

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 694

1. Waar gaat dit advies over?

In dit advies staat de vraag centraal of er sprake is van een schending van het gelijke speelveld. Aanbesteder heeft informatie, te weten gecontracteerde tarieven en aanrijdtijden uit de inschrijving van ondernemer uit een vorige aanbestedingsprocedure én geoffreerde tarieven en aanrijdtijden uit de inschrijving van ondernemer uit een ingetrokken aanbestedingsprocedure, gedeeld met twee concurrenten van ondernemer.

2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. Aanbesteder heeft ten onrechte bedrijfsvertrouwelijke informatie gedeeld met twee concurrenten van ondernemer waardoor aanbesteder gehandeld heeft in strijd met een wettelijke plicht. Naar het oordeel van de Commissie is echter niet duidelijk geworden welke verstoring van het gelijke speelveld het gevolg is van het delen van de bedrijfsvertrouwelijke informatie. Een maatregel die aanbesteder heeft getroffen – het invoeren van maxima die lager liggen dan de ten onrechte bekendgemaakte tarieven en aanrijdtijden – heeft in dit geval ervoor gezorgd dat van een verstoring van het gelijke speelveld geen sprake lijkt te zijn geweest. De Commissie acht de klacht dan ook **ongegron**d.

3. Wat zijn de relevante feiten?

Aanbesteding bergingswerk op snelwegen in Nederland

- 3.1. Ondernemer heeft deelgenomen aan een openbare Europese aanbesteding voor bergingswerk op snelwegen in Nederland die gepubliceerd is op 9 juni 2022. Ondernemer heeft bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing die genomen is in deze aanbesteding.
- 3.1.1. Aanbesteder heeft de aanbesteding (wegens een vermoeden van collusie) vervolgens ingetrokken op 11 november 2022.

Mailwisseling gedeelde informatie

- 3.2. Op 5 september 2022 om 10.55 heeft de interne beroepscommissie van aanbesteder een mail gestuurd aan ondernemer en twee van zijn concurrenten met daarin de huidige, *gecontracteerde* tarieven en aanrijdtijden van ondernemer en de *geoffreerde* tarieven en aanrijdtijden van ondernemer uit de aanbesteding bergingswerk (die is gepubliceerd op 9 juni 2022 en vervolgens is ingetrokken op 11 november 2022).
- 3.2.1. Op 5 september 2022 is om 11.18 vervolgens een mail van de advocaat van ondernemer verstuurd aan de interne beroepscommissie van aanbesteder met de

volgende vraag: "Naar ik aanneem is het niet de bedoeling om alle huidige tarieven en geoffreerde tarieven van [ondernemer] te delen met [concurrent 1] en [concurrent 2]?"

- 3.2.2. Op 5 september om 11.29 geeft de interne beroepscommissie van aanbesteder hierop de volgende reactie: "(...) Dit had inderdaad niet mogen gebeuren. Wij bieden u onze excuses aan. Wij zullen de ontvangers vragen het document te vernietigen."

Heraanbesteding bergingswerk op snelwegen in Nederland

- 3.3. Op 3 februari 2023 is de openbare Europese heraanbesteding voor bergingswerk op snelwegen in Nederland door aanbesteder gepubliceerd.

- 3.3.1. In de aanbestedingsleidraad van 3 februari 2023 is, onder meer, het volgende bepaald:

"(...) **5. Gunningscriteria**

De beoordeling van offertes vindt plaats op basis van twee gunningscriteria: prijs en aanrijdtijd. Elke aanbieder dient op zijn Offerteformulier twee cijfers in te vullen: een basistarief en een maximale gemiddelde aanrijdtijd. Deze twee gegevens worden gecombineerd om tot de selectie van de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding te komen.

Prijs

Het basistarief is de door de inschrijver op het Offerteformulier ingevulde prijs. Het gaat om één generiek tarief waar de specifieke tarieven voor elk type berging van worden afgeleid. Dit gebeurt volgens de volgende regels:

- A. Het basistarief geldt voor de berging van een schadevoertuig of onbeheerd achtergelaten voertuig op werkdagen tussen 08:00 en 18:00 uur.
- B. Voor een pechverplaatsing of beveiligingsopdracht geldt op werkdagen tussen 08:00 en 18:00 uur een tarief dat gelijk is aan 85% van het basistarief.
- C. Voor een opdracht die resulteert in een loze rit geldt op werkdagen tussen 08:00 en 18:00 uur een tarief dat gelijk is aan 60% van het basistarief.
- D. voor werkzaamheden op werkdagen vóór 08:00 uur 's ochtends of na 18:00 uur 's avonds alsook voor werkzaamheden in het weekend of op landelijke feestdagen geldt een opslag van 25% op de tarieven A, B en C.
- E. voor standby-werkzaamheden alsook voor de opslag van geborgen voertuigen gelden vaste tarieven die in de Bergingsovereenkomst worden vermeld.

Aanrijdtijd

De inschrijver dient op het Offerteformulier een maximale gemiddelde aanrijdtijd in te vullen.

Het gaat om de aanrijdtijd na aftrek van vertraging als gevolg van files. In elk rayon wordt per kwartaal (zo nodig per maand) vastgesteld wat de gemiddelde aanrijdtijd is van de uitgevoerde opdrachten. De bergingsonderneming dient in het rayon elk kwartaal een gemiddelde aanrijdtijd te behalen die niet hoger is dan de aangeboden aanrijdtijd.

6. Deelname aan de aanbesteding

(...)

D. De op het offerteformulier in te vullen aanrijdtijd mag niet hoger zijn dan 17:00 minuten. Als een aanrijdtijd wordt geoffreerd die hoger is dan de hier genoemde maxima, is de offerte ongeldig.

E. Het op het Offerteformulier in te vullen basistarief mag niet hoger zijn dan een maximum dat afhankelijk is van het aantal in het betrokken rayon afgehandelde IMopdrachten in 2022 en de voor het rayon geoffreerde aanrijdtijd. De toepasselijke maxima in Euro's zijn vermeld in onderstaande tabel.

(...)

Beoordeling van inschrijvingen (laagste aantal punten wint)

Gunning vindt plaats door aan elke offerte een aantal punten toe te kennen dat is afgeleid van de aangeboden prijs en aanrijdtijd. Dit gebeurt als volgt:

- A. Elke inschrijving krijgt een aantal punten dat gelijk is aan het aangeboden basistarief in Euro's. Een inschrijving met een basistarief van € 90,00 krijgt 90 punten.
- B. Elke offerte krijgt een aantal punten dat gelijk is aan de geoffreerde maximale gemiddelde aanrijdtijd per kwartaal in minuten vermenigvuldigd met vijfentwintig. Zo krijgt een offerte met een aanrijdtijd van 11:00 minuten 275 punten en een offerte met een aanrijdtijd van 11:30 minuten 287,5 punten.
- C. Beide aantallen punten worden bij elkaar opgeteld. Zo krijgt een offerte met een geoffreerd tarief van € 90,00 en een maximale gemiddelde aanrijdtijd van 11:00 minuten een totaal van 365 punten.

De inschrijver die voor een bepaald rayon geldig heeft ingeschreven en waarvan de inschrijving het laagste totale aantal punten heeft, komt voor gunning van dat rayon in aanmerking.

(...)”.

- 3.3.2. In de concept bergingsovereenkomst is, onder meer, de volgende bepaling opgenomen:

‘7.15. De gerapporteerde aanrijdtijden zijn vertrouwelijk. Stichting IMN heeft na afloop van een rapportageperiode wel het recht om bekend te maken in welke rayons de aanrijdtijden aan een nader te bepalen generieke norm voldeden’.

- 3.3.3. In de Nota van Inlichtingen van 28 februari 2023 is de volgende vraag en antwoord opgenomen:

Vraag: ‘Hoe garandeert Stichting IMN in deze aanbesteding een level playing field en eerlijk concurrentie? De in de eerste ronde van aanbesteding [toevoeging Commissie: bedoeld wordt de aanbesteding gepubliceerd op 9 juni 2022] door sommige bergingsondernemingen geoffreerde voorwaarden zijn door [aanbesteder] gedeeld met andere partijen, die in de tweede ronde van de aanbesteding [toevoeging Commissie: bedoeld wordt de heraanbesteding gepubliceerd op 3 februari 2023] directe concurrent van deze bergingsondernemingen zijn. Is [aanbesteder] bereid om alle tarieven en aanrijdtijden te delen om het verstoorte level playing field te herstellen? Het gaat dan zowel om de in de nu lopende bergingsovereenkomsten opgenomen voorwaarden die zijn geoffreerd in de ingetrokken eerste ronde van de aanbesteding 2023-2026. [Aanbesteder] wordt verzocht het antwoord op deze vraag te onderbouwen’.

Antwoord: 'Het verloop van de eerste ronde van de aanbesteding kan door marktpartijen worden gebruikt als achtergrondinformatie bij het voorbereiden van hun eventuele inschrijving in de tweede ronde. In de eerste plaats weten alle marktpartijen door welke bergingsondernemingen er op elk rayon is ingeschreven en dus welke verrassende inschrijvingen er in de eerste ronde waren. Verder weten alle verliezende inschrijvers in de rayons waarin eerste instantie een gunningsbeslissing was genomen wat het puntentotaal was van de winnende inschrijving. Tot slot is in de beroepsprocedure van de eerste ronde van de aanbesteding in een enkel geval informatie over de door een bergingsonderneming geoffreerde voorwaarden bij andere inschrijvers terecht gekomen. [Aanbesteder] bestrijdt dat deze bronnen van informatie de eerlijke concurrentie in de tweede ronde van de aanbesteding zouden belemmeren. De informatie over het verloop van de eerste ronde is ofwel bekend aan alle inschrijvers in de eerste ronde ofwel, als het om rayonspecifieke informatie gaat, aan alle inschrijvers in elk betrokken rayon. De informatie die bekend is geworden in de beroepsprocedure heeft geen commerciële waarde nu de daarbij voor enkele rayons bekend geworden voorwaarden ver boven de in de tweede ronde voor een geldige inschrijving toegelaten maxima liggen. Dit betekent dat er geen aanleiding is om marktpartijen te informeren over de voorwaarden die op dit moment in alle rayons van kracht zijn, noch over de voorwaarden die door alle deelnemers in de eerste ronde van de aanbesteding zijn geoffreerd'.

- 3.4. Ondernemer en aanbesteder kennen elkaar ook uit eerdere aanbestedingsprocedures. Zo heeft in december 2005 een mailwisseling plaatsgevonden tussen aanbesteder en ondernemer naar aanleiding van een andere aanbestedingsprocedure, waarin ondernemer de op dat moment van toepassing zijnde (gecontracteerde) tarieven bij aanbesteder opvroeg. Aanbesteder heeft deze tarieven niet gedeeld en in zijn reactie aan ondernemer expliciet aangegeven 'dat tariefgegevens het meest vertrouwelijke element van de aanbesteding en de contractrelatie vormen'.
- 3.5. Op 20 maart 2023 heeft ondernemer een klacht ingediend bij de Commissie.

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

De klacht die bij de Commissie voorligt is dat het gelijke speelveld in de heraanbesteding is geschonden, omdat de huidige, gecontracteerde tarieven en aanrijdtijden van ondernemer (voortkomend uit een eerdere aanbesteding, 2019 – 2022, zie 3.1) én de geoffreerde tarieven en aanrijdtijden (voortkomend uit de ingetrokken aanbesteding (2023 – 2026), zie 3.3) door aanbesteder gedeeld zijn met twee concurrenten van ondernemer.

Stellingen ondernemer

- 4.1. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat het gelijke speelveld geschonden is omdat er bedrijfsvertrouwelijke gegevens, te weten tarieven en aanrijdtijden, door aanbesteder gedeeld zijn met twee concurrenten van ondernemer.
- 4.2. Aanbesteder heeft verweer gevoerd, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

5. Hoe luidt de onderbouwing van dit advies?

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 3 februari 2023 een Europees openbare procedure heeft aangekondigd. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Delen 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit (3^e herziene versie, 1 januari 2022).
- 5.2. Alvorens in te gaan op de vraag of het gelijke speelveld is geschonden doordat aanbesteder informatie van ondernemer heeft gedeeld met zijn concurrenten, merkt de Commissie op dat zij enkel toetst of sprake is van een handelen of nalaten dat binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet valt (artikel 1, sub c Reglement). De mogelijkheid dat het handelen van aanbesteder een schending van het mededingingsrecht en/of het privacyrecht zou kunnen opleveren, laat de Commissie dan ook buiten beschouwing.

Toetsingskader

Vertrouwelijke informatie

- 5.3. Artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een aanbesteder geen gegevens die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, openbaar maakt.
 - 5.3.1. Aanbestedingsprocedures rusten op een vertrouwensrelatie tussen aanbesteder en ondernemers. Inschrijvers moeten zich vrij voelen allerlei relevante informatie te delen met de aanbesteder, zonder bang te hoeven zijn dat die gegevens met derden zullen worden gedeeld (HvJ EG 14 februari 2008, ECLI:EU:C:2008:91, r.o. 36 en 37, Varec). Aanbesteder maakt de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, in beginsel niet bekend (HvJ EG 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, r.o. 101, Klaipedos). Onder bedrijfsvertrouwelijke informatie wordt verstaan informatie die, bij bekendmaking, de commerciële belangen van inschrijvers kunnen schaden (artikel 55 Richtlijn 2014/24 EU). Uit artikel 21 van de Richtlijn 2014/24 EU kan worden opgemaakt dat hiermee met name fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen worden bedoeld.
 - 5.3.2. De Commissie overweegt dat artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 ook van toepassing is na afloop van een aanbestedingsprocedure (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440 nr. 3, p.69) en op vertrouwelijke gegevens die na afronding van de aanbesteding onderdeel zijn geworden van de overeenkomst (zie Advies 328 overweging 5.3.3.).

Gelijk speelveld

- 5.4. De Commissie overweegt dat aanbesteder ondernemers op gelijke wijze behandelt (artikel 1.8 Aw 2012). Dat betekent dat aanbesteder een gelijk speelveld dient te bewaken, dat in beginsel inhoudt dat aanbesteder de inschrijvers zoveel mogelijk in staat stelt een concurrerende inschrijving te doen. De plicht voor een aanbesteder om het gelijke speelveld te bewaken gaat niet zover gaat dat aanbesteder de verschillen tussen de concurrenten volledig moet neutraliseren (Zie Advies 625 overweging 5.7.7).
 - 5.4.1. Het beginsel van gelijke behandeling vereist een afweging van de betrokken belangen waarbij een geval van mogelijke bevoordeling in zijn context moet worden beoordeeld. Op aanbesteder rust de plicht 'passende maatregelen' te nemen om te voorkomen dat de mededinging binnen een aanbesteding wordt vervalst (GvEA EG 12 maart 2008, zaak T-345/03 Evropaïki Dynamiki, randnummer 74 en 75).

Toepassing toetsingskader op de klacht

Welke informatie is gedeeld en heeft aanbesteder daarmee artikel 2.57 Aw 2012 geschonden?

- 5.5. In deze zaak is informatie gedeeld over prijzen en aanrijdtijden die door ondernemer aan aanbesteder in verschillende situaties is verstrekt. Deze informatie is door aanbesteder gedeeld met twee concurrenten van ondernemer (zie 3.2). Allereerst betreft het prijzen en aanrijdtijden die door ondernemer aan aanbesteder zijn verstrekt in een eerdere aanbestedingsprocedure (2019 – 2022). Die aanbestedingsprocedure heeft destijds geleid tot een overeenkomst voor bergingswerkzaamheden, waarin ondernemer de opdrachtnemer was. Naar die prijzen en tarieven wordt in dit advies verwezen als (1a) 'de gecontracteerde tariefgegevens' en (1b) de 'gecontracteerde aanrijdtijden'. Daarnaast betreft het informatie die door ondernemer aan aanbesteder is verstrekt bij zijn inschrijving op de ingetrokken aanbesteding (2023 – 2026) (zie 3.1). Naar die prijzen en tarieven wordt in dit advies verwezen als (2a) 'de geoffreerde tariefgegevens' en (2b) 'de geoffreerde aanrijdtijden'. De vraag die voorligt is of deze informatie als (bedrijfs)vertrouwelijk moet worden beschouwd.
- 5.5.1. De Commissie overweegt dat informatie die bij bekendmaking de commerciële belangen van inschrijver kan schaden, in beginsel is aan te merken als bedrijfsvertrouwelijke informatie. Prijzen en aanrijdtijden kunnen de commerciële belangen van ondernemer schaden en zijn derhalve aan te merken als bedrijfsvertrouwelijk, omdat concurrenten die over de prijzen en aanrijdtijden van ondernemer beschikken in potentie een kennisvoorsprong hebben ten opzichte van ondernemer in andere (private- en overheids)aanbestedingen.
- 5.5.2. Aanbesteder lijkt deze opvatting ook te delen, gelet op eerdere uitlatingen door aanbesteder gericht aan ondernemer. In 2005 heeft aanbesteder namelijk op de vraag van ondernemer om inzicht te verkrijgen in de tarieven van de toenmalige opdrachtnemer, geantwoord dat hij deze gegevens niet verstrekt omdat tariefgegevens het meest vertrouwelijke element van de aanbesteding vormen (zie 3.4). Voor zover de Commissie bekend, was ook in die situatie sprake van een aanbesteding die zag op bergingswerk en betrof het ook daar de tarieven van de opdrachtnemer die op dat moment de werkzaamheden uitvoerde. De stellingen van partijen geven geen aanleiding op het punt van bedrijfsvertrouwelijkheid van de tarieven en aanrijdtijden een onderscheid te maken tussen de situatie in 2005 en de onderhavige kwestie.
- 5.5.3. De Commissie leest een verdere bevestiging van haar oordeel dat sprake is van vertrouwelijke gegevens in artikel 7.15 van de bij de heraanbesteding gevoegde concept bergingsovereenkomst, waarin is bepaald dat deze gerapporteerde aanrijdtijden vertrouwelijk zijn (zie 3.3.2).
- 5.5.4. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat de bedrijfsvertrouwelijkheid van de gecontracteerde tarief- en aanrijdgegevens (1a & 1b) teniet is gegaan door bekendmaking van deze tarieven en aanrijdtijden in de gunningsbeslissing van de aanbesteding waaruit de overeenkomst met ondernemer destijds is voortgekomen.
- 5.5.5. De Commissie kan zich voorstellen dat de informatie die ziet op de gecontracteerde tarief- en aanrijdgegevens (1a & 1b) bekend is gemaakt in de gunningsbeslissing van die aanbestedingsprocedure op grond van artikel 2.130 Aw 2012, nu ondernemer destijds de winnaar van die aanbestedingsprocedure was. In die

situatie geldt artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 niet voor inschrijvers die destijds op de aanbesteding ingeschreven hebben. Deze informatie blijft echter wel als bedrijfsvertrouwelijk gelden voor ondernemers (potentiële inschrijvers) die destijds niet op deze aanbesteding ingeschreven hebben.

- 5.5.6. Aanbesteder stelt zich tevens op het standpunt dat de geoffreerde tarieven (2a) uit de ingetrokken aanbesteding (2023-2026) niet kwalificeren als bedrijfsvertrouwelijk omdat op een aantal percelen een gunningsbeslissing genomen is voordat de volledige aanbesteding ingetrokken is. Hierdoor waren inschrijvers op deze percelen op grond van artikel 2.130 Aw 2012 bekend met deze informatie. Of dit ook gold voor de geoffreerde aanrijdtijden (2b) is door aanbesteder niet gesteld.
- 5.5.7. De Commissie overweegt ten eerste dat onduidelijk is in welke percelen een gunningsbeslissing is verstuurd aan inschrijver(s), of ondernemer überhaupt ingeschreven heeft op deze percelen én als voorlopig gegunde partij was geselecteerd, waardoor de informatie niet als bedrijfsvertrouwelijk zou kwalificeren voor inschrijvers op deze percelen. De Commissie overweegt dat de antwoorden op deze vragen in het midden kunnen blijven, omdat de informatie (2a & 2b) als bedrijfsvertrouwelijk blijft gelden voor ondernemers (potentiële inschrijvers) die niet op deze percelen van de aanbesteding ingeschreven hebben.
- 5.5.8. Aanbesteder heeft ten slotte aangevoerd dat artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 op het onderhavige geval niet van toepassing zou zijn omdat de desbetreffende (ingetrokken) aanbestedingsprocedure beëindigd is en opgevolgd is door een nieuwe (wezenlijk gewijzigde) aanbestedingsprocedure. De Commissie overweegt in dit kader dat artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 ook van toepassing is na afloop van een aanbestedingsprocedure en op vertrouwelijke gegevens die na afronding van de aanbesteding onderdeel zijn geworden van de overeenkomst (zie 5.3.2). De omstandigheid dat de tarieven en aanrijdtijden niet meer van toepassing zijn op een opdracht, omdat die opdracht wezenlijk is gewijzigd, doet niet zonder meer afbreuk aan de vertrouwelijkheid van de gegevens.
- 5.5.9. Op grond van het voorgaande (5.5.1 tot en met 5.5.8) komt de Commissie dan ook tot haar oordeel dat het delen van de tarieven (1a & 2a) en aanrijdtijden (1b & 2b), in strijd is met artikel 2.57 lid 1 Aw 2012.

Gevolg schending artikel 2.57 lid 1 Aw 2012

- 5.5.10. De Commissie concludeert dat op grond van hetgeen overwogen in 5.5.1 tot en met **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**5.5.8 er een schending kan worden vastgesteld van artikel 2.57 lid 1 Aw 2012. Dit betekent ten eerste dat aanbesteder gehandeld heeft in strijd met een wettelijke plicht, waarbij de onrechtmatigheid van de gedraging een gegeven is. Voor het oordeel dat sprake is van een onrechtmatige daad is niet van belang of de betrokken ondernemer schade zou hebben geleden of zou kunnen lijden – al dan niet in het kader van de onderhavige aanbesteding – als gevolg van het bekend worden van zijn tarieven en aanrijdtijden.
- 5.5.11. De Commissie merkt op dat door een schending van artikel 2.57 Aw 2012 de belangen van ondernemer op meerdere vlakken geschaad kunnen worden maar beperkt zich in de beoordeling tot de aanbestedingsrechtelijke vraag of sprake is van een verstoring van het gelijke speelveld, zoals gesteld wordt in onderhavige klacht.

Schending gelijk speelveld

- 5.6. De Commissie overweegt dat een schending van artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 niet *automatisch* maakt dat er sprake is van een schending van de plicht van aanbesteder tot het borgen van een gelijk speelveld. De Commissie kan zich namelijk voorstellen dat bepaalde vertrouwelijke informatie geen of slechts beperkte (commerciële) relevantie heeft voor een specifieke aanbesteding, bijvoorbeeld doordat de gunningssystematiek in zijn geheel niet ziet op de vertrouwelijke informatie waardoor het gelijke speelveld in die desbetreffende aanbesteding niet aangetast wordt.

Is in dit geval sprake van een verstoring van 'het gelijke speelveld'?

- 5.7. Zoals hiervoor uiteengezet, is de Commissie van oordeel dat aanbesteder onrechtmatig vertrouwelijke informatie van ondernemer openbaar heeft gemaakt. De vraag of die schending heeft geleid tot een ongelijk speelveld, is een vraag van feitelijke aard. Ondernemer heeft zijn stelling in dat opzicht niet met objectieve gegevens onderbouwd. Doordat er sprake is van een schending van artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 en het informatie betreft die een cruciale rol speelt in de gunningssystematiek, komt het de Commissie niet onaannemelijk voor dat ondernemer in zijn concurrentiepositie is geschaad en daardoor het gelijke speelveld is verstoord.
- 5.8. De Commissie overweegt echter dat maatregelen ter bewaking van het gelijke speelveld en een mogelijke schending van het gelijke speelveld niet los van elkaar kunnen worden gezien: het nemen van passende maatregelen kan ertoe leiden dat het gelijke speelveld niet wordt geschonden. Door deze vaststelling komt de Commissie toe aan een beoordeling van de eventuele maatregelen die aanbesteder heeft getroffen ter voorkoming van de nadelige beïnvloeding van de concurrentiepositie van ondernemer en ter borging van het gelijke speelveld.

Passende maatregelen genomen?

(1) Verzoek aanbesteder tot verwijdering bericht met tarieven

- 5.8.1. Aanbesteder stelt ten eerste dat geen sprake is van een verstoring van het gelijke speelveld omdat hij binnen 2 minuten na het delen van de gecontracteerde en geoffreerde tarieven en aanrijdtijden van ondernemer, contact heeft opgenomen met de ontvangers (twee concurrenten van ondernemer) met het verzoek de mail niet te openen en te verwijderen waardoor de informatie mag worden geacht niet te zijn geopenbaard en derhalve geen sprake is van het delen van bedrijfsvertrouwelijke informatie. Aanbesteder stelt dat beide partijen schriftelijk hebben toegezegd dit te zullen doen. Omdat de concurrenten geen kennis zouden hebben genomen van de bedrijfsvertrouwelijke informatie, zou geen sprake kunnen zijn van verstoring van het gelijke speelveld.
- 5.8.2. De Commissie is niet overtuigd dat de concurrenten van ondernemer geen kennis hebben genomen van de bedrijfsvertrouwelijke informatie. Uit de stukken die aan de Commissie zijn verstrekt blijkt niet dat aanbesteder binnen 2 minuten na het delen van de bedrijfsvertrouwelijke informatie contact heeft opgenomen met de concurrenten. De Commissie beschikt enkel over een mail die een half uur na het delen is verstuurd. De Commissie acht niet uitgesloten dat (één van) de concurrenten in de tussentijd kennis heeft genomen van de bedrijfsvertrouwelijke informatie. Omdat de Commissie niet beschikt over de berichten waarin de concurrenten zouden hebben toegezegd het bericht met bedrijfsvertrouwelijke informatie

niet te openen en te verwijderen, is de Commissie bovendien niet duidelijk geworden wat de exacte inhoud is van de verklaring van de concurrenten. Daardoor is niet uit te sluiten dat de concurrenten wel degelijk kennis hebben genomen van de bedrijfsvertrouwelijke informatie en hun berichten daarover ruimte laten voor die omstandigheid. Naar het oordeel van de Commissie brengt de omstandigheid dat aanbesteder heeft verzocht de bedrijfsvertrouwelijke informatie te verwijderen, daarom niet mee dat een verstoring van het gelijke speelveld is uitgesloten.

(2) Instellen van maxima aan tarieven en aanrijdtijden in de heraanbesteding, welke maxima liggen onder de gedeelde tarieven en aanrijdtijden van ondernemer

- 5.8.3. Aanbesteder stelt ten tweede dat geen sprake is van een schending van het gelijke speelveld omdat de geopenbaarde informatie geen enkele commerciële relevantie voor de huidige aanbestedingsprocedure heeft. In de huidige aanbesteding zijn maxima gesteld aan de aanrijdtijden en tarieven, wat in de ingetrokken aanbesteding niet het geval was. Omdat de door ondernemer in de vorige aanbesteding aangeboden tarieven en aanrijdtijden en de huidige, gecontracteerde tarieven en aanrijdtijden ver boven deze maxima liggen, zegt de geopenbaarde informatie volgens aanbesteder niets over het inschrijfgedrag van ondernemer in de huidige aanbesteding.
- 5.8.4. De Commissie acht het aannemelijk dat de maatregel die aanbesteder heeft getroffen – het invoeren van maxima die lager liggen dan de ten onrechte bekendgemaakte tarieven en aanrijdtijden – in dit geval heeft gezorgd dat van een verstoring van het gelijke speelveld geen sprake is geweest.
- 5.8.5. Nu ondernemer niet concreet heeft onderbouwd op welke wijze de kennis van zijn tarieven en aanrijdtijden van invloed kan zijn op de inschrijvingen van concurrenten in een aanbesteding waarin zijn tarieven en aanrijdtijden boven de gestelde maxima liggen, kan de Commissie dan ook niet vaststellen dat van een ongelijk speelveld in de heraanbestedingsprocedure sprake is. De Commissie verklaart de klacht daarom **ongegron**d, ondanks dat aanbesteder door het delen van bedrijfsvertrouwelijke informatie in strijd heeft gehandeld met een wettelijk voorschrift.

Den Haag, 20 juli 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto

Voorzitter

Vicevoorzitter