te zijn.² Inschrijvers hebben hiervan geleerd om nauwgezet te controleren of de K-verklaring wel bij de inschrijving is gevoegd. De onderhavige uitspraak leert hen ook de rechtsgeldigheid van de ondertekening te controleren.

De casus is eenvoudig. In het kader van een aanbesteding waarop het ARW 2005 van toepassing was diende een van de inschrijvers een K-formulier in dat door een van haar directeurs niet zijnde een statutair directeur was ondertekend. De aanbesteder verklaarde de inschrijving van deze vennootschap vervolgens ongeldig en wenste aan een derde te gunnen. De rechtstrijd was beperkt tot de enkele vraag of de aanbesteder terecht tot ongeldigheid van de inschrijving had besloten. De voorzieningenrechter oordeelde dat dit het geval was. Hiertoe overwoog de Voorzieningenrechter dat zowel het ARW 2005 als de model K-verklaring met zoveel woorden vermelden dat de verklaring moet worden ondertekend door een bestuurder. De rechter neemt vervolgens letterlijk de toelichting over waar die vermeldt dat met 'bestuurder' normaliter een bestuurder in de zin van het Burgerlijk Wetboek wordt bedoeld. Vervolgens volgt de rechter de in de toelichting ook gegeven verwijzing

2. Zie bijvoorbeeld: Rb. Zutphen 12 januari 2006, LJV AV0540 en Rb. Haarlem 24 mei 2006, LJV AX5223.

naar de artt. 2:130 (voor de N.V.) en 2:240 BW (voor de B.V.). Daaruit leidt de rechter af dat er sprake moet zijn van ondertekening door de statutair bestuurder. Waar de inschrijver nog heeft aangevoerd dat haar statutair bestuurder zich niet met aanbestedingen pleegt te bemoeien overweegt de rechter dat de K-verklaring juist bedoeld is om statutair bestuurders 'bij de les te houden' en bij aanbestedingen te betrekken. Nu de K-verklaring in dit geval niet door een statutair bestuurder was ondertekend, oordeelt de rechter het ongeldig verklaren van de inschrijving terecht.

Met deze overwegingen sluit het vonnis naadloos aan op de bedoelingen van de opstellers van het ARW 2004 en 2005. Waar de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid gesuggereerd heeft dat besturen van ondernemingen ernst zouden moeten maken van integriteitsbeleid in hun organisatie³, hebben de opstellers van het ARW 2004 (en 2005) deze handschoen opgepakt.⁴ Met de K-verklaring beoogden zij immers dat het 'hoogste management' een verklaring zou ondertekenen dat de Mededingingswet niet is geschonden bij een concrete aanbesteding. Dit hoogste management zou zich daartoe op de hoogte moeten stellen van concrete aanbestedingen, opdat het zich niet zou kunnen distantiëren van eventuele handelingen die in strijd met de Mededingingswet door lagere echelons zouden worden verricht. Waar aldus de doelstelling van de regeling door de Voorzieningenrechter zonder meer wordt gevolgd, kan echter de vraag gesteld worden of de tekst van het ARW 2004 en 2005 niet tot een andere slotsom had moeten leiden. Waar de opstellers namelijk hun bedoeling in het voorwoord en de toelichting duidelijk hebben gemaakt, hebben zij in de tekst van de reglementen volstaan met de bepaling dat deze verklaring dient te worden ondertekend door '(...) een bestuurder die ter zake de inschrijver rechtsgeldig vertegenwoordigt.' De tekst van de bijgevoegde modelverklaring stemt hiermee overeen. In de toelichting wordt daaraan toegevoegd: 'Met 'bestuurder' wordt normaliter een bestuurder bedoeld in de zin van het Burgerlijk Wetboek. In veel gevallen zal die bestuurder een directeur zijn.' Dit kan dus een ieder zijn die overeenkomstig het Burgerlijk Wetboek als bestuurder de vennootschap rechtsgeldig kan vertegenwoordigen. Dat de statutair bestuurder 'normaliter' zal hebben te gelden als bestuurder staat niet ter discussie. Volgens art. 2:151 resp. 2:261 BW worden echter ook allen die voor zekere tijd of onder zekere omstandigheden krachtens een statutaire bepaling of krachtens een besluit van de aandeelhoudersvergadering daden

van bestuur verrichten, ten opzichte van de vennootschap én ten opzichte van derden te dien aanzien als bestuurder aangemerkt. Aldus lijkt er sprake te zijn van een bredere kring 'bestuurders' die rechtsgeldig een K-formulier mogen ondertekenen dan door het de opstellers van het ARW 2004 en 2005 is beoogd. Iemand die daden van bestuur mag verrichten krachtens een besluit van de aandeelhoudersvergadering zal immers ten aanzien van die (welomschreven) daden bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen én als bestuurder kunnen worden aangemerkt.

Gelet op deze regeling kan naar mijn mening sterk getwijfeld worden aan de juistheid van het oordeel dat de K-verklaring slechts door de statutair bestuurder van een vennootschap kan worden ondertekend. Zou de ARW-regelgever een dergelijke beperkte regeling gewild hebben, dan zou dit expliciet in de tekst van het reglement tot uitdrukking hebben moeten komen. Bedacht moet worden dat de verklaring van een door een volgens de wet als bestuurder aan te merken vertegenwoordiger de vennootschap bindt. Waar deze vertegenwoordiger aldus namens de vennootschap verklaart dat de Mededingingswet niet is geschonden in een concrete aanbesteding, zal de eventuele onjuistheid van die verklaring de vennootschap rechtstreeks raken. Een later onjuist gebleken verklaring zal tegen de onderneming kunnen werken door uitsluiting in latere aanbestedingen. Voor ondernemingen die actief zijn op de openbare aanbestedingsmarkt is dat een zeer zware sanctie waar niet licht over gedacht zal worden. In de praktijk is de omvang van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van iemand die namens een onderneming zegt te handelen verder betrekkelijk eenvoudig te controleren. Waar vennootschappen in het zakelijk verkeer – zeker als zij deel uitmaken van een groter concern – vaak door gevolmachtigden worden vertegenwoordigd, is het de vraag of de beperking van de ondertekeningbevoegdheid van het K-formulier tot statutair bestuurders te rechtvaardigen valt. Daarbij acht ik van belang dat de ARW-regelgever geen eigen regeling heeft willen geven van wat er onder het bestuur van de onderneming moet worden verstaan, maar zonder meer naar het Burgerlijk Wetboek verwijst. In die omstandigheden dient naar mijn mening de regeling van het BW in al haar aspecten gevolgd te worden. Daaraan doet de onderhavige uitspraak naar mijn mening geen recht.

L.C. van den Berg

3. Kamerstukken II 2002/03, 28 244, nr. 5-6, p. 300.

4. Overigens is deze handschoen inmiddels ook opgepakt door de wetgever in het wetsvoorstel tot wijziging van de Mededingingswet (Kamerstukken II 2005/06, 30 501, nr. 2) waarin wordt voorzien in een bevoegdheid van de NMa om ook bestuurders een boete op te leggen.