

Advies 737

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een opdracht voor de levering, installatie, implementatie en het onderhoud van nieuwe audiovisuele installaties voor het gemeentehuis van aanbesteder. De opdracht is met een Europese openbare procedure in de markt gezet. Ondernemer heeft deelgenomen aan de procedure, maar de opdracht niet in de wacht gesleept. Ondernemer klaagt dat aanbesteder de aanbestedingsbeginselen heeft geschonden omdat in deze procedure sprake was van een belangenconflict.

2. Hoe luidt dit advies?

De Commissie acht de klacht **gegrond**. Ondernemer heeft voldoende objectieve gegevens aangedragen op grond waarvan kan worden aangenomen dat sprake is van (de schijn van) een belangenconflict. Aanbesteder heeft onvoldoende maatregelen genomen het belangenconflict doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. Hierdoor heeft aanbesteder het gelijke speelveld geschonden en de transparantie van de procedure onvoldoende gewaarborgd.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder, een gemeente, heeft op 4 april 2024 via TenderNed een Europese openbare procedure aangekondigd voor de levering, installatie, implementatie en het onderhoud van nieuwe audiovisuele installaties voor onder meer de raadzaal en de trouwzaal van het gemeentehuis van aanbesteder. Aanbesteder is aangesloten bij een inkoopbureau, dat deze aanbesteding heeft begeleid. Aanbesteder heeft voor materiedeskundigheid tevens een adviesbureau ingeschakeld. De heer Y is namens voornoemd adviesbureau betrokken bij de aanbesteding als materiedeskundige.
- 3.2. Ondernemer heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure. Het inkoopbureau heeft op 10 juni 2024 namens aanbesteder aan ondernemer de gunningsbeslissing verzonden waarin staat dat zijn inschrijving niet als beste is beoordeeld. Uit de brief blijkt dat aanbesteder voornemens is de opdracht te gunnen aan onderneming X. Uit de gunningsbeslissing blijkt verder dat ondernemer op elk van de gunningscriteria (SG-1 (a) en (b), SG-2 en SG-3) 'matig' heeft gescoord, terwijl onderneming X steeds 'uitstekend' heeft gescoord. Na het zien van de scores is ondernemer op onderzoek uitgegaan en heeft ontdekt dat een familierelatie bestaat tussen Y, de materiedeskundige en eigenaar van het adviesbureau, en een installateur van onderneming X. Ondernemer is van mening dat aanbesteder de aanbestedingsbeginselen heeft geschonden omdat sprake was van een belangenconflict.
- 3.3. Ondernemer heeft op 21 juni 2024 bij het inkoopbureau bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing. In de brief uit ondernemer zijn bezwaren ten aanzien van het belangenconflict en de scores die door aanbesteder zijn toegekend aan de

verschillende onderdelen van zijn inschrijving. Het inkoopbureau heeft het bezwaar aan aanbesteder doorgezonden.

- 3.4. Ondernemer heeft op 24 juni 2024 via TenderNed eveneens bij aanbesteder bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing.
- 3.5. Ondernemer heeft op 25 juni 2024 een klacht over het belangenconflict bij de Commissie ingediend.
- 3.6. De Commissie heeft op 3 juli 2024 het inkoopbureau ingelicht dat een klacht bij haar is ingediend en verzocht om een reactie.
- 3.7. Op 4 juli 2024 heeft op de locatie van aanbesteder tussen ondernemer en aanbesteder overleg plaatsgevonden, waarin aanbesteder aan ondernemer een inhoudelijke reactie heeft gegeven op zijn bezwaar tegen de gunningsbeslissing.
- 3.8. Aanbesteder heeft op 17 juli 2024 per e-mail op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd. Deze e-mail bevat geen inhoudelijke reactie op de bij de Commissie ingediende klacht, maar slechts het standpunt van aanbesteder dat de Commissie de klacht van ondernemer niet in behandeling kan nemen.
- 3.9. De Commissie heeft op 20 augustus 2024 aan zowel het inkoopbureau als aanbesteder een e-mail verzonden met het verzoek alsnog een inhoudelijke reactie op de bij haar ingediende klacht te geven.
- 3.10. Het inkoopbureau heeft op 26 augustus 2024 op de e-mail van de Commissie van 20 augustus 2024 gereageerd. De reactie komt er kort gezegd op neer dat het inkoopbureau als procesbegeleider niet gemachtigd is de klacht bij de Commissie namens aanbesteder op te pakken en af te handelen.
- 3.11. Aanbesteder heeft op 27 augustus 2024 op de e-mail van de Commissie van 20 augustus 2024 gereageerd. De reactie van aanbesteder komt voor zover relevant erop neer dat aanbesteder vooraf niet op de hoogte is geweest van nauwe familie-relatie tussen de door aanbesteder ingehuurd adviseur en de uiteindelijke winnaar van de aanbesteding.
- 3.12. Aanbesteder heeft de opdracht inmiddels definitief aan onderneming X gegund.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Ondernemer

- 4.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder de aanbestedingsbeginselen heeft geschonden omdat in deze procedure sprake was van een belangenconflict.

Aanbesteder

- 4.2. Aanbesteder stelt zich kort gezegd op het standpunt dat de Commissie de klacht van ondernemer niet in behandeling kan nemen.
- 4.3. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

- 5.1. De Commissie beantwoordt eerst de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen.

Kan de Commissie de klacht in behandeling nemen?

- 5.2. Aanbesteder stelt dat de Commissie de klacht niet inhoudelijk in behandeling kan nemen op grond van het reglement van de Commissie.

- 5.3. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.

- 5.3.1. Op grond van artikel 9 lid 1 sub b Reglement neemt de Commissie een klacht niet in behandeling wanneer de klager de beklagde niet eerst in de gelegenheid heeft gesteld binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren. Volgens aanbesteder is dit het geval. Het tijdsverschil tussen de verzending van het bezwaar door ondernemer aan aanbesteder en het indienen van de klacht bij de Commissie door ondernemer is volgens aanbesteder minder dan één dag. Ondernemer heeft namelijk op maandag 24 juni 2024 via TenderNed bij aanbesteder bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing. Vervolgens heeft ondernemer al op 25 juni 2024 een klacht bij de Commissie ingediend, aldus aanbesteder.

- 5.4. De Commissie volgt aanbesteder niet in zijn stelling en is van oordeel dat zij op grond van haar reglement de klacht wel in behandeling kan nemen.

- 5.5. De Commissie onderbouwt dit als volgt.

- 5.5.1. De Commissie stelt voorop dat zij op grond van artikel 9 lid 1 sub b Reglement een klacht niet in behandeling neemt wanneer een ondernemer een aanbesteder niet eerst in de gelegenheid heeft gesteld binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren. In dit geval heeft ondernemer slechts enkele dagen nadat hij zijn bezwaren tegen de gunningsbeslissing kenbaar heeft gemaakt aan aanbesteder een klacht ingediend bij de Commissie. Ondernemer heeft namelijk op 21 juni 2024 bij het inkoopbureau, dat in het aanbestedingsdocument is aangewezen als klachtenmeldpunt, bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissing. Ondernemer heeft vervolgens op 25 juni 2024 een klacht bij de Commissie ingediend. Dit betekent dat tussen de datum waarop ondernemer aan aanbesteder zijn bezwaren kenbaar maakte en de datum waarop hij bij de Commissie een klacht indiende, slechts vier dagen zitten, waarvan twee in het weekend. Deze termijn is voor een aanbestedende dienst onredelijk kort om op een klacht te kunnen reageren. Op grond hiervan zou de Commissie normaal gesproken de klacht niet in behandeling nemen. De Commissie besluit in dit geval echter anders.

- 5.5.2. Op grond van artikel 9 lid 3 Reglement kan de Commissie vanwege bijzondere omstandigheden alsnog besluiten een klacht in behandeling te nemen. Naar het oordeel van de Commissie is bij onderhavige klacht sprake van dergelijke bijzondere omstandigheden.

- 5.5.3. De Commissie overweegt dat, hoewel ondernemer te snel heeft geklaagd bij de Commissie, aanbesteder in dit geval gedurende de klachtenprocedure voldoende in de gelegenheid is gesteld alsnog inhoudelijk op de klacht te reageren.

- 5.5.4. De Commissie overweegt daarnaast dat zij zich bij het besluit de klacht toch in behandeling te nemen ook heeft laten leiden door haar doelstellingen, die onder meer zien op het teweegbrengen van een leereffect bij ondernemingen en aanbestedende diensten en het verder verbeteren van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk (artikel 2 lid 1 Reglement). De Commissie is van oordeel dat de behandeling van deze klacht hiertoe kan bijdragen.

5.6. De Commissie gaat dan ook over tot de inhoudelijke behandeling van de klacht.

Klacht: Belangenconflict?

5.7. Ondernemer stelt dat aanbesteder de aanbestedingsbeginselen heeft geschonden omdat aanbesteder in de procedure niet aan iedere ondernemer gelijke kansen heeft geboden en niet transparant heeft gehandeld.

5.8. Ondernemer onderbouwt dit als volgt.

5.8.1. In de procedure was sprake van een belangenconflict (in de woorden van ondernemer 'vooringenomenheid, belangenverstrengeling/fraude') dat werd veroorzaakt door een familierelatie tussen de opsteller van het Programma van Eisen, de heer Y, en een installateur van onderneming X. Ondernemer omschrijft dit in zijn klacht bij de Commissie als volgt.

'[...]

[Y] heeft in dit geval de documenten in deze aanbesteding geschreven. Wat wij vervolgens concluderen is dat de zoon van [Y], [Y jr.], installateur is bij [onderneming X]. In andere woorden: Opdrachtschrijver (namens de gemeente) is de vader van een personeelslid van de begunstigde van de betreffende opdracht. Hiermee wordt in grote mate de schijn gewekt dat deze familieconnectie een cruciale voorgrond heeft geboden bij het schrijven van de aanbesteding en de uiteindelijke toekenning van de opdracht aan [onderneming X].

[...]'

5.8.2. Daarbij komt dat aanbesteder hierover niet transparant is geweest. Ondernemer omschrijft dit als volgt.

'[...]

Door transparantie over de familierelatie achterwege te laten is er minstens de schijn gecreëerd van heimelijke conflicterende belangen en schending van de aanbestedingswet. Dit zou voldoende redenen moeten zijn om de situatie nader en grondig te onderzoeken.

[...]'

5.9. Aanbesteder heeft niet inhoudelijk op het bij de Commissie ingediende klachtenonderdeel gereageerd. In de e-mail van 27 augustus 2024 schrijft aanbesteder slechts:

'[...]

Afgelopen 4 juli hebben wij ondernemer ontvangen op het gemeentehuis om, na een periode van schriftelijke communicatie, mondeling het ongenoegen en het bezwaar op de aanbesteding aan te horen. Daarnaast om duidelijk te maken dat [aangebesteder] vooraf niet op de hoogte is geweest van familiale banden tussen de door [aangebesteder] ingehuurd AV-adviseur en de uiteindelijke winnaar van de aanbesteding.

[...]'

5.10. De Commissie is van oordeel dat de klacht **gegrond** is. Ondernemer heeft voldoende objectieve gegevens aangedragen op grond waarvan kan worden aangenomen dat sprake is van een belangenconflict. Aanbesteder heeft onvoldoende maatregelen genomen het belangenconflict doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. Hierdoor heeft aanbesteder het gelijke speelveld geschonden en de transparantie van de procedure onvoldoende gewaarborgd.

5.11. De Commissie onderbouwt haar oordeel als volgt.

Het gelijke speelveld

5.12. De Commissie stelt voorop dat een aanbestedende dienst ondernemers gelijk moet behandelen. Het gelijkheidsbeginsel is voor Europese procedures neergelegd in artikel 1.8 Aw 2012. Uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat een aanbestedende dienst een gelijk speelveld dient te bewaken, zodat inschrijvers zoveel mogelijk in staat worden gesteld een concurrerende inschrijving te doen.

5.12.1. In artikel 1.9 lid 1 Aw 2012 is het transparantiebeginsel neergelegd. Dit beginsel volgt noodzakelijkerwijs uit het gelijkheidsbeginsel, zodat naleving van het gelijkheidsbeginsel kan worden gecontroleerd (vergelijk bijv. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, Telaustria, r.o. 62).

5.12.2. Wanneer het gelijke speelveld is geschonden vormt dat een bedreiging voor de eerlijke mededinging. Een belangenconflict kan het gelijke speelveld schenden.

5.12.3. Artikel 1.10b Aw 2012 ziet in het bijzonder op belangenconflicten. De Commissie betreft dit artikel bij de onderbouwing van haar oordeel. Het eerste lid luidt als volgt:

‘Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf neemt passende maatregelen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.’

Is sprake van een belangenconflict?

5.13. De Commissie onderzoekt eerst of sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b lid 2 Aw 2012. De Commissie overweegt dat daarvan sprake kan zijn als een bij de aanbestedingsprocedure betrokken functionaris direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de functionaris in het gedrang te brengen. De Commissie overweegt verder dat niet is vereist dat daadwerkelijk sprake is geweest van beïnvloeding van de aanbestedingsprocedure (zie Advies 735 ov. 5.32.5, Advies 562 ov. 7.5.11, Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3647, r.o. 4.4, Hof Den Haag, 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318, r.o. 4.5-4.6). Hieruit volgt dat een aanbestedende dienst ook de schijn van een belangenconflict moet vermijden.

Betrokkenheid bij de aanbestedingsprocedure

- 5.13.1. De Commissie stelt vast dat de betrokkenheid van Y door aanbesteder bij de aanbestedingsprocedure niet wordt betwist en als volgt blijkt uit de aanbestedingsstukken.
- 5.13.2. Uit het programma van eisen blijkt dat dit door Y is opgesteld.
- 5.13.3. Uit het aanbestedingsdocument blijkt dat Y daarnaast een rol heeft bij de beoordeling van de inschrijvingen. Hierin staat:

'[...]

5.3 BEOORDELINGSPROCES

De inschrijvingen worden op het gunningcriterium kwaliteit beoordeeld door een beoordelingsteam dat bestaat uit de griffie(s), de medewerker(s) van team Informatievoorziening en medewerker(s) van team Facilitair ondersteund op inhoud door [Y] van [adviesbureau].

[...]'

Persoonlijk belang

- 5.14. De Commissie onderzoekt vervolgens of Y, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen had bij de uitkomst van de aanbestedingsprocedure waardoor zijn onpartijdigheid in het gedrang kon komen. De Commissie is van oordeel dat hiervan sprake kan zijn.
- 5.14.1. De Commissie overweegt dat niet ondenkbaar is dat Y een direct persoonlijk belang had bij de uitkomst van de aanbestedingsprocedure vanwege de nauwe familiërelatie. Door ondernemer is gesteld dat Y en Y jr. vader en zoon zijn en dat Y jr. werkzaam is als installateur bij onderneming X. De nauwe familiërelatie is door aanbesteder niet betwist en staat daarmee dan ook vast. Hierdoor ontstaat naar het oordeel van de Commissie in ieder geval een schijn van partijdigheid.

Objectieve gegevens

- 5.15. De Commissie overweegt dat ondernemer, toen hij op 21 juni 2024 aanbesteder inlichtte over het feit dat Y en Y jr. vader en zoon zijn, aanbesteder objectieve gegevens heeft verstrekt op grond waarvan aan de onpartijdigheid van Y kon worden getwijfeld. Uit Europese jurisprudentie volgt dat een aanbestedende dienst in dat geval een actieve rol heeft en alle relevante omstandigheden diepgaand moet onderzoeken (HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, eVigilo, r.o. 43-45). Aanbesteder heeft dit nagelaten. Hij heeft slechts gesteld dat hij vooraf niet op de hoogte was van de nauwe familiërelatie tussen Y en Y jr. De omstandigheid dat aanbesteder hiervan niet wist, ontslaat hem echter niet van zijn verplichting onderzoek te doen indien door ondernemer verstrekte informatie wijst op een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b lid 2 Aw 2012.

Passende maatregelen

- 5.16. De omstandigheid dat aanbesteder niet op de hoogte was van de nauwe familiërelatie tussen Y en Y jr. heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie evenmin van zijn verplichting ontslagen om vooraf passende maatregelen te nemen. Aanbesteder – als opdrachtgever verantwoordelijk voor Y, die in ieder geval bij het openen van de inschrijvingen de deelname van onderneming X moet hebben opgemerkt – had moeten voorzien dat deelname van onderneming X aan de aanbestedingsprocedure kon leiden tot (de schijn van) een belangenconflict. Aanbesteder had dan ook ter bewaking van het gelijke speelveld passende maatregelen moeten

nemen. Zo had aanbesteder bijvoorbeeld kunnen besluiten dat Y geen plaats zou nemen in het beoordelingsteam en niets met de beoordeling van de inschrijvingen van doen zou hebben. Als ultimatum remedium had aanbesteder de facultatieve uitsluitingsgrond 'belangenconflict' van toepassing kunnen verklaren (wat hij niet heeft gedaan) en onderneming X met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel op grond van artikel 2.87 lid 1 sub e Aw van deelneming kunnen uitsluiten.

- 5.16.1. De Commissie overweegt dat aanbesteder ook achteraf, nadat hem de vader-zoonrelatie ter ore was gekomen, passende maatregelen had kunnen nemen. Zo had aanbesteder kunnen besluiten de inschrijvingen opnieuw te laten beoordelen door een geheel nieuw beoordelingsteam. Door helemaal niets te doen, ook niet achteraf, heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie het belangenconflict in het geheel niet onderkend. Aanbesteder had op verschillende momenten in de aanbestedingsprocedure passende maatregelen kunnen nemen, maar heeft dit niet gedaan.
- 5.17. De Commissie komt tot de slotsom dat ondernemer voldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan kan worden aangenomen dat sprake is van (de schijn van) een belangenconflict. Aanbesteder heeft onvoldoende maatregelen genomen het belangenconflict doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. Hierdoor heeft aanbesteder het gelijke speelveld geschonden en de transparantie van de procedure onvoldoende gewaarborgd. De klacht is daarom **gegrond**.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

Den Haag, 13 november 2024

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter Commissielid