

## Advies 759

### 1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een opdracht voor een "leer- en ontwikkelplatform", bedoeld om informatieprofessionals bij aanbesteder een gevarieerd leeraanbod te bieden. De opdracht is met een Europese openbare procedure in de markt gezet. Ondernemer heeft deelgenomen aan de procedure, maar de opdracht is niet aan hem gegund. Ondernemer klaagt dat aanbesteder het aanbestedingsrecht heeft geschonden omdat in deze procedure sprake is van een belangenconflict waardoor het gelijke speelveld wordt geschonden.

### 2. Hoe luidt dit advies?

- 2.1. De Commissie acht de klacht **ongegrond**. Ondernemer heeft onvoldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan aanbesteder passende maatregelen moest nemen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten 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.

### 3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder heeft op 7 juni 2024 een Europese openbare procedure aangekondigd voor de migratie en inrichting van het leer- en ontwikkelplatform ("leer- en ontwikkelplatform"). "leer- en ontwikkelplatform" en de opdrachtnemer(s) realiseren leerinterventies die bijdragen aan het ontwikkelen van de vakkennis, vaardigheden en de beroepshouding van de informatieprofessionals bij aanbesteder. De opdracht is opgedeeld in vier percelen. Doel van de aanbestedingsprocedure is het sluiten van een raamovereenkomst met maximaal vier ondernemingen met een looptijd van maximaal vier jaar.
- 3.2. Ondernemer heeft op 16 augustus 2024 voor de percelen 1, 3 en 4 een inschrijving ingediend op de aanbestedingsprocedure.
- 3.3. Aanbesteder heeft op 10 september 2024 voor ieder perceel waarop ondernemer heeft ingeschreven de gunningsbeslissing verzonden aan ondernemer waaruit blijkt dat zijn inschrijving niet als beste is beoordeeld en ondernemer niet voor gunning van een van de percelen van de opdracht in aanmerking komt. Uit de brieven blijkt dat aanbesteder voornemens is de betreffende percelen van de opdracht te gunnen aan onderneming Y, de onderneming die samen met ondernemer zittende opdrachtnemer was voor onderhavige dienstverlening. Ook perceel 2, waarop ondernemer niet heeft ingeschreven, is voorlopig aan onderneming Y gegund.
- 3.4. Op 20 september 2024 heeft ondernemer via het aanbestedingsplatform CTM bezwaar gemaakt tegen de gunningsbeslissingen bij de inkoopafdeling van aanbesteder. Ondernemer stelt hierin in de eerste plaats aan de orde dat een directielid van

onderneming Y tevens werkzaam is voor de interne opdrachtgever van onderhavige aanbesteding. In de brief uit ondernemer zijn bezwaren ten aanzien van vermeende voorkennis van onderneming Y en is er volgens ondernemer sprake van een belangenconflict. In de tweede plaats klaagt ondernemer over de in zijn ogen ontoereikende motivering van de gunningsbeslissing.

- 3.5. Op 26 september 2024 heeft aanbesteder het bezwaar van ondernemer ten aanzien van de vermeende voorkennis en het belangenconflict ongegrond verklaard. Daarnaast heeft hij de gunningsbeslissing voor de percelen 1, 3 en 4 ingetrokken en een nieuwe gunningsbeslissing aan ondernemer verzonden.
- 3.6. Op 22 oktober 2024 heeft ondernemer een klacht ingediend bij het Klachtenmeldpunt van aanbesteder aangaande de vermeende voorkennis en het belangenconflict dat door het Klachtenmeldpunt op een voor de Commissie onbekende datum niet-ontvankelijk is verklaard.
- 3.7. Ondernemer heeft vervolgens op 31 januari 2025 een klacht over de vermeende voorkennis en het belangenconflict bij de Commissie ingediend.
- 3.8. De reactie van aanbesteder op deze klacht heeft de Commissie op 24 februari 2025 ontvangen.
- 3.9. Aanbesteder heeft de opdracht inmiddels definitief aan onderneming Y gegund.

#### **4. Wat zijn de standpunten van partijen?**

##### *Ondernemer*

- 4.1. Ondernemer klaagt dat aanbesteder het aanbestedingsrecht heeft geschonden omdat in deze procedure sprake is van een belangenconflict waardoor het gelijke speelveld wordt geschonden.
  - 4.1.1. Ondernemer stelt voor dat de Commissie een onafhankelijk onderzoek instelt naar het verloop en de uiteindelijke gunning van deze aanbestedingsprocedure en in het verlengde hiervan een Advies uitbrengt.

##### *Aanbesteder*

- 4.2. Aanbesteder stelt zich kort gezegd op het standpunt dat de klacht van ondernemer ongegrond is.
- 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 gaat eerst in op het voorstel van ondernemer.

##### *Onafhankelijk onderzoek door de Commissie?*

- 5.2. Ondernemer stelt voor dat de Commissie een onafhankelijk onderzoek instelt naar het verloop van de aanbestedingsprocedure en de uiteindelijke gunning van de opdracht en in het verlengde hiervan een Advies uitbrengt.

5.3. De Commissie wijst het voorstel van ondernemer af omdat zij niet over de bevoegdheden beschikt om een onafhankelijk onderzoek in te stellen. De Commissie moet zich baseren op de stellingen en onderbouwingen die partijen aandragen om tot een Advies te komen.

5.4. De Commissie gaat hierna over tot de inhoudelijke behandeling van de klacht.

**Klacht:** *Er is sprake van een belangenconflict waardoor het gelijke speelveld wordt geschonden*

5.5. Ondernemer stelt dat aanbesteder het aanbestedingsrecht heeft geschonden omdat in deze procedure sprake is van een belangenconflict waardoor het gelijke speelveld wordt geschonden.

5.6. Ondernemer onderbouwt dit als volgt.

5.6.1. Er is sprake van ongeoorloofde voorkennis van de winnende opdrachtnemer (onderneming Y) doordat er sprake zou zijn van een belangenconflict. Dit wordt veroorzaakt door een 'dubbele pet' die de heer X opheeft. De heer X is zowel directeur bij onderneming Y als ook werkzaam bij de interne opdrachtgever van onderhavige aanbesteding. Vanuit zijn functie bij aanbesteder heeft onderneming Y een kennisvoorsprong bij het doen van een inschrijving omdat de heer X kennis van - en informatie heeft over - ondernemer en aanbesteder.

5.6.2. In de beginperiode van de oude overeenkomst voor onderhavige dienstverlening, is er contact geweest tussen ondernemer en de heer X over de uitvoering van de werkzaamheden en de dienstverlening van ondernemer. Vanuit zijn rol bij aanbesteder heeft de heer X toegang tot informatie waarmee onderneming Y haar voordeel kon doen bij het opstellen van de inschrijving voor de onderhavige aanbesteding. Deze kennisvoorsprong is relevant voor het doen van een inschrijving en kon niet anders dan op een andere manier worden beperkt of weggenomen dan door uitsluiting van onderneming Y.

5.6.3. Aanbesteder heeft niet inhoudelijk op de bij de Commissie ingediende klacht gereageerd. In zijn reactie van 26 september 2024 op het door ondernemer ingediende bezwaar daterend van 20 september 2024 geeft aanbesteder, onder meer, het volgende aan.

5.6.4. Aanbesteder geeft aan bij de voorbereiding en tijdens de aanbesteding de volgende passende maatregelen genomen te hebben om voorkennis of belangenverstrengeling te voorkomen.

- De heer X had géén toegang had tot relevante informatie voor deze aanbestedingsprocedure;
- Voor én tijdens de aanbestedingsprocedure zijn de stukken als vertrouwelijk behandeld én zijn de teamleden gebriefd in de nodige maatregelen om dit te borgen;
- De aanbestedingsstukken stonden op aparte schijven waar de heer X géén toegang tot had;
- De heer X is op géén enkele manier onderdeel geweest van het aanbestedingsteam of de beoordelingscommissie. Aanbesteder benadrukt dan ook dat de beoordelingscommissie geen relatie tot de inschrijvende partijen had;
- De aanbesteding is uitgevoerd met intern/eigen personeel van aanbesteder;

- Alle inhoudelijke overleggen over de aanbesteding zijn in afgesloten (online) ruimtes uitgevoerd. Bij overleggen waar het onderwerp aanbesteding op de agenda stond is de heer X niet aanwezig geweest.

- 5.6.5. Aanbesteder geeft vervolgens aan dat als huidige contractpartijen zowel onderneming Y als ondernemer goed op de hoogte zijn van wat er speelt in het leer- en ontwikkelplatform en er geen sprake van is dat de heer X informatie in zijn bezit zou hebben welke onderneming Y zou kunnen gebruiken om de wensen van de aanbesteding beter te beantwoorden dan andere marktpartijen.
- 5.6.6. De heer X heeft vanuit zijn rol in het begin van de oude overeenkomst contact gehad met ondernemer maar deze taken zijn overgenomen door andere interne medewerkers binnen het leer- en ontwikkelplatform waardoor de heer X geen inzicht heeft in prijzen die door ondernemer worden gehanteerd.

### **Beoordeling Commissie**

- 5.7. De vraag die voorligt is of er sprake is van (de schijn van) een belangenconflict of een andere situatie als bedoeld in artikel 1.10b lid 1 Aw 2012 en zo ja, of aanbesteder passende maatregelen heeft genomen om vervalsing van de mededinging te voorkomen, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren. Volgens ondernemer beschikt onderneming Y over een ongeoorloofde kennisvoorsprong doordat haar directeur tevens werkzaam is voor de interne opdrachtgever van aanbesteder voor deze aanbesteding. Volgens ondernemer beschikte onderneming Y uit dien hoofde over kennis van ondernemer. Aanbesteder had onderneming Y, volgens ondernemer, om die reden van deelneming aan de aanbestedingsprocedure moeten uitsluiten.
- 5.8. De Commissie is van oordeel dat de klacht **ongegrond** is. Ondernemer heeft onvoldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan aanbesteder passende maatregelen moest nemen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten 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.
- 5.9. De Commissie onderbouwt haar oordeel als volgt.

#### *Het gelijke speelveld*

- 5.10. 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. De plicht voor een aanbestedende dienst om het gelijke speelveld te bewaken gaat niet zover dat hij de verschillen tussen concurrenten volledig moet neutraliseren (zie Advies 735 ov. 5.14, Advies 729 ov. 5.4 en Advies 694 ov. 5.4; Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 3 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6842, r.o. 4.31).
- 5.11. Wanneer het gelijke speelveld is geschonden vormt dat een bedreiging voor de eerlijke mededinging. Een belangenconflict of een kennisvoorsprong zijn omstandigheden die het gelijke speelveld kunnen schenden.
- 5.12. Artikel 1.10b Aw 2012 ziet in het bijzonder op fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten. De Commissie betreft dit artikel bij de onderbouwing van haar oordeel. Het eerste lid luidt als volgt: 'Een aanbestedende dienst of een speciaalsectorbedrijf 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.'

- 5.13. Het tweede lid verduidelijkt wat onder belangenconflicten in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 wordt verstaan. Het betreft in ieder geval de situatie waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst of de door de aanbestedende dienst ingeschakelde adviseurs die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze procedure in het gedrang te brengen.
- 5.14. Passende maatregelen kunnen bestaan uit het voeren van een integriteitsbeleid. Op grond van artikel 125quater Ambtenarenwet zijn Rijk, provincies, gemeenten en waterschappen hiertoe verplicht. Een aanbestedende dienst waarvoor de Ambtenarenwet niet geldt, dient met het oog op artikel 1.10b Aw 2012 zelf passende maatregelen te nemen. Deze kunnen bestaan uit integriteitsprotocollen of een intern meldpunt voor belangenconflicten. Dit integriteitsbeleid dient onderdeel uit te maken van het personeelsbeleid. Deze kunnen bestaan uit integriteitsprotocollen of een intern meldpunt voor belangenconflicten. Indien een aanbestedende dienst een belangenconflict niet kan oplossen door bijvoorbeeld personen die het belangenconflict betreft aan de zijde van de aanbestedende dienst te vervangen of door het nemen van andere maatregelen, kan als ultimum remedium een onderneming van deelneming op grond van het artikel 2.87 lid 1 sub e uitsluiten, met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel (MvT Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 25 en 26).

*Is sprake van (de schijn van) een belangenconflict of andere situatie als bedoeld in artikel 1.10b lid 1 Aw 2012?*

- 5.15. De Commissie onderzoekt eerst of sprake is van een belangenconflict of een andere situatie als bedoeld in artikel 1.10b lid 1 Aw 2012. De Commissie overweegt dat van een belangenconflict 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.
- 5.16. Uit Europese jurisprudentie volgt dat een aanbestedende dienst een actieve rol heeft bij de toepassing van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en moet nagaan of er sprake is van een belangenconflict. Op het moment dat een afgewezen inschrijver hierover objectieve gegevens verstrekt is het aan de aanbestedende dienst om alle relevante omstandigheden diepgaand te onderzoeken (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, eVigilo, r.o. 43-45).
- 5.17. De Commissie is van oordeel dat ondernemer onvoldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan aanbestedender passende maatregelen moest nemen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten 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.

- 5.18. De Commissie onderbouwt dit als volgt.
- 5.19. Aanbesteder heeft niet betwist dat de heer X zowel werkzaam is voor aanbesteder als directeur bij onderneming Y, die op de aanbesteding heeft ingeschreven en alle vier percelen heeft gewonnen. Ondernemer klaagt erover dat de heer X kennis van - en informatie heeft over - ondernemer en aanbesteder. Ondernemer stelt dat onderneming Y hierdoor over een ongeoorloofde kennisvoorsprong beschikte.
- 5.20. De Commissie is van oordeel dat een dergelijke situatie door artikel 1.10b Aw 2012 wordt bestreken. Weliswaar vallen de geschetste omstandigheden niet onder de beschrijving van een belangenconflict in artikel 1.10b lid 2 Aw 2012, maar artikel 1.10b lid 1 Aw 2012 is ruimer en ziet blijkens de bewoordingen mede op het voorkomen van fraude, bevoordeling en corruptie. Bovendien is de beschrijving van een belangenconflict in artikel 1.10b lid 2 Aw 2012 blijkens de woorden "in ieder geval" niet uitputtend.
- 5.21. De geschetste omstandigheden zouden bevoordeling van onderneming Y tot gevolg kunnen hebben. Als dit het geval is, zou dit betekenen dat aanbesteder maatregelen had moeten treffen om bevoordeling te voorkomen teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.
- 5.22. De Commissie is van oordeel dan ondernemer in dit concrete geval onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat onderneming Y mogelijk is bevoordeeld. De Commissie onderkent dat ondernemer in een lastige bewijspositie verkeert. Dat betekent echter niet dat geen onderbouwing hoeft te worden gegeven voor een vrees van vervalsing van de mededinging. Ondernemer had in ieder geval duidelijk moeten maken op welke gronden vervalsing van de mededinging in deze aanbesteding viel te vrezen. De enkele omstandigheid dat in de beginperiode van de oude overeenkomst contact is geweest tussen ondernemer en de heer X over de uitvoering van de werkzaamheden en de dienstverlening van ondernemer is niet voldoende voor het aannemen van bevoordeling of vervalsing van de mededinging op andere wijze. Ondernemer stelt dat de heer X vanuit zijn rol bij aanbesteder toegang heeft tot informatie waarmee onderneming Y haar voordeel kon doen bij het opstellen van de inschrijving voor de onderhavige aanbesteding en dat deze kennis(voorsprong) relevant is voor het doen van een inschrijving, maar hij licht niet toe over welke informatie de heer X beschikte – desnoods in algemene bewoordingen – en in welk opzicht deze informatie relevant is voor het doen van een inschrijving. Het maakt volgens de Commissie een groot verschil of de heer X uitsluitend beschikt over de oude overeenkomst tussen aanbesteder en ondernemer of ook over de complete inschrijving van ondernemer, inclusief tarieven en plan van aanpak. Of die informatie vervolgens relevant is voor het doen van een inschrijving op een nieuwe aanbestedingsprocedure is in belangrijke mate afhankelijk van verschillende omstandigheden, zoals de mate waarin de aanbestedingsprocedure voor de nieuwe overeenkomst overeenstemt met die voor de oude overeenkomst, vooral wat betreft de inhoud van de opdracht, de technische specificaties en de gunningscriteria.
- 5.23. De Commissie komt tot de slotsom dat ondernemer onvoldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan aanbesteder passende maatregelen moest nemen om fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten 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. De klacht is daarom **ongegrond**.

- 5.24. De Commissie komt niet toe aan de beoordeling van de doeltreffendheid van de passende maatregelen die aanbesteder stelt te hebben getroffen (zie hiervoor punt 5.6.4.). Omwille van het leereffect merkt de Commissie het volgende op over die maatregelen.
- 5.25. Het valt de Commissie op dat geen van de door aanbesteder beschreven maatregelen specifiek betrekking heeft op een van de punten die ondernemer in zijn klacht aan de orde stelt, namelijk dat onderneming Y over een ongeoorloofde kennisvoorsprong beschikte, doordat de heer X kennis heeft van - en informatie heeft over - ondernemer. Als aanbesteder wel was ingegaan op dit punt, was het bezwaar van ondernemer mogelijk weggenomen.
- 5.26. Verder valt het de Commissie op dat de door aanbesteder beschreven maatregelen in belangrijke mate zijn gericht op het voorkomen van een belangenconflict als bedoeld in artikel 1.10b lid 2 Aw 2012, maar dat aanbesteder in het geheel niet op ingaat op zijn integriteitsbeleid. Dit had naar het oordeel van de Commissie wel in de rede gelegen, nu aanbesteder een organisatie is die verplicht is een integriteitsbeleid te voeren en daarin veelal voorschriften zijn te vinden over het voorkomen van en omgaan met belangenconflicten.

## 5. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Omdat het haar vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, is de Voorzitter mr. G.R. Werkman-Bouwkamp niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 7 juli 2025

Mr. M.C. Pinto

Vicevoorzitter

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Commissielid