

Model K-verklaring: rechtmatigheid inschrijving

Uit vaste jurisprudentie volgt dat nagenoeg ieder gebrek in de Model K-verklaring tot ongeldigheid van de inschrijving leidt. Ook het niet indienen van een Model K-verklaring, terwijl dit wel is voorgeschreven, is fataal.

Bard van Veen, met dank aan collega Vera Balvers

Wat is een Model K-verklaring?

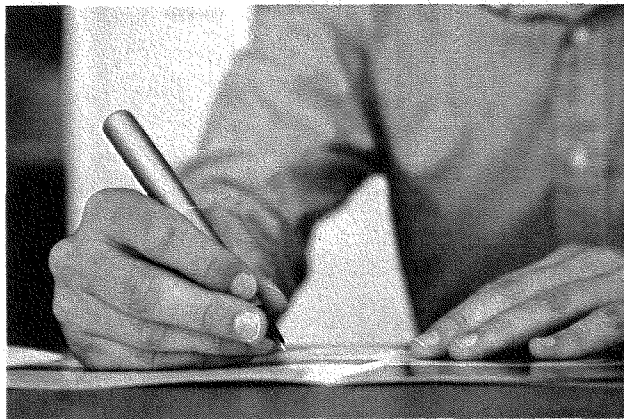
Wanneer het Aanbestedingsreglement werken 2012 ('ARW') van toepassing is op een aanbestedingsprocedure, is de aanbestedende dienst gerechtigd inschrijvers te verplichten om een Model K-verklaring te overleggen. Middels de Model K-verklaring verklaart de inschrijver dat zijn inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging met het mededingingsrecht (artikel 2.22.3 ARW). Deze verklaring geldt als bewijs voor een onderneming dat de inschrijving niet tot stand is gekomen onder invloed van een overeenkomst, besluit of gedraging in strijd met het Nederlandse of Europese mededingingsrecht. Mededingingsrecht is het recht met betrekking tot concurrentie, denk bijvoorbeeld aan het kartelverbod. Inschrijvingen die tot stand zijn gekomen onder invloed van het mededingingsrecht zijn in strijd met de wet.

Bestuurder ondertekent

Van een rechtsgeldig ondertekende Model K-verklaring is slechts sprake als deze is ondertekend door de hoogst verantwoordelijke bestuurder. Met een 'bestuurder' wordt normaal gesproken een bestuurder bedoeld in de zin van het Burgerlijk Wetboek. In de praktijk is dit doorgaans de statutair bestuurder. Ondertekening door bijvoorbeeld de (gevolmachtigde) directeur of een lid van het management, niet zijnde de in het handelsregister opgenomen statutair bestuurder, is onvoldoende. De verklaring strekt er namelijk toe dat de betreffende statutaire bestuurder zich uitdrukkelijk op de hoogte stelt van het proces van de aanbesteding. In het geval de inschrijver een samenwerkingsverband van meerdere ondernemers is, verstrekt de inschrijver een dergelijke verklaring van een bestuurder van iedere ondernemer. De inschrijving is ongeldig als de vereiste verklaring ontbreekt of niet naar waarheid is ingevuld.

Fout leidt (bijna) altijd tot ongeldigheid

De overlegging van de Model K-verklaring moet volgens vaste jurisprudentie aan strikte vormvereisten voldoen. Uit de jurisprudentie volgt bovendien dat gebreken aan de Model K-verklaring in principe niet mogen worden hersteld, indien de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk vermelden dat het gebrek leidt tot ongeldigheid van de inschrijving. Ook niet als een aanbestedende dienst wel de gelegenheid biedt om (marginale) fouten te herstellen. Indien



de Model K-verklaring niet of niet door de juiste persoon is ondertekend, dan moet dat leiden tot ongeldig verklaring en uitsluiting van de inschrijving. Het gelijkheidsbeginsel laat niet toe dat een opdracht wordt gegund aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan.

Onlangs kwam een inschrijver zeer goed weg, ondanks een ondertekeningstekort van de Model K-verklaring (zie Rechtbank Den Haag 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11209). Bij controle van de inschrijvingen constateerde de aanbestedende dienst dat de door de inschrijver ingediende Model K-verklaring niet digitaal was ondertekend door de statutair bestuurder. Zij was met de hand ondertekend door de statutair bestuurder. De verklaring was vervolgens gescand en digitaal ondertekend met een gekwalificeerde elektronische handtekening door een niet-bevoegde bestuurder. Daarmee voldeed de verklaring niet. Hoewel ongebruikelijk, bood de aanbestedende dienst de betreffende inschrijver de gelegenheid het ondertekeningstekort te herstellen. De inschrijver leverde alsnog tijdig een geldige Model K-verklaring af bij de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst berichtte de inschrijver vervolgens voornemens te zijn de opdracht aan hem te gunnen.

Een andere inschrijver gooide echter roet in het eten, als gevolg van een succesvol gevoerd kort geding met betrekking tot die aanbesteding. Hoewel in dit kort geding niet werd geklaagd over de geboden herstelbaarheid aangaande de Model K-verklaring, was het gevolg echter wel dat een herbeoordeling diende plaats te vinden. Daarop deelde de aanbestedende dienst aan de inschrijver mede dat zijn inschrijving alsnog ongeldig was verklaard, als gevolg van het ondertekeningstekort. De aanbestedende dienst stelde de inschrijver ditmaal niet in de gelegenheid het gebrek te herstellen. Daarbij verwees de aanbestedende dienst naar vaste rechtspraak over de ongeldigheid van een onjuist ingevulde Model K-verklaring. De aanbestedende dienst stelde zich nu op het standpunt dat geen sprake van een 'eenvoudig herstelbaar gebrek', geleid op het belang van een juiste ondertekening van de inschrijvingsdocumenten. En omdat een gescande handtekening (veel) minder

betrouwbaar is dan een gekwalificeerde elektronische handtekening.

Inschrijver komt toch goed weg

De Voorzieningenrechter Den Haag maakt korte metten met de manier van handelen van de aanbestedende dienst. In dit specifieke geval prevaleert het vertrouwensbeginsel boven het gelijkheidsbeginsel. Een uitzondering was in dit geval op haar plaats, omdat geen sprake was van een vergissing van de aanbestedende dienst. Integendeel, het was de inschrijver in eerste instantie expliciet toegestaan het inschrijvingsgebrek te herstellen. Nagenoeg een half jaar later veranderde de aanbestedende dienst ineens van koers. Kortom, de aanbestedende dienst is te laat met dit ongeldigheidsargument. In dit geval moest de aanbestedende dienst de ongeldige inschrijving daarom alsnog betrekken bij de nieuwe gunningsbeslissing.

Let er daarom bij het invullen van de Model K-verklaring goed op dat deze op de juiste wijze wordt ondertekend door de statutaire bestuurder. Check in de aanbestedingsstukken goed welke vereisten worden gesteld. Bij een ondertekeningstekort van de Model K-verklaring komt een inschrijver doorgaans niet zo goed weg als in bovengenoemde zaak.



B.R. (Bard) van Veen is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten te Den Haag.
Tel.: (070) 304 55 90.
E-mail: b.veen@shadv.nl.
www.severijnhulshof.nl.

Voor vragen over dit artikel of een cursus UAV, UAV-gc, RAW en/of aanbestedingsrecht, kunt u mij bereiken via het genoemde mailadres.