

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 233

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure gehouden met betrekking tot een overheidsopdracht voor de levering van ondergrondse afvalinzamelsystemen.

1.2. De opdracht is in vier percelen verdeeld, die in paragraaf 1.1 van de 'Inschrijvingsleidraad Ondergrondse Afvalinzamelsystemen' d.d. 13 maart 2014 (hierna: de Leidraad) als volgt zijn omschreven:

Perceel 1	Levering en plaatsing van ondergrondse afvalcontainers;
Perceel 2	Productie en transport van betonputten ten behoeve van ondergrondse afvalcontainers;
Perceel 3	Straat- en grondwerk ten behoeve van de plaatsing van betonputten en afwerking van de locaties voor ondergrondse afvalcontainers;
Perceel 4	Toegangssystemen + passen ten behoeve van ondergrondse afvalcontainers.'

1.3. In onderdeel 1.1 ('Doel van de aanbesteding') van de Leidraad is het volgende bepaald:

'De opdrachten worden gegund aan de inschrijvers met de economisch meest voordelige inschrijvingen, waarbij naast de prijs ook kwalitatieve aspecten beoordeeld worden.'

1.4. In onderdeel 3 ('Beschrijving beoordelingsprocedure') van de Leidraad is het volgende bepaald:

'Zowel het opstellen van de aanbestedingsstukken als het beoordelen van de inschrijvingen vindt plaats door een verwervingsteam, waarin diverse deskundigheden zijn verenigd.'

1.5. Klager is een branchevereniging. Zij heeft in opdracht van een aantal van haar leden die de onderhavige opdracht wilden verwerven een klacht ingediend.

1.6. In een brief van klager van 7 oktober 2014 aan beklagde staat voor zover relevant:

'Wij willen met name onze zorg uitspreken over de beoordeling van de inschrijvingen, meer concreet de samenstelling van de beoordelingscommissie. Zo hebben wij uit betrouwbare bron vernomen dat één lid van de beoordelingscommissie [*de heer [AB], toevoeging Commissie*] onlangs [*Beklaagde*] en de beoordelingscommissie spoorlags heeft moeten verlaten vanwege ernstige twijfels aan zijn integriteit. Feit is dat deze persoon wel heeft deelgenomen aan de beoordeling van de inschrijvingen in de betrokken aanbesteding voor Ondergrondse Afvalinzamelsystemen. Voor zover ons bekend, heeft [*Beklaagde*] hieraan geen gevolgen verbonden voor het beoordelingsresultaat en dit in stand gelaten.'

Daarnaast is een ander lid van de beoordelingscommissie, naar verluidt [*de heer [CD], toevoeging Commissie*], medeverantwoordelijk geweest voor het opstellen van technische eisen en gunningscriteria, terwijl hijzelf aanbieder is van ondergrondse afvalcontainers en nauwe banden heeft met een van de inschrijvers (inschrijver [Y]) op deze aanbesteding, die 'toevalligerwijze' ook als winnaar van Perceel 1 uit de bus is gekomen. Deze adviseur van [Beklaagde] heeft in ieder geval alle schijn van partijdigheid. Zijn nauwe banden met de winnende inschrijver van Perceel 1 blijken onder meer ook uit de aanbesteding van de opdracht tot levering van prullenbakken van [Beklaagde] en uit hun inschrijving als combinatie op een recente aanbesteding van de gemeente [X] voor ondergrondse afvalcontainers. De naam [CD] is in elk geval vermeld op het Excel-bestand dat in de aanbesteding Ondergrondse Afvalinzamelsystemen van de [Beklaagde] is gehanteerd. Hieruit moeten wij concluderen dat een (directe) concurrent van de andere inschrijvers medeverantwoordelijk is geweest voor het opstellen van de technische eisen en gunningscriteria. Deze kan de eisen en criteria bewust of onbewust hebben toegeschreven op een bepaalde leverancier. Deze adviseur is, naar verluidt, ook betrokken geweest bij de beoordeling van de inschrijvingen, inclusief de inschrijving van zijn zakenpartner. Voor zover ons bekend, heeft [Beklaagde] ook hieraan geen gevolgen verbonden voor het beoordelingsresultaat en dit in stand gelaten.

(...)

Immers het heeft er alle schijn van dat in deze aanbesteding sprake is geweest van belangenverstrengeling en/of voorinformatie en/of favoritisme. Dit argument kon weliswaar door de rechter in de hierboven aangehaalde, op 30 september jl. gepubliceerde uitspraak van 25 juli 2014 niet inhoudelijk worden beoordeeld, maar feit blijft dat [Beklaagde] in deze aanbesteding niet – zoals vaste EU- en nationale rechtspraak uitdrukkelijk vereisen – ervoor gezorgd heeft dat elk risico van willekeur en favoritisme uitgebannen is geweest. Het zou [Beklaagde], ook op grond van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel, sieren als zij de aanbesteding intrekt en tot een heraanbesteding conform de kernbeginselen van aanbestedingsrecht met instelling van een nieuwe, onafhankelijke en deskundige beoordelingscommissie overgaat.'

- 1.7. In een brief van beklagde van 28 oktober 2014 aan klager staat voor zover relevant:

'[Beklaagde] realiseert zich dat in de brief van [Klager] serieuze klachten staan verwoord. Zij deelt uw mening dat als er sprake is van belangenverstrengeling en/ of voorinformatie en/ of favoritisme, de enige vervolgstap kan zijn het opnieuw aanbesteden van de volledige opdracht. Uw klachten worden echter niet gestaafd door bewijsstukken. Dit betekent dat er voor [Beklaagde] geen aantoonbare gronden zijn om de aanbesteding voor alle vier de percelen opnieuw in de markt te zetten.

[Beklaagde] stelt u tot en met 7 november 2014 in de gelegenheid gemotiveerd en met bewijzen aan te tonen dat er wel degelijk sprake is van belangenverstrengeling en/ of voorinformatie en/ of favoritisme. Bij gebreke aan een tijdige en gemotiveerde reactie, verzoekt [Beklaagde] u dringend om het vervolg van de aanbesteding niet te frustreren en verdere correspondentie te staken.'

- 1.8. In een brief van klager van 5 november 2014 aan beklagde staat voor zover relevant:

'[Beklaagde] kan er niet mee volstaan de bewijslast van belangenverstrengeling, voorinformatie en favoritisme volledig op [Klager] af te wentelen. Voor zover er

op [Klager] al enige bewijslast zou rusten, wat niet zo is, is er alle aanleiding om op grond van hetgeen reeds is aangedragen die bewijslast om te keren. Het is [Beklaagde] die op grond van vaste rechtspraak (...) moet aantonen dat zij in deze aanbesteding 'elk risico op favoritisme en willekeur' heeft uitgebannen.'

- 1.9. In haar brief van 28 november 2014 geeft beklaagde wederom aan geen aanleiding te zien om nader onderzoek te starten, mede omdat zij geen bewijsstukken hiervoor heeft ontvangen.

2. Beschrijving klacht

De beoordeling tijdens de aanbesteding heeft niet onafhankelijk en integer plaatsgevonden. Tevens heeft een opsteller van de technische eisen en gunningscriteria (via een aan hem gelieerde organisatie) op de aanbesteding ingeschreven, waardoor andere inschrijvers zijn benadeeld.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager geeft aan uit betrouwbare bron te hebben vernomen dat een persoon [*bedoeld wordt de heer AB, toevoeging Commissie*] werkzaam bij beklaagde onlangs de organisatie van beklaagde heeft moeten verlaten vanwege ernstige twijfels over diens integriteit. Volgens klager heeft deze persoon deelgenomen aan werkzaamheden voor de aanbesteding van ondergrondse afvalinzamelsystemen. Volgens klager heeft beklaagde geen gevolg gegeven aan voorgaande situatie voor wat betreft het beoordelingsresultaat van de aanbesteding.
- 3.2. Daarnaast geeft klager aan dat volgens haar een lid van de beoordelingscommissie medeverantwoordelijk is geweest voor het opstellen van technische eisen en gunningscriteria [*bedoeld wordt de heer CD, toevoeging Commissie*], terwijl hijzelf aanbieder is van ondergrondse afvalcontainers en tevens nauwe banden heeft met inschrijver [Y] op de onderhavige aanbesteding, die ook winnaar (van perceel 1) is geworden. Ten aanzien van deze persoon bestaat in ieder geval reeds de schijn van partijdigheid. De persoon kan de eisen en criteria bewust of onbewust hebben toegeschreven naar een bepaalde leverancier. Deze adviseur is volgens klager naar verluidt tevens ook betrokken geweest bij de beoordeling van de inschrijvingen, inclusief de inschrijving van zijn zakenpartner. Voor zover bij klager bekend heeft beklaagde ook hieraan geen gevolgen verbonden voor het beoordelingsresultaat en dit in stand gelaten.
- 3.3. Volgens klager is het vaste EU- en nationale rechtspraak dat een aanbestedende dienst er voor zorgt dat elk risico van willekeur en favoritisme uitgebannen wordt. Beklaagde kan er niet mee volstaan de bewijslast van belangenverstremming, voorinformatie en favoritisme volledig op klager af te wentelen. Voor zover er op klager al enige bewijslast zou rusten, wat niet zo is, is er alle aanleiding om op grond van hetgeen is aangedragen die bewijslast om te keren. Het is beklaagde die op grond van vaste rechtspraak (HvJ EU 29 april 2004, zaak C-496/99, *Succhi di Frutta* en HvJ 12 maart 2015, zaak C-538/13, *eVigilo Ltd.*) moet aantonen dat zij in deze aanbesteding elk risico op favoritisme en willekeur heeft uitgebannen. Niet voor niets voorziet ook de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn in passende maatregelen die door aanbestedende diensten moeten worden genomen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen om vervalsing van de mededinging te voorkomen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren (artikel 24 Richtlijn 2014/24/EU). En niet voor niets vormt uitsluiting van een onderneming een uiterste middel als een belangenconflict niet effectief kan

worden verholpen met minder ingrijpende maatregelen (artikel 57 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU). Dat deze richtlijn nog in de Nederlandse aanbestedingswetgeving moet worden omgezet, betekent niet dat beklagde de daarin vervatte weerslag van bestaande opvattingen over belangenverstremgeling zonder meer naast zich neer kan leggen. Beklaagde dient dus aan te tonen hoe zij ervoor heeft gezorgd dat in deze aanbesteding elk risico op favoritisme en willekeur is uitgebannen.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde geeft aan dat het juist is dat de heer [AB] niet meer werkzaam is bij beklagde en tevens betrokken was bij de onderhavige aanbesteding.
- 4.2. Beklaagde stelt dat zij, in tegenstelling tot hetgeen klager beweert, wel degelijk onderzoek heeft verricht naar een eventuele beïnvloeding van de aanbesteding door de heer [CD]. Beklaagde heeft onmiddellijk naar aanleiding van de aantijgingen van één van de inschrijvers grondig onderzoek gedaan, waarbij de rol en het handelen zorgvuldig zijn bekeken. Tevens zijn deze aantijgingen met de heer [CD] besproken waarbij hij expliciet aan beklagde heeft aangegeven zich niet in deze aantijgingen te herkennen. Beklaagde heeft gedurende het aanbestedingstraject ook geen signalen ontvangen op basis waarvan zij de indruk had moeten krijgen dat de betrokkenheid van de heer [CD] bij deze aanbesteding van invloed zou zijn op de inschrijving door één van de inschrijvers. Beklaagde heeft de conclusie getrokken dat naar aanleiding van het bovenstaande geen sprake is geweest van belangenverstremgeling en voorinformatie bij één specifieke inschrijver waardoor de mededinging in gevaar zou zijn gebracht. Klager dient het vertrouwen te hebben dat beklagde op basis van grondig onderzoek deze conclusie heeft getrokken.
- 4.3. Beklaagde heeft klager meermaals verzocht informatie te verstrekken op basis waarvan zij haar aantijgingen doet, echter zijn tot op heden geen bewijsstukken ontvangen waarmee haar beweringen worden gestaafd. Indien klager haar klachten inzake belangenverstremgeling wel had kunnen staven, dan had beklagde dat uiteraard serieus genomen en de gevolgen hiervan voor de aanbestedingsprocedure in kaart gebracht.
- 4.4. Eén van de leden van klager heeft in een kort geding (vonnis 25 juli 2014) uitgebreid naar voren gebracht waarom zij van mening was dat er sprake was van beïnvloeding door de heer [CD] werkzaam voor beklagde als gevolg waarvan inschrijver [Y] in een betere positie zou worden gebracht dan de andere inschrijvers. Deze vermeende beïnvloeding en kennisvoorsprong kon echter niet met bewijsstukken onderbouwd worden. De rechter is volgens beklagde in het vonnis dan ook niet op deze aantijgingen en stellingen ingegaan.
- 4.5. De heer [CD] heeft niet op deze aanbesteding ingeschreven, noch zelfstandig noch in combinatie of onderaanneming. Ook is niet gebleken dat hij via een aan hem gelieerde organisatie heeft ingeschreven en dat er een samenwerking in deze aanbesteding aanwezig was. Voorgaande is volgens beklagde eveneens uitvoerig aan de orde gekomen in het kort geding.
- 4.6. Beklaagde geeft tot slot nog aan dat de aantijgingen tegen beide specifieke personen te laat, namelijk pas na bekendwording van de gunningsbeslissing naar voren zijn gebracht.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare aanbestedingsprocedure heeft gehouden met betrekking tot een overheidsopdracht voor de levering van ondergrondse afvalinzamelsystemen. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012.
- 5.2. Artikel 1.8 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst de inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Bij de beantwoording van de vraag wat die verplichting vervolgens inhoudt met het oog op de behandeling van de onderhavige klacht, zal de Commissie zich laten leiden door het arrest HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 31-47. Vergelijk ook de Adviezen 232 en 340). De Commissie vat het toetsingskader dat dit arrest geeft als volgt samen.
 - 5.2.1. Een belangenconflict houdt het risico in dat de aanbestedende dienst zich laat leiden door overwegingen die niets met de betrokken opdracht van doen hebben en dat door dit feit alleen de voorkeur wordt gegeven aan een bepaalde inschrijver. Een dergelijk belangenconflict kan een schending van artikel 1.8 Aw 2012 vormen (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 35).
 - 5.2.2. Indien een afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van de deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, moet de aanbestedende dienst alle relevante omstandigheden onderzoeken die hebben geleid tot vaststelling van de gunningsbeslissing, ten einde een belangenconflict zoals hiervoor bedoeld te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen, in voorkomend geval onder andere door de partijen te verzoeken om bepaalde informatie en bewijsmateriaal te verstrekken (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 44).
 - 5.2.3. Gegevens zoals de argumenten van een afgewezen inschrijver met betrekking tot de banden tussen de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen en de inschrijver waaraan de opdracht is gegund, vormen – indien zij waar blijken – dergelijke objectieve gegevens die aanleiding moeten geven tot een diepgaand onderzoek door de aanbestedende dienst (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 45).
 - 5.2.4. Het is onverenigbaar met de hiervoor bedoelde actieve rol van de aanbestedende dienst om de afgewezen inschrijver te verplichten concreet aan te tonen dat de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen partijdig zijn (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13 (eVigilo), r.o. 43).
- 5.3. De Commissie zal zich allereerst uitlaten over de vraag of beklagde heeft gehandeld in strijd met haar in 5.2 bedoelde verplichting in het kader van de betrokkenheid van [AB] bij de beoordeling van de inschrijvingen. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.
 - 5.3.1. Zoals hiervoor is overwogen, kan klager niet worden verplicht de vermeende partijdigheid van [AB] concreet aan te tonen. Wel zal van klager kunnen worden verlangd dat zij gegevens verstrekt met betrekking tot banden tussen [AB] en inschrijver [Y].
 - 5.3.2. De Commissie is van oordeel dat klager de hiervoor bedoelde gegevens niet heeft verstrekt. Klager heeft slechts aangegeven uit betrouwbare bron te hebben vernomen dat [AB] de organisatie van beklagde heeft moeten verlaten vanwege ernstige twijfels over diens integriteit (zie 3.1 hiervoor). Met die mededeling zegt

klager in het geheel niets over eventuele banden tussen [AB] en [Y]. Dat betekent dat beklagde in die mededeling dan ook geen aanleiding behoefde te vinden tot een diepgaand onderzoek zoals hiervoor bedoeld.

- 5.3.3. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is voor zover die betrekking heeft op de betrokkenheid van [AB] bij de beoordeling van de inschrijvingen.
- 5.4. De Commissie zal zich vervolgens uitlaten over de vraag of beklagde heeft gehandeld in strijd met haar in 5.2 bedoelde verplichting in het kader van de betrokkenheid van [CD] bij de beoordeling van de inschrijvingen. De Commissie overweegt in dat verband het volgende.
 - 5.4.1. De Commissie stelt vast dat klager in haar brief aan beklagde van 7 oktober 2014 (zie 1.6 hiervoor) informatie heeft verstrekt met betrekking tot banden tussen [CD] en de winnende inschrijver [Y]. Het gaat hier meer specifiek om de stelling van klager dat [CD] in combinatie met [Y] heeft ingeschreven op een aanbesteding van een andere aanbestedende dienst, te weten [X]. De Commissie is van oordeel dat het hier een betrekkelijk eenvoudig verifieerbaar gegeven betreft dat – indien het waar blijkt te zijn en de bedoelde aanbesteding van recente datum is – een objectief gegeven is op grond waarvan de onpartijdigheid van [CD] kan worden betwijfeld. De verdere consequentie daarvan is dat dit objectieve gegeven beklagde in dat geval aanleiding had moeten geven tot een diepgaand onderzoek (zie 5.2.3 hiervoor).
 - 5.4.2. De Commissie is van oordeel dat het in beginsel op de weg van beklagde lag om de juistheid van de door klager in haar brief verstrekte informatie te verifiëren. Uit de reactie op de klacht maakt de Commissie op dat beklagde weliswaar onderzoek heeft verricht naar een eventuele beïnvloeding van de onderhavige aanbesteding door [CD], maar niet dat zij heeft onderzocht of [CD] inderdaad in combinatie met [Y] heeft ingeschreven op een aanbesteding van [X]. Zou beklagde dat laatste wel hebben gedaan en zou de laatstbedoelde vraag in dat geval bevestigend zijn beantwoord, dan zou het gegeven dat [CD] in combinatie met [Y] heeft ingeschreven op een aanbesteding van [X] van invloed zijn geweest op de aard en opzet van het diepgaande onderzoek dat beklagde in dat geval had moeten uitvoeren naar alle relevante omstandigheden die hebben geleid tot de gunning van de onderhavige opdracht aan [Y] waaronder de invloed van [CD] op de gunningsbeslissing.
 - 5.4.3. Nu beklagde niet heeft onderzocht of [CD] in combinatie met [Y] heeft ingeschreven op een aanbesteding van [X], kan niet worden uitgesloten dat zich het risico heeft verzevenlijkt dat beklagde zich bij de gunning van de opdracht aan [Y] heeft laten leiden door een belangenconflict van [CD]. Dat betekent dat beklagde in zoverre niet heeft voldaan aan haar in 5.2 genoemde verplichting.
 - 5.4.4. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is voor zover die betrekking heeft op de betrokkenheid van [CD] bij de beoordeling van de inschrijvingen.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

Den Haag, 7 juni 2016

W.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid