

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 562 | Samenvatting

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor een overheidsopdracht tot het leveren en implementeren van een onderwijslogistieke oplossing (rooster-software). De klacht ziet op een mogelijk belangenconflict tussen een door de aanbesteder ingeschakelde derde (H), die als projectleider en voorzitter van de beoordelingscommissie bij de aanbestedingsprocedure is betrokken en de beoogde winnaar van de aanbestedingsprocedure (K).

Naar het oordeel van de Commissie kan het de ondernemer niet worden verweten onvoldoende proactief te hebben gehandeld. Pas op het moment dat hij zowel op de hoogte was van de rol van de door de aanbesteder ingeschakelde derde H bij de onderhavige aanbestedingsprocedure, als van het feit dat de beoogde winnaar K had ingeschreven op de procedure, kon hij weten van een mogelijk belangenconflict. Dat laatste werd pas in de mededeling van de gunningsbeslissing aan de ondernemer bekendgemaakt. Na ontvangst van de mededeling van de gunningsbeslissing heeft ondernemer snel aan de bel getrokken. De Commissie kan de klacht dan ook in behandeling nemen.

Klachtonderdeel 1

De Commissie is van oordeel dat er sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012. H was in opdracht van de aanbesteder als projectleider en voorzitter van de beoordelingscommissie betrokken bij de onderhavige aanbestedingsprocedure en kon invloed hebben op het resultaat van de procedure. Niet alleen had hij een rol bij het opstellen van het Programma van Eisen en het bepalen van (de weging van) de gunningscriteria, ook was hij als voorzitter bij de beoordeling van de inschrijvingen betrokken. Via ondernemer P had H een zakelijk belang in ondernemer M (M). M heeft in 2018 samen met K ingeschreven op een aanbestedingsprocedure. M en K hebben in 2019 samen een presentatie gegeven voor een potentiële opdrachtgever. Daarmee had H een economisch of persoonlijk belang dat zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de onderhavige aanbestedingsprocedure in het gedrang kan brengen. H had er belang bij ondernemer K gunstig te stemmen met het oog op de samenwerking in het kader van de aanbestedingsprocedure waarvoor zij ten tijde van de onderhavige aanbestedingsprocedure samen een presentatie hadden gegeven en mogelijke samenwerking in de toekomst.

Naar het oordeel van de Commissie is voor de beoordeling of sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 niet vereist dat er ook daadwerkelijk sprake is geweest van beïnvloeding van de aanbestedingsprocedure. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

Klachtonderdeel 2

De ondernemer klaagt ook dat de aanbesteder heeft nagelaten passende maatregelen te treffen in de zin van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012. Nu naar het oordeel van de Commissie sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 had de aanbesteder passende maatregelen moeten nemen om het belangenconflict 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.

Tussen partijen staat niet ter discussie dat de aanbesteder geen maatregelen in de zin van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012 heeft genomen in het kader van dit belangenconflict. De Commissie constateert dat de aanbesteder geen navraag heeft gedaan bij H naar mogelijke belangenconflicten, dat de aanbesteder de betrokkenheid van H bij de onderhavige aanbestedingsprocedure niet in de aanbestedingsstukken bekend heeft gemaakt, dat de aanbesteder geen maatregelen heeft getroffen om de betrokkenheid van H bij inschrijvingen op de onderhavige aanbestedingsprocedure te voorkomen, dat H een rol heeft gehad bij het opstellen van het Programma van Eisen, dat H een rol heeft gehad bij het bepalen van de gunningscriteria en de weging daarvan, dat H als voorzitter van de beoordelingscommissie betrokken was bij de beoordeling van de inschrijvingen en dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure vooralsnog niet heeft ingetrokken.

Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder daarmee in strijd gehandeld met artikel 1.10b, lid 1 Aw 2012. Daarmee is ook klachtonderdeel 2 gegrond.

Klachtonderdeel 3

Verder klaagt de ondernemer dat de aanbesteder naar aanleiding van het belangenconflict ten onrechte heeft nagelaten de aanbestedingsprocedure te beëindigen of K uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure. Doordat het belangenconflict niet is voorkomen, niet is onderkend en er geen maatregelen zijn genomen om het belangenconflict op te lossen, kan naar het oordeel van de Commissie niet worden uitgesloten dat de mededinging als gevolg van het belangenconflict is vervalst. Ondanks het belangenconflict is H niet alleen betrokken geweest bij het bepalen van het programma van eisen en (de weging van) de gunningscriteria, maar zelfs bij de beoordeling van de inschrijvingen. Dat in een onderzoek is geconstateerd dat er geen aanwijzingen zijn gevonden dat de relatie tussen H en ondernemer K invloed heeft gehad op de beoordeling van de inschrijvingen, sluit niet uit dat het belangenconflict effect heeft gehad op de uitkomst van deze aanbestedingsprocedure.

Naar het oordeel van de Commissie had de aanbesteder ná de mededeling van de gunningsbeslissing van 18 juni 2019 op grond van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012 alsnog passende maatregelen moeten nemen om het belangenconflict op te lossen. Doordat eerder geen passende maatregelen waren genomen, was op dat moment naar het oordeel van de Commissie de enige mogelijke passende maatregel de aanbestedingsprocedure in te trekken. Nu de aanbesteder dat vooralsnog heeft nagelaten, is klachtonderdeel 3 naar het oordeel van de Commissie eveneens gegrond.

Klachtonderdeel 4

Aangezien de enige passende maatregel op basis van artikel 1.10b Aw 2012 naar het oordeel van de Commissie het intrekken van de aanbestedingsprocedure is, komt de Commissie niet meer toe aan de beoordeling van klachtonderdeel 4 waarin is geklaagd dat de aanbesteder de inschrijving van ondernemer K ten onrechte niet heeft uitgesloten.

Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om bij inschakeling van derden in het kader van een aanbestedingsprocedure altijd om een verklaring te vragen dat er geen sprake is van een conflicterend belang in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 en dat conflicterende belangen ook gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden gemeld.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 562

1. Feiten

- 1.1. Aanbesteder heeft op 23 april 2019 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht tot het leveren en implementeren van een onderwijslogistieke oplossing (roostersoftware).
- 1.2. In het Aanbestedingsdocument "Roosteren" van aanbesteder is, onder meer, bepaald:

'Leeswijzer

In dit Aanbestedingsdocument is de Europese aanbestedingsprocedure betreffende de levering van een digitaal systeem ter ondersteuning van het deelproces roosteren, dat deel uitmaakt van de onderwijslogistieke keten, inclusief gerelateerde dienstverlening voor [Aanbesteder] beschreven.

(...)

2.7 Beoordelingsprocedure

Voor deze aanbesteding is een ter zake kundig beoordelingsteam (bestaande uit minimaal (3) personen) samengesteld. Het beoordelingsteam beschikt over de benodigde materiedeskundigheid om de volledige Inschrijvingen te kunnen beoordelen. De namen van de beoordelaars zijn door [Aanbesteder] vastgelegd in een intern beoordelingsprotocol. De beoordelaars beoordelen individueel. Hierna wordt het gemiddelde genomen. Na de individuele beoordeling vindt er een plenaire sessie plaats, met het beoordelingsteam waarin de scoreresultaten worden doorgenomen. Dit ten behoeve van het zorgvuldig kunnen opstellen van de gunning- en afwijzingsbrieven welke voldoende gemotiveerd zijn.

(...)

2.10 Samenvatting planning

(...)

Activiteit	Datum
(...)	(...)
Uiterste termijn indiening Inschrijving (<u>finale termijn</u>)	4 juni 2019 om 12.00 uur
Beoordeling inschrijvingen	
Demo	6 of 11 juni 2019
Voorlopige gunning	18 juni 2019
(...)	(...)

(...)

5 Gunningscriteria

(...)

5.2 Beoordeling van de Inschrijving (gunningscriteria)

(...)

Deze Europese aanbesteding is opgedeeld in eisen, vragen en prijzen. Gunning vindt plaats aan de inschrijver die voldoet aan de in dit beschrijvend document gestelde eisen én de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan. (...) De beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit zal plaatsvinden op basis van het principe "gunnen op waarde". Per vraag is een kwaliteitswaarde aangegeven. Deze kwaliteitswaarden leiden tot fictieve aftrek in euro's op de inschrijfprijs van Inschrijver.

(...)

5.2.3 Vragen (Kwaliteit)

(...)

(...) Een door het beoordelingsteam toegekende score betreft telkens een teamresultaat van een groepsgemiddelde (individuele scores opgeteld en gedeeld door het aantal beoordelaars).

(...)

Ieder lid van het beoordelingsteam beoordeelt de binnengekomen Inschrijvingen en kent op vraagniveau individueel waardering toe conform het gestelde in hoofdstuk 5 van dit Aanbestedingsdocument. Na de individuele beoordeling vindt er een plenaire sessie plaats met het beoordelingsteam waarin de scoreresultaten worden doorgenomen.

(...)'

- 1.3. In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument zijn, onder meer, de volgende vragen gesteld:

'Deel III Uitsluitingsgronden

(...)

C: Gronden met betrekking tot insolventie, belangenconflicten of beroepsfouten [*Noot 19, niet opgenomen, Commissie*]

Bij deze aanbestedingsprocedure zijn de volgende uitsluitingsgronden van toepassing:

(...)

V Belangenconflict

(...)

V Valse verklaring

(...)

Is de ondernemer zich bewust van enig belangenconflict [*Noot 24: Zoals vermeld in de nationale wetgeving, de betreffende aankondiging of de aanbestedingsstukken. Commissie*] als gevolg van zijn deelneming aan de aanbestedingsprocedure? Zo ja, omschrijf:

(...)

Kan de ondernemer bevestigen dat:

- a) hij zich niet in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is om te controleren of er geen gronden voor uitsluiting zijn dan wel of aan de selectiecriteria wordt voldaan,
- b) hij dergelijke informatie niet heeft achtergehouden,
- c) hij de door de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit gevraagde ondersteunende documenten onverwijld heeft kunnen overleggen, (...)'

1.4. Ondernemer heeft een inschrijving ingediend.

1.5. In het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure heeft aanbesteder ondernemer op 4 juni 2019 per e-mail een uitnodiging gestuurd om een demonstratie te komen geven.

'Hierbij nodig ik u uit om op 11 juni 2019 invulling te geven aan V1 Demo Roosterapplicatie. U wordt verzocht zich te melden bij de receptie van [Aanbesteder] (...). U zal worden opgevangen door [H]

(...)'

1.6. Aanbesteder heeft de mededeling van de gunningsbeslissing op 18 juni 2019 aan ondernemer gezonden. Hieruit blijkt dat er twee geldige inschrijvingen zijn gedaan. Uit die mededeling blijkt verder dat aanbesteder voornemens is een overeenkomst aan te gaan met ondernemer K, die de beste scores op prijs en kwaliteit heeft behaald. Het verschil in totaalscores voor prijs en kwaliteit tussen ondernemer K en ondernemer is groot.

1.7. Ondernemer heeft bij brief van 26 juni 2019 de volgende bezwaren aan aanbesteder kenbaar gemaakt.

'Op dinsdag 25 juni jl., hebben wij een gesprek met u en [uw collega] gevoerd over het verloop van de aanbesteding van [Aanbesteder] t.b.v. de selectie van een roosterapplicatie. (...)

Doel van het gesprek was het kenbaar maken onze constatering dat er gereede twijfel is of de aanbestedingsprocedure op een eerlijke en transparante wijze is verlopen Wij baseren dit op het feit dat tijdens zowel de voorbereiding, de uitvoering en met name ook de beoordeling (NB: het daadwerkelijk toekennen van scores) een belangrijke rol was weggelegd voor een externe medewerker van [Aanbesteder], die een aantoonbaar belang heeft in een gunning van de aanbesteding aan [Ondernemer K] (de partij aan wie de voorlopige gunning ook is toegewezen).

De medewerker betreft H, werknemer van [Ondernemer O] en tevens productowner bij [Ondernemer M] (zie zijn publieke LinkedIn pagina). [Ondernemer O] is leverancier van [Product N] en tevens gedurende selectietrajecten onderaannemer / partner van [Ondernemer K]. Concrete voorbeelden de samenwerking tussen beide bedrijven is de aanbesteding bij [aanbestedende dienst B] (voorjaar 2018) en het op dit moment nog lopende selectietraject bij [aanbestedende dienst C]. [Product N] is een applicatie die voor een deel de functionaliteit van de module Jaarplanning van [product Q] afdekt en om kans te maken bij aanbestedingen waar een geïntegreerde applicatie gevraagd wordt voor het plannen en roosteren is de combinatie van [Ondernemer M] en [Ondernemer K] een hele logische. Beide partijen hebben op dit moment nog maar een klein aandeel in de Nederlandse Onderwijsmarkt en het is daarom ook voor beiden van groot commercieel belang om dit aandeel te vergroten en daarmee ook de gemeenschappelijke kansen te vergroten.

Tijdens het gesprek hebben wij u aangegeven dat wij verrast waren over de aanwezigheid van [H] bij de productdemonstratie, maar gisteren heeft u aangegeven dat hij zelfs projectleider was van het aanbestedingstraject en voorzitter was van de beoordelingscommissie. Eveneens hebben wij u op de nauwe relatie tussen [Ondernemer M] en [Ondernemer K] geattendeerd. De relatie tussen deze twee partijen en het feit dat [H] werkzaam is bij [Ondernemer M], bleek tijdens ons gesprek ook bij u niet bekend te zijn.

[H] heeft naar nu blijkt een zeer grote rol gespeeld tijdens het gehele aanbestedingsproces, maar naast dit gegeven hebben we eveneens van [H] zelf vernomen dat er al pilots binnen [Aanbesteder] draaien met [Product N] en dat [H] ongevraagd de API van [Product Q] heeft gebruikt om tests met datasets uit te voeren (wellicht voor [Product N], maar mogelijk zelfs om een koppeling met [Product L dat door Ondernemer K is geboden] te testen).

Wij stellen vast dat er niets mis is met een partnership tussen [Ondernemer M/Ondernemer O] en [Ondernemer K]. Bij een relatieve kleine onderneming als bij [Ondernemer M/Ondernemer O] dient er echter een keuze gemaakt te worden in de rol die het bedrijf oppakt in het domein. In deze keuze ben je of partner met andere partijen bij aanbestedingen of je bent vanwege je kennisniveau adviseur bij een aanbestedende dienst. Het is onmogelijk al deze rollen te bedienen daar de markt relatief klein is. Zodra een bedrijf beide rollen op zich neemt, krijgt het de geur van belangenverstremgeling.

Los van de rol van [H] hebben wij geconstateerd dat [Aanbesteder] zich tijdens de aanbesteding heeft uitgelaten over een zekere voorkeur voor de [Ondernemer K]. Na publicatie van de aanbestedingsstukken en voor indiening van de inschrijving is er bij [aanbestedende dienst D] een bijeenkomst geweest over aanbesteding van een roosterapplicatie en vrij snel daarna een bijeenkomst over de werking van [Product L] (de aangeboden applicatie van [Ondernemer K]). Bij [aanbestedende dienst D] is ook [Ondernemer M] actief als leverancier van [Product N], gekoppeld aan [Product L]. Hierover zijn zeker twee LinkedIn berichten geplaatst. In één van de berichten (...) wordt [Aanbesteder] genoemd als een van de belangstellende. [I] (een van de leden van de commissie) geeft openlijk op LinkedIn aan dat zij beide berichten en daarmee de leverancier en de aangeboden applicatie interessant vindt. Wij vinden de aanwezigheid van iemand van [Aanbesteder] vreemd en ongepast en wij vinden het liken van dit bericht door [I] met name vreemd en ongepast daar zij in de beoordelingscommissie zit van de aanbesteding bij [Aanbesteder] en betrokken was bij het toekennen van de scores.

[Ondernemer] is van mening dat het zeer aannemelijk te maken is dat er sprake is van belangenverstremgeling en favoritisme en de aanbesteding niet conform de spelregels van de aanbestedingswet is verlopen.

[Ondernemer] begrijpt dat de ingebrachte constateringën onderzocht moeten worden en verzoekt [Aanbesteder] de volgende stappen te zetten:

1. [Aanbesteder] onderzoekt de mogelijke belangenverstremgeling van [H] bij deze aanbesteding zelf. Hierbij wordt verwezen naar het eVigilo-arrest waarbij wordt gesteld dat de aanbestedende dienst dit dient te onderzoeken indien één van de inschrijvers kenbaar maakt dat er mogelijk sprake is van belangenverstremgeling; (...)'

1.8. Vervolgens heeft onderzoeksbureau A in opdracht van aanbesteder onderzoek gedaan naar mogelijke belangenverstremgeling. In het rapport van A van 27 september 2019 staat, onder meer, het volgende:

1. Inleiding

(...)

1.1 Aanleiding en doel

In voornoemde opdrachtbevestiging zijn de aanleiding, situatie en het doel van de opdracht als volgt verwoord:

(...)

Het voorgaande is voor u aanleiding om een onafhankelijk onderzoek in te laten stellen naar de (aard van de) vermeende relatie tussen de extern projectleider van [Aanbesteder] en [Ondernemer K] en naar de vraag of en in hoeverre die vermeende relatie van invloed is geweest op de beoordeling van de offertes.

Doelstelling

De uitkomsten van het onderzoek moeten u in staat stellen te beoordelen of er sprake is van belangenverstrengeling en of dat van invloed is geweest op de voorlopige gunning van de aanbesteding Roosteren aan [Ondernemer K]. U wenst antwoord op de volgende onderzoeksvragen:

- 1. Welke relatie bestaat er feitelijk tussen de externe projectleider en de (voorlopige) winnaar van de aanbesteding, [Ondernemer K], en hoe is deze relatie volgens [A] te duiden?*
- 2. Is aannemelijk dat die relatie invloed heeft gehad op de beoordeling?*

1.2 Door [A] verrichte werkzaamheden

(...)

- Het houden van interviews met:
 - De externe projectleider;
 - Twee overige leden van het beoordelingsteam, de Functioneel Beheerder en Teamleider Onderwijsplanning (afzonderlijke/individuele interviews);
 - De algemeen directeur van [Ondernemer] en de commercieel directeur van [Ondernemer]. Deze personen zijn gelijktijdig geïnterviewd en worden in deze rapportage in voorkomende gevallen gezamenlijk geciteerd als '[Ondernemer]';
 - De Programmamanager;
 - De bij het dossier betrokken senior Inkoper;

(...)

2. Bevindingen

2.1 Context aanbesteding

Op 23 april 2019 heeft [Aanbesteder] een aanbesteding gepubliceerd voor de aanschaf van nieuwe roostersoftware. Deze aanbesteding maakt onderdeel uit van een programma voor de stroomlijning van de onderwijslogistiek. In een eerder stadium van dit programma is besloten dat twee belangrijke fasen van het onderwijslogistieke proces na elkaar tot uitvoering zouden worden gebracht.

Het eerste deel heeft eruit bestaan dat in 2018 een selectie heeft plaatsgevonden van software voor inzetplanning. De keuze is gevallen op [Product Q] van [Ondernemer]. In de loop van het schooljaar 2018/2019 is deze software geïmplementeerd bij [Aanbesteder]. Tijdens deze implementatie heeft de externe projectleider [H, Commissie] namens [Aanbesteder] de rol van projectleider en architect vervuld. Hij trok daarbij nauw op met een medewerker van [Ondernemer] die bij dit project betrokken was.

Op de aanbesteding voor de roostersoftware hebben twee partijen gereageerd: [Ondernemer] en [ondernemer K]. (...)

2.2 Belangen en rol extern Projectleider

De externe projectleider is als consultant en architect in dienst bij [Ondernemer O]. Vanuit [Ondernemer O] wordt hij sinds drie jaar voor 32 uur per week gedetacheerd bij [Aanbesteder] als architect voor de optimalisatie van het onderwijslogistieke proces. Ook is hij als architect verantwoordelijk voor het ontwerpen van koppelingen binnen het applicatielandschap van [Aanbesteder]. Hij rapporteert intern aan de programmamanager.

Daarnaast is de externe projectleider sinds 8 december 2015 100% aandeelhouder en enig bestuurder van [Ondernemer P]. [Ondernemer P] heeft op 8 december 2015 bij oprichting 1/3 van de aandelen van [Ondernemer M] genomen. Later heeft [Ondernemer P] volgens de externe projectleider 1,33% van de aandelen overgedragen. [Ondernemer P] is een van de drie bestuurders van [Ondernemer M]. Dit bedrijf houdt zich blijkens het handelsregister bezig met het ontwikkelen, produceren en uitgeven van software. De externe projectleider licht toe dat [Ondernemer M] software ontwikkelt en verkoopt op de onderwijsmarkt. Het zou gaan om software ([Product N]) voor curriculumontwikkeling en onderwijsevaluatie. Deze software genereert in de keten van onderwijslogistiek informatie die in een later stadium door andere systemen wordt gebruikt.

De externe projectleider verklaart dat hij dit belang bij [Ondernemer M] kenbaar heeft gemaakt bij het eerste gesprek dat hij voerde bij [Aanbesteder], met de programmamanager, en heeft aangegeven dat hij derhalve geen rol kon spelen in de besluitvorming wanneer [Ondernemer M] bij [Aanbesteder] zou meedingen voor de curriculumsoftware. Dit wordt bevestigd door de programmamanager. Hij verklaart van meet af aan op de hoogte te zijn geweest dat de externe projectleider een belang heeft in [Ondernemer M].

Volgens de externe projectleider kennen [Ondernemer K] en [Ondernemer M] elkaar via een gezamenlijke klant, [aanbestedende dienst D]. [Aanbestedende dienst D] maakt volgens de externe projectleider sinds 2014 gebruik van [Product N]. In 2017 heeft [Ondernemer K] bij [aanbestedende dienst D] de aanbesteding voor roostersoftware gewonnen. Er is toen een aansluiting gerealiseerd tussen beide applicaties. Volgens de externe projectleider liep de samenwerking bij deze klant via zijn partner in [Ondernemer M] en de directeur van [Ondernemer K].

Naar aanleiding van dit contact is [Ondernemer M] in 2018 benaderd door [Ondernemer K] om gezamenlijk in te schrijven op een aanbesteding bij [aanbestedende dienst B]. Deze aanbesteding heeft plaatsgevonden in juni/juli 2018. Het betrof volgens de externe projectleider een onderwijslogistiek proces waarbij [Ondernemer M] het curriculum en onderwijscatalogus moest afdekken, omdat [Ondernemer K] dit zelf niet kon. De externe projectleider heeft naar eigen zeggen samen met zijn partner in [Ondernemer M] de aanbesteding [*bedoeld zal zijn: de inschrijving, Commissie*] geschreven vanuit [Ondernemer M]. Vanuit [Ondernemer K] was dat de directeur van [Ondernemer K]. Aan deze aanbesteding had ook [Ondernemer] deelgenomen. Zij waren er sindsdien van op de hoogte dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] in commerciële situaties samen optrokken. De aanbesteding bij [aanbestedende dienst B] is niet gewonnen door [Ondernemer K]/ [Ondernemer M].

Sinds mei 2019 loopt er nog een selectietraject van [aanbestedende dienst C] waarin [Ondernemer K] en [Ondernemer M] in combinatie meedingen. De externe projectleider verklaart dat hij een bewuste afweging heeft gemaakt om niet aan deze aanbesteding mee te werken omdat gelijktijdig de aanbesteding voor

roostersoftware bij [Aanbesteder] plaatsvond, waaraan ook [Ondernemer K] deelnam. Hij wilde naar eigen zeggen 'de schijn van belangenverstrengeling vermijden'. De aanbesteding bij [aanbestedende dienst C] ging om roosteren, met een vraag over een mogelijke ondersteuning van curriculum management. De externe projectleider verklaart dat zijn partner in [Ondernemer M] deze aanbesteding namens [Ondernemer K] heeft geschreven.

De programmamanager verklaart er niet van op de hoogte te zijn geweest dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] samen zijn opgetrokken bij een aantal aanbestedingen bij andere onderwijsinstellingen. De programmamanager verklaart dat hij deze informatie graag van tevoren had willen hebben teneinde een bewuste afweging te kunnen maken over de positie van de externe projectleider bij de aanbesteding van de roostersoftware. De programmamanager zegt hier niet bij stil te hebben gestaan en dit ook niet te hebben uitgevraagd bij de externe projectleider. Volgens de programmamanager heeft de externe projectleider zich onvoldoende gerealiseerd dat dit een probleem kon opleveren en heeft hij om die reden verzuimd om zijn (indirecte) belang te melden.

De senior inkoper vertelt desgevraagd dat hij de positie van de externe projectleider ten opzichte van [Ondernemer K] niet goed kende. Hij geeft aan dat dit achteraf gezien als 'bijzonder' is aan te merken. Hij had van tevoren willen weten wat de rol van de externe projectleider was, zodat hij hierop had kunnen anticiperen. In dat geval had de externe projectleider wat de senior inkoper betreft niet de rol bij deze aanbesteding gekregen die hij nu heeft gehad. Niet vanwege een gebrek aan deskundigheid, maar puur om de huidige situatie te voorkomen. De senior inkoper is er inmiddels van op de hoogte dat de externe projectleider wel aan de Programmamanager had gemeld wat zijn rol was bij [Ondernemer M], maar niet dat er een link was met [Ondernemer K]. Dat had de externe Projectleider in de ogen van de senior inkoper wel aan de Programmamanager moeten melden. De senior inkoper is er naar eigen zeggen van overtuigd dat de externe Projectleider objectief is geweest, maar dat dit niet goed aan te tonen is.

In open bonnen in Nederland en het Verenigd Koninkrijk is onderzocht of er aanwijzingen zijn van belangen tussen [Ondernemer M] en [Ondernemer K] en/of de aan deze ondernemingen gelieerde functionarissen. Hieruit zijn geen voor het onderzoek van belang zijnde zaken bekend geworden.

[Ondernemer] verklaart in de afgelopen maanden stap voor stap op de hoogte te zijn geraakt van de positie van de externe projectleider. Medio 2018 kwamen zij [Ondernemer M] tegen bij de aanbesteding bij [aanbestedende dienst B]. In april 2019 heeft de algemeen directeur van [Ondernemer] (...) in het kader van de implementatie van [Product Q] voor de inzetplanning bij [Aanbesteder] een aantal presentaties verzorgd bij [Aanbesteder]. Tijdens deze presentatieronde werd hij begeleid door de externe projectleider. De algemeen directeur van [Ondernemer] kwam er naar eigen zeggen op deze dag achter dat de externe projectleider werkzaam is bij [Ondernemer O], en 'product owner' is van het softwareprogramma [Product N], een product van [Ondernemer M]. [Ondernemer] verklaart [Product N] als een concurrent te beschouwen van hun eigen software, [Product Q].

[Ondernemer] (de algemeen directeur van [Ondernemer]) verklaart hiervan geschrokken te zijn, omdat hieruit bleek dat zij naar hun gevoel bij de implementatie van [Product Q] voor de inzetplanning bij [Aanbesteder] nu inmiddels al negen maanden bleken samen te werken met een concurrent. [Ondernemer] zag hier een risico in, omdat de markt van onderwijsplanning volgens [hem] klein is. Volgens [Ondernemer] wordt tijdens een implementatieperiode veel technische informatie gedeeld die bedrijfsgevoelig kan zijn. Volgens [Ondernemer] heeft de externe projectleider door zijn positie bij [Aanbesteder] uitgebreid kennis kunnen nemen van

de applicatie, waarmee hij zijn eigen applicatie – [Product N] - sterker zou kunnen maken. [Ondernemer] verklaart dat als zij dit van tevoren hadden geweten, zij hierover in gesprek waren gegaan met [Aanbesteder].

Tot slot achten wij van belang te vermelden dat uit het onderzoek naar voren is gekomen dat er bij [Aanbesteder] momenteel een pilot loopt met [Product N]. Volgens de programmamanager, die naar eigen zeggen in the lead is voor dit project, is dit een kleine opdracht van minder dan € 10.000. De externe projectleider helpt hierbij wel als rechterhand van de programmamanager, met name op technisch vlak.

(...)

2.3.1 Samenstelling commissie

In maart/april 2019 is binnen [Aanbesteder] de beoordelingscommissie voor de aanbesteding van de roostersoftware benoemd. De samenstelling van de beoordelingscommissie is tot stand gekomen in onderling overleg tussen de Programmamanager, de senior inkoper en de externe projectleider. De programmamanager was eindverantwoordelijk voor de benoeming van de commissie.

De externe projectleider was als projectleider en architect betrokken bij het programma onderwijslogistiek. Hij was uit dien hoofde vanuit [Aanbesteder] vanwege zijn technisch inhoudelijke kennis de meest voor de hand liggende penvoerder voor de aanbesteding van de roostersoftware. Daarnaast werd besloten dat de Teamleider Onderwijsplanning vanwege haar rooster-expertise en twee functioneel beheerders aan de commissie zouden worden toegevoegd.

Voorafgaand aan de aanbesteding is de commissie een aantal malen bijeen geweest. Hierbij werd onder meer door de senior inkoper aandacht besteed aan het proces van de aanbesteding. Volgens de senior inkoper is de instructie gegeven dat de leden van de beoordelingscommissie vanuit hun eigen kennis zouden oordelen, transparant en objectief. Daarnaast heeft hij nog een aantal richtlijnen en tips verstrekt om ervoor te zorgen dat het aanbestedingsproces goed en objectief zou verlopen. (...)

De senior inkoper geeft aan dat er aan de leden van de beoordelingscommissie niet wordt gevraagd of zij vrij zijn van belangen die een probleem zouden kunnen opleveren bij de aanbesteding. Dat stond volgens hem bij [Aanbesteder] niet op het netvlies, maar dat zal men in de toekomst naar aanleiding van deze affaire wel gaan doen.

2.3.2 Formuleren eisen en vragen

De programmamanager verklaart desgevraagd dat de externe projectleider voor de aanbesteding de opzet van het programma van eisen heeft geschreven, maar dat deze tot stand is gekomen in nauwe samenwerking met de opleidingsmanager, de Teamleider Onderwijsplanning, de Functioneel Beheerder en nog een lid van de beoordelingscommissie.

Het programmateam heeft, voorgezeten door de programmamanager, vervolgens het programma van eisen vastgesteld. De vragen die bij de aanbesteding aan de aanbieders worden gesteld, komen voort uit het programma van eisen. Deze vragen zijn in eerste instantie geformuleerd door het beoordelingsteam. Zij hebben ook een voorstel gedaan voor de weging van de verschillende vragen. Deze vragen gaan onder meer over de prijs, kwaliteit, functionaliteit, implementatie en inkoop-eisen. De opleidingsmanager en de Programmamanager hebben deze vragen

getoetst en hebben daar nog sturing aan gegeven en hebben het uiteindelijke besluit genomen over de vragen zelf en de wegging ervan.

2.3.3 Totstandkoming score

(...)

Na opening van de offertedocumenten heeft de senior inkoper de gunningsvragen over de kwaliteitsaspecten doorgestuurd naar de beoordelingscommissie die vanaf dat moment de kwalitatieve beoordeling kunnen starten in Negometrix. De beoordelaars hebben van de senior inkoper een e-mail ontvangen zodra zij in het systeem konden. De harde eisen voor de aanbesteding en het prijzenblad worden alleen door de senior inkoper ingezien. De beoordelaars toetsen de beantwoording van de vragen door de indieners. Desgevraagd verklaart de senior inkoper dat de beoordelaars zelf kunnen bepalen wanneer zij de beoordeling in het systeem invoeren.

Op 11 juni jl. zijn beide indienende partijen uitgenodigd voor een productdemonstratie. Daarbij waren namens [Aanbesteder] alleen de leden van de beoordelingscommissie aanwezig: de externe projectleider, twee functioneel beheerders en de Teamleider Onderwijsplanning.

[Ondernemer] verklaart hierover dat zij op 11 juni jl. bij de receptie werden opgehaald door de externe projectleider en dat zij er op dat moment achter kwamen dat hij ook een belangrijke rol speelde bij de aanbesteding van de roostersoftware. Volgens [Ondernemer] zei de externe projectleider hier dat hij de projectleider was binnen de beoordelingscommissie. [Ondernemer] vertelt dat zij hier wederom van schrokken. Desgevraagd verklaart [Ondernemer] dat zij hun verbazing op dat moment wel aan de externe projectleider kenbaar hebben gemaakt, maar niet aan de andere leden van de beoordelingscommissie. Inhoudelijk zou de externe projectleider hier niet op gereageerd hebben. Daarnaast was het volgens [Ondernemer] opmerkelijk dat er niemand van Inkoop bij de demonstratie aanwezig was om de procedure te monitoren.

De senior inkoper verklaart hierover dat hij het vreemd vindt dat [Ondernemer] hierover heeft geklaagd. De uitgangspunten waar de demonstratie aan moet voldoen waren vooraf bekend en de senior inkoper zou geen rol hebben in het beoordelen hiervan. Zijn enige rol zou het ontvangen van de aanbieders zijn geweest. De programmamanager verklaart desgevraagd dat hij niet aanwezig was bij de demonstratie door een te volle agenda. Volgens hem had zijn aanwezigheid geen meerwaarde gehad en werd dit ook niet verwacht.

De externe projectleider verklaart desgevraagd dat zijn algemene indruk van beide partijen goed was. Zij scoorden beide op de vragen goed, aldus de externe projectleider. De externe projectleider verklaart dat [Ondernemer K] iets gebruiksvriendelijker was, maar [Ondernemer] kreeg van hem een voordeel omdat zij een bestaande koppeling hebben met de programmatuur voor de inzetplanning ([Product Q]). Zij hebben volgens de externe projectleider ongeveer vier procent verloren op de vraag over 'ruimtereservering'. Voor de rest was het nagenoeg gelijk. De externe projectleider verklaart desgevraagd dat hij zelf geen voorkeur had. Hij vertelt dat hij vanuit het technisch oogpunt voorkeur had voor [Ondernemer] en vanuit het functioneel oogpunt een voorkeur had voor [Ondernemer K]. Het ging volgens de externe projectleider om nuanceverschillen.

De Teamleider Onderwijsplanning verklaart dat zij tijdens de demonstratie een positief beeld heeft gekregen van zowel [Ondernemer] als [Ondernemer K]. Wel zegt zij dat voor haar na afloop van de demonstratie meteen duidelijk was wie wat haar

betreft het beste uit de verf kwam. Dat was [Ondernemer K]. Zij had het idee dat dit beeld ook leefde bij de andere leden van de beoordelingscommissie.

De Functioneel Beheerder verklaart desgevraagd dat zij vóór de demonstratie geen voorkeur had. Volgens haar hadden beide aanbieders plus- en minpunten. De Functioneel Beheerder vertelt dat de demonstratie voor haar echt de doorslag gaf. Volgens haar had iedereen voorafgaand aan de demonstratie het beeld dat [Ondernemer] met [Product Q] de aanbesteding zou gaan winnen. De demonstratie door [Ondernemer K] verliep echter een stuk beter dan die van [Ondernemer], waardoor het tij in de ogen van de beoordelingscommissie keerde. [Ondernemer] maakte in haar ogen de verwachtingen niet waar.

De senior inkoper verklaart dat na afloop van de demonstratie en het beoordelen en indienen van de scores door de beoordelingscommissie, hijzelf het totaaloverzicht te zien kreeg. Hierna volgde nog een sessie waarbij de beoordelingscommissie onder begeleiding van Inkoop samenkwam om te analyseren of er opvallend grote verschillen waren in de beoordeling. Wanneer er grote verschillen zouden zijn tussen de leden van de beoordelingscommissie, zou dit bijvoorbeeld kunnen betekenen dat iemand de vraag niet goed begrepen zou hebben. Dat zou tot gevolg kunnen hebben dat de beoordeling nog aangepast wordt. Alle geïnterviewde personen die hierbij aanwezig waren geven aan dat er tijdens of na deze sessie geen scores meer zijn gewijzigd, of dat ze dit zich in ieder geval niet meer kunnen herinneren.

Uit alle interviews komt naar voren dat de leden van de beoordelingscommissie zelfstandig hun beoordeling hebben kunnen geven. Alle geïnterviewde commissieleden geven aan dat er van onderlinge beïnvloeding door de commissieleden geen sprake is geweest.

De in deze paragraaf beschreven procedurele aspecten komen overeen met hetgeen daarover beschreven staat in het Aanbestedingsdocument Roosteren.

2.3.4 Uitkomsten

[Aanbesteder] gunt bij aanbestedingen op waarde. In hoofdstuk 5 van het Aanbestedingsdocument Roosteren wordt voor het bepalen en beoordelen van de gunningscriteria een uitgebreide toelichting gegeven. Om te komen tot een vergelijking van de offertes, wordt een systematiek gebruikt waarbij de beoordeling van de kwaliteitsvragen door de beoordelingscommissie door een weging wordt omgerekend tot een zogenaamde 'fictieve aftrek', die wordt uitgedrukt in een geldwaarde. Hoe beter een partij scoort op ieder van de elf kwalitatieve vragen, hoe hoger deze fictieve aftrek voor deze partij uitvalt. Er kon maximaal € 700.000 fictieve aftrek 'verdiend' worden op de scores van de kwaliteitscriteria. Dit bedrag is gebaseerd op een verwachte prijs als uitgangspunt.

Door de fictieve aftrek van een partij af te trekken van de inschrijfprijs, komt men tot de vergelijkingsprijs. De partij met de laagste vergelijkingsprijs wint de aanbesteding.

Bij de onderhavige aanbesteding luiden de relevante bedragen als volgt:

[tabel, niet overgenomen, Commissie]

Uit bovenstaande tabel blijkt dat [Ondernemer K] zowel op prijs als op de kwalitatieve criteria beter heeft gescoord dan [Ondernemer]. Voor onderhavig onderzoek is met name de hoogte van de fictieve aftrek van belang. Op de inschrijfprijs heeft niemand bij [Aanbesteder] immers invloed. Wij hebben aan de hand van de individuele scores van de leden van de beoordelingscommissie geanalyseerd wat de

invloed van de externe projectleider op de beoordeling is geweest. In onderstaande tabel vergelijken wij de totaalscores (voor de fictieve aftrek) van de leden van de beoordelingscommissie.

[tabel, niet overgenomen, Commissie]

Wij stellen vast dat de scores van de externe projectleider en [Medewerker van Aanbesteder] bij het gemiddelde liggen. De Functioneel Beheerder scoort voor beide partijen lager dan gemiddeld en de Teamleider Onderwijsplanning voor beide partijen hoger dan gemiddeld. In onderstaande tabel vergelijken wij de gemiddelde scores met en zonder de inbreng van de externe projectleider.

[tabel, niet overgenomen, Commissie]

Uit bovenstaande blijkt dat de impact van de score van de externe projectleider op het gemiddelde minimaal is geweest. Zo er al een invloed is van de beoordeling van de externe projectleider, betreft dit een matigend effect op het verschil. Door hem te excluderen uit de gemiddelde score, daalt de fictieve aftrek van [Ondernemer] relatief bijna twee keer zoveel als die van [Ondernemer K], al gaat het daarbij in absolute zin om een gering verschil. Met andere woorden, zijn voorkeur voor [Ondernemer K] ten opzichte van [Ondernemer] is iets minder afgetekend dan gemiddeld.

Tot slot hebben de leden van de beoordelingscommissie in vrije tekstvelden commentaar kunnen geven op de aanbiedingen. Aan de hand van deze vrije tekst is een globale analyse gemaakt. Hieruit komen – door bijvoorbeeld overeenkomstige woordkeuze – geen aanwijzingen naar voren dat er sprake is geweest van onderlinge afstemming.

Hierop is één uitzondering en dat betreft de score en beoordeling van vraag 4. Dit betreft een vraag over de beschrijving van de koppeling tussen de aangeboden roosterapplicatie en de ICT-infrastructuur c.q. de service bus van [Aanbesteder]. Vanwege het specifieke technische kennisdomein dat noodzakelijk is voor de beoordeling van de antwoorden op deze vraag, is voor deze vraag gekozen voor een alternatieve methode van beoordelen. Uit de interviews werd bekend dat voor deze vraag de inbreng van een deskundige van buiten de beoordelingscommissie leidend is geweest en dat alle leden van de commissie deze score hebben overgenomen. Deze vraag heeft overigens geen onderscheidende waarde gehad in het eindresultaat omdat de scores voor beide partijen gelijk zijn uitgevallen.

3. Conclusie

[A] is gevraagd antwoord te geven op de volgende onderzoeksvragen:

1. Welke relatie bestaat er feitelijk tussen de externe projectleider en de (voorlopige) winnaar van de aanbesteding, [Ondernemer K], en hoe is deze relatie volgens [A] te duiden?
2. Is aannemelijk dat die relatie invloed heeft gehad op de beoordeling?

3.1 Vraag 1 – relatie externe Projectleider [Ondernemer K]

Vastgesteld is dat de externe projectleider (...) een direct belang heeft bij [Ondernemer M], dat de software [Product N] produceert. Hij houdt via zijn persoonlijke BV 32% van de aandelen in [Ondernemer M], en hij is ook inhoudelijk en operationeel betrokken bij deze onderneming. Bij [Aanbesteder] was dit gegeven bekend bij de programmamanager onderwijs logistiek, de programmamanager. De externe projectleider is hierover transparant geweest vanaf het moment dat hij door [Aanbesteder] is ingehuurd.

De senior inkoper, die namens de afdeling Inkoop bij de aanbesteding roostersoftware was betrokken, verklaart niet van dit belang van de externe projectleider op de hoogte te zijn geweest tot het moment dat [Ondernemer] hiervan melding maakte bij [zijn] bezwaar tegen de aanbestedingsprocedure. [Ondernemer] zelf verklaart pas sinds april jl. op de hoogte te zijn geweest van het belang van de externe projectleider bij [Ondernemer M] en [Product N].

Uit het onderzoek komt naar voren dat er tussen [Ondernemer M] en [Ondernemer K] een commerciële relatie bestaat. Vast staat dat deze partijen operationeel samenwerken bij één klant ([Aanbestedende dienst D]) en onder meer naar aanleiding van dit contact in consortium hebben opgetrokken bij in ieder geval twee aanbestedingen ([Aanbestedende dienst B] in 2018 en [Aanbestedende dienst C] in 2019). Bij de aanbesteding voor [Aanbestedende dienst B] heeft de externe projectleider naar eigen zeggen nog actief meegewerkt met de inschrijving, maar bij de aanbesteding voor [Aanbestedende dienst C] heeft hij naar eigen zeggen bewust afstand gehouden 'om de schijn van belangenverstrengeling te vermijden'. Kennelijk voelde hij zelf al aan dat dit zou kunnen wringen met zijn rol in de aanbesteding van de roostersoftware bij [Aanbesteder].

Ook zijn collega's bij [Aanbesteder] erkennen dat zijn commerciële band met een van de aanbiedende partijen voor de roostersoftware ongemakkelijk voelt. Zij waren hiervan niet op de hoogte totdat zij dit vernamen via [Ondernemer], en hadden dit graag willen weten bij de overweging om de externe projectleider bij de aanbesteding de rol toe te kennen die hij nu heeft gehad.

Concluderend zijn wij van oordeel dat het aannemelijk is dat de externe projectleider een persoonlijk zakelijk belang heeft dat raakt aan de commerciële belangen van [Ondernemer K], een van de aanbiedende partijen bij de aanbesteding voor roostersoftware. Over het eerste deel – zijn persoonlijke belang bij [Ondernemer M] en [Product N] – is hij transparant geweest, in ieder geval naar [Aanbesteder]. Over dat tweede deel – zijn indirecte belang bij [Ondernemer K] – is tijdens het onderhavige aanbestedingsproces stukje bij beetje de informatie naar boven gekomen. [Ondernemer] wist sinds april van de betrokkenheid van de externe projectleider bij [Ondernemer M], en wist dus ook dat er via die route een link bestond tussen de externe projectleider en [Ondernemer K]. Tegen de combinatie [Ondernemer M]/[Ondernemer K] waren zij immers in de zomer van 2018 in concurrentie getreden bij de aanbesteding voor [Aanbestedende dienst B]. Naar eigen zeggen waren zij er echter niet van op de hoogte dat de externe projectleider bij de aanbesteding voor de roostersoftware een rol zou hebben in de beoordelingscommissie.

In aansluiting met Artikel 1.10b, lid 2 Aanbestedingswet stellen wij vast dat de externe projectleider betrokken is geweest bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure en invloed heeft kunnen hebben op het resultaat van deze procedure. Hij heeft voorts een indirect, economisch of ander persoonlijk belang dat geacht kan worden zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze procedure in het gedrang te brengen.

3.2 Vraag 2 – invloed op de beoordeling

Nu ligt de vraag voor of de zakelijke relatie tussen de externe projectleider en [Ondernemer K] effect heeft gehad op de uiteindelijke selectie. Uit het onderzoek zijn geen aanwijzingen bekend geworden dat dit het geval is.

Geen van de geïnterviewde personen geeft aan dat de externe projectleider tijdens de aanbestedingsprocedure oneigenlijke invloed heeft uitgeoefend. Bij het

formuleren van vragen en de weging daarvan is er sprake geweest van voldoende balans tussen de input van de externe projectleider en die van andere commissieleden, de afdeling inkoop, de proceseigenaar en de programmanager. Wij achten het niet aannemelijk dat de externe projectleider doorslaggevende invloed heeft kunnen uitoefenen op dit deel van het proces. Ook bij het samenstellen van de beoordelingscommissie heeft hij naar ons oordeel geen doorslaggevende invloed gehad.

Met betrekking tot het invullen van de beoordelingen en het toekennen van de scores heeft het onderzoek geen aanwijzingen opgeleverd dat de externe projectleider heeft getracht zijn mede-commissieleden te beïnvloeden. Uit de verklaringen van de geïnterviewde commissieleden komt naar voren dat zij zelfstandig hun scores en beoordelingen hebben ingevuld. Hoewel de scores van de verschillende leden onderling redelijk consistent waren, konden wij uit de vrije tekstvelden in de beoordelingsformulieren opmaken dat ieder hierin kennelijk zijn of haar eigen afwegingen had gemaakt.

Uit een analyse van de scores van de leden van de beoordelingscommissie en de impact van de scores van de externe projectleider blijkt dat zijn scores zeer dicht bij het gemiddelde zaten. Indien zijn scores bij de beoordeling buiten beschouwing zouden worden gelaten, zou het verschil in de vergelijkingsprijzen zich zelfs nog sterker (zij het gering) hebben afgetekend in het voordeel van [Ondernemer K]. Gezien het grote verschil tussen de inschrijfprijzen van [Ondernemer K] en [Ondernemer] achten wij het zeer onwaarschijnlijk dat de externe projectleider dit zou hebben kunnen overbruggen door op een oneigenlijke of onzuivere manier zijn invloed uit te oefenen op het aanbestedingsproces. Met andere woorden, het conflicterende belang van de externe projectleider en zijn rol bij de aanbesteding, hebben naar ons oordeel niet geleid tot een materieel afwijkend resultaat c.q. oneigenlijke bevoordeling van een van de partijen.'

- 1.9. Aanbesteder heeft ondernemer bij brief van 9 oktober 2019 laten weten de gunningsbeslissing te handhaven.

'(...) In uw bezwaar verzoekt u [Aanbesteder] onderzoek te doen naar mogelijke belangenverstremming van de externe projectleider.

Op grond van artikel 1.10b Aanbestedingswet heeft [Aanbesteder] passende maatregelen getroffen om een eventueel belangenconflict nader te onderzoeken. Hiervoor is aan een onafhankelijk integriteitsbureau, [A], opdracht gegeven om nader onderzoek te doen. [A] heeft de afgelopen weken onderzoek gedaan naar de rol van de externe projectleider in onderhavige aanbestedingsprocedure in het licht van een mogelijke belangenverstremming en/of mogelijke oneigenlijke beïnvloeding op deze aanbesteding.

Het onderzoek heeft laten zien dat de externe projectleider een persoonlijk zakelijke relatie heeft met [Ondernemer M] die mogelijk de commerciële belangen van [Ondernemer K] kunnen raken. Voorts zijn uit het onderzoek geen aanwijzingen naar voren gekomen dat de externe projectleider op oneigenlijke wijze invloed heeft uitgeoefend op de onderhavige aanbestedingsprocedure.

Derhalve zal [Aanbesteder] [zijn] voorlopige gunningsbeslissing in stand houden. Ter ondersteuning van dit besluit hierbij de relevante passages uit het rapport van [A].

(...)

Aangaande de prijzen merkt [Aanbesteder] op dat de ingediende prijzen gedurende de beoordelingsfase alleen voor de betreffende Inkoper bekend waren en niet voor het beoordelingsteam van de vragen.

(...)'

- 1.10. De advocaat van ondernemer heeft aanbesteder bij brief van 21 oktober 2019 gemotiveerd verzocht om tot intrekking van de gunningsbeslissing ten gunste van ondernemer K over te gaan en de opdracht te gunnen aan ondernemer dan wel tot heraanbesteding te besluiten.
- 1.11. Ondernemer heeft vervolgens op 28 oktober 2019 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder.
- 1.12. Het klachtenmeldpunt heeft op 20 november 2019 het volgende advies uitgebracht naar aanleiding van de klacht:

`(...)

Klachten [Ondernemer]

9 [Ondernemer] heeft drie klachten aan het Klachtenmeldpunt voorgelegd. De klachten komen kort gezegd op het volgende neer.

Klacht 1

10 Blijkens de eerste klacht moet volgens [Ondernemer] worden vastgesteld dat [Aanbesteder zijn] integriteitsbeleid/protocollen in het licht van art. 1.10b lid 1 Aw onvoldoende zorgvuldig heeft vormgegeven. Bij een adequaat en zorgvuldig opgesteld (en toegepast) Integriteitsbeleid van [Aanbesteder] zou een belangenconflict als het onderhavige voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure in beeld moeten zijn gekomen. [Aanbesteder] had daar dan naar kunnen handelen. In het stadium waarin de aanbestedingsprocedure zich nu bevindt kunnen de gebreken niet meer worden hersteld. Volgens [Ondernemer] heeft dat tot gevolg dat geen rechtmatige definitieve gunningsbeslissing ten gunste van [Ondernemer K] kan worden genomen zodat de voorlopige gunningsbeslissing moet worden ingetrokken en [Aanbesteder] dient over te gaan tot gunning van de opdracht aan [Ondernemer] of tot intrekking van de aanbesteding om de opdracht vervolgens opnieuw aan te besteden.

Klacht 2

11 Met de inschakeling van de externe projectleider is volgens [Ondernemer] een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b lid 2 Aw ontstaan. Waar niet met zekerheid kan worden uitgesloten dat door dat belangenconflict bewust of onbewust een beïnvloeding van eisen, voorwaarden, gunningscriteria of andere aanbestedingsmodaliteiten alsmede het beoordelingsproces en daarmee het beoordelingsresultaat ten gunste van [Ondernemer K] heeft plaatsgevonden is uitsluiting van [Ondernemer K] reeds aan de orde. Bovendien blijkt volgens [Ondernemer] uit het rapport niet dat de positie en rol van [Ondernemer K] in relatie tot het door [A] vastgestelde belangenconflict bij het onderzoek is betrokken zodat het onderzoek niet als grondslag kan dienen voor de in het rapport getrokken conclusie dat geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen waaruit blijkt dat de externe projectleider op oneigenlijke wijze invloed heeft uitgeoefend op de onderhavige aanbestedingsprocedure. Gelet hierop dient [Aanbesteder] naar het oordeel van [Ondernemer] de gunningsbeslissing ten gunste van [Ondernemer K] in te trekken en [Ondernemer K] uit te sluiten van de aanbesteding.

Klacht 3

12 Ten onrechte heeft [Aanbesteder] [Ondernemer K] niet uitgesloten van de aanbesteding vanwege toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden 'Belangenconflict' en 'Valse verklaring'.

[Aanbesteder] dient hiertoe alsnog over te gaan.

(...)

14 De klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Behandeling van de klachten

15 De klachten zijn allen gebaseerd op de conclusie van [A] dat sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aanbestedingswet. In antwoord op de eerste onderzoeksvraag concludeert [A] in de laatste alinea van paragraaf 3.1:

"In aansluiting met Artikel 1.10b, lid 2 Aanbestedingswet stellen wij vast dat de externe projectleider betrokken is geweest bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure en invloed heeft kunnen hebben op het resultaat van deze procedure. Hij heeft voorts een indirect, economisch of ander persoonlijk belang dat geacht kan worden zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze procedure in het gedrang te brengen."

Het KMP [*het klachtenmeldpunt, Commissie*] volgt die conclusie uit het rapport van [A] niet. Ter toelichting het volgende.

16 Op grond van artikel 1.10b lid 2 Aw wordt onder een belangenverstrengeling de situatie verstaan waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst 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.

17 Onder paragraaf 2.2 van haar rapport heeft [A] geconstateerd dat de externe projectleider aandeelhouder en bestuurder is van [Ondernemer P]. Die vennootschap is 32% aandeelhouder en een van de drie bestuurders van [Ondernemer M].

18 [A] heeft voorts in haar rapport opgenomen [Ondernemer M] en [Ondernemer K] elkaar kennen via een gezamenlijke klant, [Aanbestedende dienst D]. [Aanbestedende dienst D] maakt sinds 2014 gebruik van het door [Ondernemer M] ontwikkelde softwareprogramma [Product N].

[Ondernemer K] heeft in 2017 de door [Aanbestedende dienst D] georganiseerde aanbesteding voor roostersoftware gewonnen. Tussen beide applicaties is vervolgens een aansluiting gerealiseerd. Daarbij was de externe projectleider zelf niet betrokken, zo constateert [A].

19 Voorts beschrijft [A] dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] in juni/juli 2018 gezamenlijk hebben ingeschreven op een aanbesteding van [Aanbestedende dienst B] die zij overigens niet hebben gewonnen, zodat zij daarin niet verder hebben samengewerkt.

Verder loopt sinds mei 2019 een selectietraject voor [Aanbestedende dienst C] waarin [Ondernemer M] en [Ondernemer K] in combinatie meedingen. De externe projectleider is bij die aanbesteding niet inhoudelijk betrokken.

20 Dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] "sinds enige jaren een innige commerciële relatie hebben" en dat zij "onder meer" bij de aanbestedingen van

[Aanbestedende dienst B] in 2018 en [Aanbestedende dienst C]" hebben ingeschreven zoals [Ondernemer] stelt (...), blijkt niet uit het [rapport van A].

21 [A] heeft, zo vervolgt zij haar rapport, in open bronnen geen aanwijzingen gevonden van belangen tussen [Ondernemer M] en [Ondernemer K] en/of de aan deze onderneming gelieerde functionarissen.

22 Kortom, [A] constateert niets meer dan dat de vennootschappen [M] en [K] elkaar kennen omdat zij beide voor [Aanbestedende dienst D] werk(t)en (zonder dat de externe projectleider daar overigens zelf inhoudelijk bij betrokken was) en dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] twee keer gezamenlijk op een aanbesteding hebben ingeschreven, waar de externe projectleider de tweede keer evenmin inhoudelijk bij was betrokken.

23 Dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] elkaar kennen en dat zij samen op twee aanbestedingen hebben ingeschreven is onvoldoende om aan te nemen dat de externe projectleider een direct of indirect financieel, economisch of andere persoonlijke belang heeft dat zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze aanbesteding in het gedrang zou kunnen hebben gebracht. [A] heeft verder geen aanwijzingen gevonden van belangen tussen [Ondernemer M] en [Ondernemer K] en/of de aan deze onderneming gelieerde functionarissen. Bij die stand van zaken bestaat geen aanleiding [Ondernemer K] nog afzonderlijk bij het onderzoek te betrekken.

24 Naar het oordeel van het KMP is dan ook niet aangetoond dat sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aanbestedingswet. Uitsluiting van [Ondernemer K] om die reden (klacht 2) is dan ook niet aan de orde.

25 Dat geen sprake is van een *belangenverstremgeling [bedoeld zal zijn: belangenconflict, Commissie]* in de zin van artikel 1.10b Aanbestedingswet is in overeenstemming met de conclusie van [A] dat geen aanwijzingen bekend zijn geworden waaruit blijkt dat de externe projectleider op een onzuivere of oneigenlijke manier invloed heeft uitgeoefend op het aanbestedingsproces. Ook dat leidt tot de conclusie dat uitsluiting van [Ondernemer K] (klacht 2) niet aan de orde is.

26 Wat klacht 1 betreft heeft [Aanbesteder] naar zeggen van [Ondernemer] reeds aangegeven dat [hij] in de toekomst de leden van de beoordelingscommissie zal vragen of zij vrij zijn van belangen die een probleem kunnen opleveren bij de aanbesteding. Die vraag zal aan alle bij een aanbesteding betrokkenen moeten worden gesteld. In het onderhavige geval is als gezegd echter geen sprake van een belangenverstremgeling zodat bij deze klacht in deze aanbesteding geen belang bestaat.

27 Waar geen sprake is van een belangenverstremgeling kan niet worden vastgesteld dat [Ondernemer K] ten onrechte niet in [zijn] UEA heeft verklaard dat sprake is van een belangenverstremgeling en [hij] om die reden van de aanbesteding zou moeten worden uitgesloten (klacht 3).

28 Het KMP acht de drie klachten dan ook ongegrond.

29 Ten overvloede merkt het KMP op dat in de brief van 9 oktober 2019 ten onrechte is opgenomen dat de externe projectleider een persoonlijk zakelijke relatie heeft met [Ondernemer M] die mogelijk de commerciële belangen van [Ondernemer K] kunnen raken. Het KMP geeft de afdeling Inkoop in overweging terug te komen op die passage in die zin dat onvoldoende grond bestaat om aan te nemen dat de externe projectleider een direct of indirect financieel, economisch of andere persoonlijke belang heeft dat zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze aanbesteding in het gedrang zou kunnen hebben gebracht. (...)'

- 1.13. Vervolgens heeft aanbesteder op 20 november 2019 de volgende brief aan ondernemer gezonden met als onderwerp '2e Gunningsbrief'.

'In de aanbesteding roostersoftware heeft uw advocaat op 28 oktober 2019 drie klachten ingediend bij het Klachtenmeldpunt van [Aanbesteder]. Vandaag zijn uw klachten ongegrond verklaard. Ik verwijs u naar bijgaand advies van het Klachtenmeldpunt.

In het advies overweegt het Klachtenmeldpunt onder andere dat het feit dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] elkaar kennen en dat zij samen op twee aanbestedingen hebben ingeschreven onvoldoende is om aan te nemen dat de externe projectleider een direct of indirect financieel, economisch of andere persoonlijke belang heeft dat zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze aanbesteding in het gedrang zou kunnen hebben gebracht (overweging 23). In die zin volgt het Klachtenmeldpunt de conclusie uit paragraaf 3.1 van het [rapport van A] niet.

Langs die lijn heeft het Klachtenmeldpunt voorts geconstateerd dat in de brief van 9 oktober 2019 ten onrechte is opgenomen dat de externe projectleider een persoonlijk zakelijke relatie heeft met [Ondernemer M] die mogelijk de commerciële belangen van [Ondernemer K] zou kunnen raken. Het Klachtenmeldpunt heeft de afdeling inkoop in overweging gegeven terug te komen op die passage (overweging 29).

[Aanbesteder] is het eens met de overwegingen van het Klachtenmeldpunt, neemt die over en volgt diens advies. Dat betekent dat [Aanbesteder] op die basis de beslissing van 9 oktober 2019 intrekt en hierbij opnieuw besluit de voorgenomen gunning aan [Ondernemer K] van 18 juni 2019 te handhaven. Daartoe is redengevend dat er onvoldoende grond bestaat om aan te nemen dat de externe projectleider een direct of indirect financieel, economisch of andere persoonlijke belang heeft dat zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze aanbesteding in het gedrang zou kunnen hebben gebracht en dat, om de in mijn beslissing van 9 oktober 2019 genoemde redenen, geen aanwijzingen bekend zijn geworden waaruit blijkt dat de externe projectleider op een onzuivere of oneigenlijke manier invloed heeft uitgeoefend op het aanbestedingsproces.

(...)'

- 1.14. Daarop heeft de advocaat van ondernemer in een e-mail van 25 november 2019 aan de advocaat van aanbesteder de volgende vragen gesteld.

'(...)

[Ondernemer] verzoekt [Aanbesteder] hierbij dan ook om [zijn] (gewijzigde) standpunt bij brief van 20 november 2019 dat in casu geen sprake is geweest van een belangenconflict in de zin van art. 1.10b lid 2 Aw omdat hiertoe *onvoldoende* zou zijn dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] elkaar kennen en samen hebben ingeschreven op aanbestedingen, nader toe te lichten en te onderbouwen. Waarom is dit naar het oordeel van [Aanbesteder] onvoldoende? In dit verband verneemt [Ondernemer] ook graag of [Aanbesteder] in het kader van (de totstandkoming van) [zijn] gewijzigde standpunt nieuw (aanvullend) onderzoek heeft verricht en zo ja wat dit nieuwe onderzoek dan heeft ingehouden. En zo nee, of het KMP in het kader van haar advies dan nieuw (aanvullend) onderzoek heeft verricht alsmede of het KMP in het licht van haar standpunt dat in casu geen sprake is geweest van een belangenconflict enkel kennis heeft genomen van het [rapport van A] of ook van de aan het [rapport van A] ten grondslag liggende documenten (waaronder de diverse interviewverslagen met betrokkenen).

Gelet op het feit dat [Aanbesteder] zich thans op het standpunt stelt dat in casu geen sprake is geweest van een belangenconflict in voormelde zin, verzoekt [Ondernemer] om toezending van alle interviewverslagen (in het bijzonder het interviewverslag van [H]) die ten grondslag hebben gelegen aan het [rapport van A] van 27 september 2019, zodat [Ondernemer] [zijn] (juridische) positie in onderhavige kwestie nader kan bepalen.

(...)'

- 1.15. De advocaat van aanbesteder heeft de advocaat van ondernemer in een e-mail van 28 november 2019 als volgt geantwoord.

'In opdracht van [Aanbesteder] heeft [A] onderzoek verricht naar de feitelijke relatie tussen de externe projectleider en [Ondernemer K]. De uitkomst van dat onderzoek is dat de vennootschappen [Ondernemer M] en [Ondernemer K] elkaar kennen omdat zij eerder beide voor [aanbestedende dienst D] werkten en dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] twee keer gezamenlijk op een aanbesteding hebben ingeschreven. Overigens zijn door [A] geen belangen geconstateerd, zo is expliciet in het rapport opgenomen. Hiermee is volgens het KMP niet aangetoond dat de externe projectleider een direct of indirect financieel, economisch of andere persoonlijke belang heeft dat zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze aanbesteding in het gedrang zou kunnen hebben gebracht.

Het KMP heeft dit uitgebreid onderbouwd in de overwegingen 16 t/m 24 van haar advies. [Aanbesteder] heeft in [zijn] brief van 20 november 2019 deze overwegingen overgenomen. Dat sprake is van een onvoldoende motivering kan [Aanbesteder] dan ook niet volgen.

Er is geen reden om aan te nemen dat het [rapport van A] geen compleet beeld geeft van de feitelijke relatie tussen externe projectleider en [Ondernemer K]; u concretiseert dat ook niet. Bij die stand van zaken is aanvullend onderzoek niet nodig. De interviewverslagen die in het [rapport van A] worden genoemd zijn niet aan [Aanbesteder] verstrekt (uitsluitend aan de geïnterviewden personen), zodat [Aanbesteder] die niet aan [Ondernemer] kan geven. [Aanbesteder] ziet daartoe overigens ook geen reden.

(...)'

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

Aanbesteder stelt zich ten onrechte op het standpunt dat er geen sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012.

2.2. Klachtonderdeel 2

Aanbesteder heeft verzuimd passende maatregelen te treffen in de zin van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012.

2.3. Klachtonderdeel 3

Aanbesteder heeft naar aanleiding van het belangenconflict ten onrechte nagelaten de aanbestedingsprocedure te beëindigen of ondernemer K uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure.

2.4. Klachtonderdeel 4

Aanbesteder heeft ten onrechte ondernemer K niet uitgesloten van de aanbesteding vanwege toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument belangenconflict en valse verklaring.

3. Onderbouwing klacht

3.1. De klachtonderdelen zien in de kern op de beslissing van aanbesteder om de voorgenomen gunning aan ondernemer K te handhaven (zie de brief van 20 november 2019 in 1.13 hiervoor).

3.2. Klachtonderdeel 1

3.2.1. Aanbesteder stelt zich in de brief van 20 november 2019 (zie 1.13 hiervoor) (voor het eerst) op het standpunt dat er met betrekking tot onderhavige aanbestedingsprocedure géén sprake is van een belangenconflict in de zin van art. 1.10b lid 2 Aw. Naar de mening van ondernemer is dit standpunt onjuist.

3.2.2. Aanbesteder wijkt met dit standpunt af van de conclusie in het rapport van A, waaruit juist volgt dat A van oordeel is dat er ten aanzien van de externe projectleider wel degelijk sprake is van een belangenconflict in de zin van art. 1.10b lid 2 Aw. Ook komt aanbesteder daarmee terug op zijn mededeling aan ondernemer bij brief van 9 oktober 2019 (zie 1.9 hiervoor) waarin eveneens wordt vermeld, onder verwijzing naar het rapport van A, dat de externe projectleider een persoonlijk zakelijke relatie heeft met ondernemer M die mogelijk de commerciële belangen van ondernemer K kan raken.

3.2.3. De motivering van aanbesteder bij brief van 20 november 2019 waarom hij thans van oordeel is dat er géén sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, lid 2, Aw 2012 komt er in de kern op neer dat het feit dat (de ondernemers) M en K elkaar kennen en dat zij samen op twee aanbestedingen hebben ingeschreven onvoldoende is om aan te nemen dat de externe projectleider een direct of indirect financieel, economisch of ander persoonlijk belang heeft dat zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze aanbesteding in het gedrang zou kunnen gebracht. Daarbij sluit aanbesteder dus aan bij het advies van het klachtenmeldpunt, zonder enige nadere motivering te geven, anders dan hetgeen is vermeld in voornoemd advies.

3.2.4. Naar de mening van ondernemer zijn de navolgende feiten en omstandigheden zonder meer (ruim) voldoende, in samenhang beschouwd, voor de vaststelling dat er met betrekking tot H (als externe projectleider bij aanbesteder) in casu wél degelijk sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, lid 2, Aw 2012.

a. Binnen het hoger beroepsonderwijs hebben vrijwel alle aanbestedingen en selectietrajecten van de afgelopen jaren betrekking gehad op het selecteren van een integrale applicatie voor plannen én roosteren. In dat kader geeft ondernemer zes voorbeelden. Voor universiteiten is het gebruikelijker dat de opdracht alleen betrekking heeft op de levering van roostersoftware. De onderhavige aanbesteding van aanbesteder, waarbij onderwerp van de opdracht enkel de aanschaf van een roosterapplicatie is geweest, is dus binnen het hoger beroepsonderwijs uitzonderlijk.

b. Ondernemer M en ondernemer K kunnen allebei niet zelfstandig met succes inschrijven op opdrachten voor een integrale applicatie voor plannen én roosteren.

Ondernemer M heeft namelijk een product (product N) dat beschikt over planningsfunctionaliteiten, maar ondernemer M beschikt niet over een roosterapplicatie. Ondernemer K beschikt daarentegen met zijn product (product L) over een roosterapplicatie, maar weer niet over planningsfunctionaliteiten. Voor het succesvol kunnen inschrijven op aanbestedingen voor een integrale applicatie hebben ondernemers M en K elkaar dus zonder meer nodig. De externe projectleider, H, verklaart in dit verband met betrekking tot de aanbesteding van aanbestedende dienst B in 2018 in het kader van het rapport van A: 'het betrof volgens de externe projectleider een onderwijslogistiek proces waarbij [Ondernemer M] het curriculum en onderwijscatalogus moest afdekken, omdat [Ondernemer K] dat zelf niet kon'.

c. Ondernemers M en K hebben sinds enige jaren een evidente commerciële afhankelijkheidsrelatie, waarbij zij in een onderlinge relatie meedingen op Europese en onderhandse aanbestedingen, onder meer op de aanbestedingen van aanbestedende dienst B en aanbestedende dienst C. De opdracht van aanbestedende dienst B is reeds gegund aan ondernemer. Aanbestedende dienst C heeft nog geen gunningsbeslissing genomen.

d. Tot op heden hebben ondernemers M en K afzonderlijk noch gezamenlijk opdrachten voor een integrale applicatie voor plannen én roosteren binnengehaald.

e. Voor zover ondernemer bekend heeft ondernemer M tot op heden ook geen opdrachten voor de levering van een planningsapplicatie binnen het hoger beroeps-onderwijs binnengehaald. Ondernemer K heeft in het hoger beroepsonderwijs enkel een opdracht voor de levering van een roosterapplicatie (voorlopig) gegund gekregen van aanbestedder. Voorts heeft ondernemer K een opdracht gegund gekregen van aanbestedende dienst D voor de levering van een roosterapplicatie. Voor het overige heeft ondernemer K geen overheidsopdrachten voor de levering van roosterapplicaties gegund gekregen (althans niet in concurrentiestelling).

f. Zowel ondernemer M als ondernemer K hebben er volgens ondernemer dan ook (groot) belang bij om meer referentieopdrachten te verkrijgen inzake respectievelijk opdrachten voor applicaties voor enerzijds planning en anderzijds roosterapplicaties, nu dit immers niet alleen hun kansen zal vergroten bij het verkrijgen van (afzonderlijke) opdrachten voor planningsapplicaties en roosterapplicaties, maar ook voor opdrachten voor een integrale applicatie voor plannen én roosteren, waarbij in de regel ook referentieopdrachten zullen worden gevraagd, althans kunnen worden gevraagd en in welk verband ook (afzonderlijk behaalde) referenties van ondernemer K en ondernemer M relevant kunnen zijn.

g. Naar de mening van ondernemer is het dan ook evident dat wanneer ondernemer K meer opdrachten gegund krijgt voor de levering van een roosterapplicatie, zoals dus de (voorlopig gegunde) opdracht van aanbestedder, een dergelijke referentieopdracht bij het gezamenlijk inschrijven op aanbestedingen voor een integrale applicatie de kans op het binnenvallen van een dergelijke opdracht zal kunnen vergroten. Daarmee is ook het financieel en economisch belang van ondernemer M gegeven bij het door ondernemer K succesvol binnenvallen van opdrachten voor roosterapplicaties, zoals onderhavige opdracht van aanbestedder. Met meer omzet en meer referenties zijn de kansen van ondernemer M bij toekomstige aanbestedingen voor opdrachten voor integrale applicaties voor roosteren én plannen groter, waarbij ondernemer M en ondernemer K gezamenlijk (kunnen) optrekken.

h. H is 100% aandeelhouder en enige bestuurder van ondernemer P. Ondernemer P is voor 32% aandeelhouder in ondernemer M en is één van de drie bestuurders van ondernemer M. Alle drie de bestuurders zijn zelfstandig bevoegd. H is dus via ondernemer P (mede) aandeelhouder en bestuurder van ondernemer M. H is ook daadwerkelijk inhoudelijk en operationeel betrokken bij ondernemer M. H heeft dan ook (in ieder geval) een (in)direct economisch en financieel belang bij (succesvolle bedrijfsvoering van) ondernemer M, die het product N produceert. Het feit dat H naar eigen zeggen niet zelf betrokken is geweest bij het opstellen van de inschrijving voor de aanbesteding van aanbestedende dienst C en dit heeft overgelaten aan een collega van hem, laat onverlet dat ondernemer K wel in combinatie

met ondernemer M een inschrijving heeft gedaan en doet geen afbreuk aan voornoemd belang van H als (mede) aandeelhouder en bestuurder bij ondernemer M.

3.2.5. Op basis van het bovenstaande stelt ondernemer zich op het standpunt dat wel degelijk sprake is geweest van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, lid 2, Aw 2012. H is immers direct bij de aanbesteding van aanbesteder betrokken geweest als externe projectleider bij zowel de voorbereiding, de uitvoering van de aanbesteding en de beoordeling van de inschrijvingen van ondernemer en ondernemer K en heeft daarmee ook invloed gehad, althans kunnen hebben op het resultaat van de aanbesteding. De hierboven geschetste belangen van enerzijds H bij ondernemer M (als directeur/bestuurder/aandeelhouder) en anderzijds de (gemeenschappelijke) belangen van ondernemers M en K bij het succesvol kunnen inschrijven op aanbestedingen (in welk verband het verkrijgen van referentieopdrachten zoals van aanbesteder relevant is, althans kan zijn), kunnen de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van H bij de aanbesteding van aanbesteder dan ook in het gedrang brengen.

3.3. Klachtonderdeel 2

3.3.1. In het kader van deze klacht stelt ondernemer voorop dat, anders dan door aanbesteder thans wordt gesteld, in casu wel sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, lid 2, Aw 2012. Gelet hierop heeft ondernemer, anders dan door aanbesteder bij brief van 20 november 2019 (zie 1.13 hiervoor), wordt gesteld, wel degelijk belang bij onderhavige klacht.

3.3.2. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat aanbesteder met betrekking tot onderhavige aanbesteding niet de vereiste passende maatregelen op basis van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012 heeft getroffen. Aanbesteder heeft er ten onrechte geen zorg voor gedragen dat – conform vaste Europese en nationale rechtspraak – binnen de door hem georganiseerde aanbesteding elk risico van willekeur en favoritisme uitgebannen was.

3.3.3. Naar de mening van ondernemer heeft aanbesteder zijn integriteitsbeleid/protocolen in het licht van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012, onvoldoende zorgvuldig vormgegeven. Bij een adequaat en zorgvuldig opgesteld (en toegepast) integriteitsbeleid van aanbesteder zou een belangenconflict als het onderhavige voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure in beeld moeten zijn gekomen en had aanbesteder passend kunnen handelen ten aanzien van de inschakeling en rol van H bij onderhavige aanbesteding. Dit standpunt wordt overigens ook onderschreven door aanbesteder, zo blijkt uit het rapport van A (zie 1.8 hiervoor), nu de senior-inkoper immers heeft verklaard dat aan de leden van de beoordelingscommissie niet wordt gevraagd of zij vrij zijn van belangen die een probleem zouden kunnen opleveren bij de aanbesteding. Dit stond volgens de senior-inkoper niet bij aanbesteder op het netvlies, maar aanbesteder zal dit in de toekomst naar aanleiding van deze affaire wel gaan doen.

3.3.4. Dat aanbesteder anders zou hebben gehandeld ten aanzien van de inschakeling van H indien aanbesteder eerder van het thans vastgestelde belangenconflict zou hebben geweten, blijkt zowel uit de verklaring van de programma-manager, de senior-inkoper en de overige collega's van H bij aanbesteder (zie het rapport van A in 1.8 hiervoor).

3.3.5. Gelet op het stadium waarin de aanbestedingsprocedure thans verkeert (opschortende termijn na de gunningsbeslissing), kan aanbesteder voormelde gebreken in de aanbestedingsprocedure, die voor zijn rekening komen, niet meer herstellen.

3.3.6. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat bij de huidige stand van zaken als gevolg van genoemde fundamentele gebreken in de aanbestedingsprocedure de opdracht niet rechtmatig aan ondernemer K kan worden gegund. Naar de mening van ondernemer dient de voorlopige gunningsbeslissing ten gunste van ondernemer K te worden ingetrokken en dient aanbesteder te besluiten over het vervolg van de aanbesteding, bijvoorbeeld gunning van de opdracht aan ondernemer dan wel intrekking van de aanbesteding en heraanbesteding.

3.4. Klachtonderdeel 3

3.4.1. Ondernemer voert het volgende aan. De handelwijze van aanbesteder heeft tot gevolg gehad dat met de inschakeling door aanbesteder van H als adviseur, extern projectleider en beoordelaar bij onderhavige aanbesteding een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, lid 2, Aw 2012 heeft kunnen ontstaan. Dit belangenconflict is niet tijdig onderkend en ook niet tijdig opgelost. Als gevolg daarvan kan niet met zekerheid worden uitgesloten dat de mededinging bij onderhavige aanbesteding is vervalst ten nadele van ondernemer. Daardoor is de transparantie van de aanbestedingsprocedure niet althans onvoldoende gewaarborgd en is de gelijke behandeling van inschrijvers niet althans onvoldoende verzekerd.

3.4.2. Voor zover aanbesteder het standpunt inneemt, zo lijkt te volgen uit zijn brieven van 9 oktober 2019 en 20 november 2019 (zie 1.9 en 1.13 hiervoor), dat uit het rapport van A zou volgen dat er geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen dat de externe projectleider, H, op onzuivere of oneigenlijke wijze invloed heeft uitgeoefend op de onderhavige aanbestedingsprocedure en gelet hierop de voorlopige gunningsbeslissing van 18 juni 2019 ten gunste van ondernemer K in stand zou kunnen blijven, dan is dit standpunt naar de mening van ondernemer rechtens onjuist. Uitsluiting van K is naar de mening van ondernemer namelijk aan de orde indien niet met zekerheid kan worden uitgesloten (hetgeen ook niet uit het rapport van A blijkt en ook niet door aanbesteder is aangetoond) dat vanwege het vastgestelde belangenconflict bewust of onbewust een beïnvloeding van eisen, voorwaarden, gunningscriteria of andere aanbestedingsmodaliteiten alsmede het beoordelingsproces en daarmee het beoordelingsresultaat heeft plaatsgevonden ten gunste van ondernemer K – en er daarmee een schending van het non-discriminatiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel zou kunnen zijn. Vergelijk in dit verband onder meer Rb. Den Haag (vzr.), 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3647, r.o. 4.4 en Hof Den Haag, 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318, r.o. 4.5.

3.4.3. Bovendien blijkt uit het rapport van A niet dat de positie en rol van ondernemer K in relatie tot het vastgestelde belangenconflict door A op deugdelijke wijze bij het onderzoek is betrokken. A heeft immers geen (interview)vragen gesteld aan ondernemer K en A heeft ondernemer K ook voor het overige niet bij het onderzoek betrokken. In de brief van 20 november 2019 erkent aanbesteder zelfs dat ondernemer K niet bij het door A uitgevoerde onderzoek is betrokken (zie 1.13 hiervoor). Gelet op het hiervoor in klachtonderdeel 1 beschreven belangenconflict ten aanzien van H die duidelijk de positie van ondernemer K in onderhavige aanbesteding raakt, had A ondernemer K naar de mening van ondernemer bij het onderzoek moeten betrekken, ook gelet op de door aanbesteder in acht te nemen zorgvuldigheid jegens ondernemer. Het onderzoek door A is gelet hierop naar de mening van ondernemer gebrekkig uitgevoerd en kan daarmee niet als (voldoende) deugdelijke grondslag dienen voor de in het rapport van A getrokken conclusie (door aanbesteder onderschreven) dat uit het onderzoek geen aanwijzingen naar voren zijn gekomen dat de externe projectleider op onzuivere of oneigenlijke wijze invloed heeft uitgeoefend op de onderhavige aanbestedingsprocedure/het aanbestedingsproces.

3.4.4. Gelet op het voorgaande dient aanbestedder naar de mening van ondernemer de gunningsbeslissing ten gunste van ondernemer K in te trekken en ondernemer K uit te sluiten van de aanbesteding.

3.5. Klachtonderdeel 4

3.5.1. Naar aanleiding van dit klachtonderdeel heeft het klachtenmeldpunt van aanbestedder enkel gesteld (en dit is overgenomen door aanbestedder), dat waar geen sprake is van een belangenverstrengeling niet kan worden vastgesteld dat ondernemer K ten onrechte niet in zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument heeft verklaard dat sprake is van een belangenverstrengeling (belangenconflict) en hij om die reden zou moeten worden uitgesloten (klacht 3 bij het klachtenmeldpunt).

3.5.2. Naar de mening van ondernemer is allereerst wel sprake van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, lid 2, Aw 2012 (zie klachtonderdeel 1). Gelet op hetgeen ondernemer verder in het kader van klachtonderdelen 2, 3 en 4 heeft aangevoerd, heeft aanbestedder ondernemer K ten onrechte niet uitgesloten van de aanbesteding vanwege toepasselijkheid van de uitsluitingsgronden belangenconflict en valse verklaring. Aanbestedder dient hiertoe alsnog over te gaan.

3.5.3. Aangenomen moet worden dat ondernemer K in het door hem bij inschrijving ingediende Uniform Europees Aanbestedingsdocument heeft aangegeven dat voormelde twee uitsluitingsgronden niet op hem van toepassing zijn, hetgeen naar het oordeel van ondernemer onjuist is.

3.5.4. Ten aanzien van de uitsluitingsgrond belangenconflict voert ondernemer het volgende aan. In het Uniform Europees Aanbestedingsdocument diende ondernemer K de vraag te beantwoorden of hij zich bewust was van enig belangenconflict als gevolg van zijn deelneming aan de aanbestedingsprocedure van aanbestedder. Het betreft hier een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012.

3.5.5. Aangenomen moet worden dat ondernemer K in het door hem bij inschrijving ingediende Uniform Europees Aanbestedingsdocument bij deze uitsluitingsgrond 'Nee' heeft ingevuld. Mocht dit door aanbestedder worden betwist, dan valt het door ondernemer K in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ter zake vermelde antwoord door de Commissie van Aanbestedingsexperts vrij eenvoudig te controleren door kennisneming van het door ondernemer K ingediende Uniform Europees Aanbestedingsdocument, waarover ondernemer niet beschikt. Dat zou aanbestedder bij eventuele betwisting aan de Commissie van Aanbestedingsexperts ter beschikking dienen te stellen.

3.5.6. Uit het rapport van A blijkt dat ondernemer K en ondernemer M sinds enige jaren een onmiskenbare commerciële relatie hebben. Zij dingen samen mee op Europese en onderhandse aanbestedingen voor roostersoftware, onder meer bij aanbestedingen van aanbestedende dienst B in 2018 en aanbestedende dienst C in mei 2019. Ondernemer M levert in dit verband product N voor curriculumontwikkeling en onderwijsevaluatie, omdat ondernemer K dit niet kan leveren. Sinds 2018 treden ondernemer M en ondernemer K bij aanbestedingen gezamenlijk op, waarbij een gemeenschappelijk commercieel belang duidelijk aanwezig is. Vanzelfsprekend is ook ondernemer K zich van deze commerciële samenwerkingsrelatie bewust geweest, althans had hij dat moeten zijn.

3.5.7. Uit het rapport van A volgt dat ondernemer K en ondernemer M sinds mei 2019, dus ruimschoots voor de inschrijvingsdatum van de onderhavige aanbesteding (4 juni 2019), in combinatie meedingen op een (onderhandse) aanbesteding van het aanbestedende dienst C. H heeft volgens het rapport van A verklaard dat hij zelf vanuit ondernemer M niet betrokken is geweest bij deze gezamenlijke inschrijving

met ondernemer K, doch dat dit is gedaan door zijn partner/mede-aandeelhouder in ondernemer M. In dit verband wordt door H verklaard dat door hem een bewuste afweging is gemaakt om niet zelf persoonlijk betrokken te zijn bij de gezamenlijke inschrijving met ondernemer K op de aanbesteding van aanbestedende dienst C omdat gelijktijdig zijn werkzaamheden plaatsvonden in het kader van de aanbesteding van aanbesteder en hij in dit verband 'de schijn van belangenverstrengeling' wilde voorkomen. Dat desalniettemin wél sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, lid 2, Aw 2012 is door H ten onrechte niet onderkend. In het rapport van A merkt de senior inkoper van aanbesteder dan ook terecht op dat wanneer hij op de hoogte zou zijn geweest van de relatie tussen ondernemer M (H) en ondernemer K, H niet de rol bij de aanbesteding roostersoftware zou hebben gekregen die hij nu wel heeft gehad en dat H deze relatie op voorhand aan aanbesteder had moeten melden.

- 3.5.8. Gelet op de onmiskenbare commerciële samenwerking tussen ondernemer M en ondernemer K bij het gezamenlijk inschrijven op aanbestedingen en bovenvermelde afweging van H om vanuit ondernemer M niet persoonlijk betrokken te zijn bij de inschrijving samen met ondernemer K op de aanbesteding van aanbestedende dienst C, neemt ondernemer aan dat ondernemer K ruimschoots vóór inschrijvingsdatum (4 juni 2019) van de onderhavige aanbesteding, op de hoogte is geweest (althans behoorde te zijn) van de betrokkenheid en rol van H bij deze aanbestedingsprocedure, alsmede dat gelet hierop sprake was van een belangenconflict zoals bedoeld in de uitsluitingsgrond zoals opgenomen in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument.
- 3.5.9. Gelet hierop had ondernemer K in zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument de vraag over de uitsluitingsgrond belangenconflict dan ook bevestigend moeten beantwoorden en dus moeten invullen dat hij zich bewust was van enig belangenconflict als gevolg van zijn deelneming aan de aanbestedingsprocedure.
- 3.5.10. Vervolgens had aanbesteder kunnen beoordelen of het in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument gemelde belangenconflict al dan niet tot uitsluiting zou moeten leiden.
- 3.5.11. En voor zover aanbesteder het volstrekt onaannemelijke standpunt mocht innemen dat ondernemer K ten tijde van het indienen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument niet op de hoogte zou zijn geweest van de betrokkenheid van H bij onderhavige aanbesteding, hetgeen ondernemer gelet op het bovenstaande betwist, dan was ondernemer K dat in ieder geval ten tijde van de demonstratie van zijn roosterapplicatie op (of omstreeks) 11 juni 2019. Bij de demonstratie heeft H immers als voorzitter van de beoordelingscommissie van aanbesteder ondernemer K ontvangen en de presentatie en demo-omgeving van de applicatie van ondernemer K (mede) beoordeeld. Op dat moment had ondernemer K zich er (in ieder geval) bewust van moeten zijn dat de uitsluitingsgrond 'belangenconflict' op hem van toepassing is en aanbesteder hierover vervolgens terstond moeten informeren, zodat aanbesteder mogelijk nog passende maatregelen in de zin van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012 had kunnen treffen. Ondernemer K heeft dit echter om haar move-rende redenen niet gedaan, hetgeen voor zijn rekening en risico dient te komen.
- 3.5.12. Nu ondernemer K ten onrechte in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument heeft verklaard dat de uitsluitingsgrond belangenconflict niet op hem van toepassing is, althans ter zake zijn antwoord na indiening van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument niet bij aanbesteder heeft gecorrigeerd toen bovengenoemde omstandigheden daartoe zonder meer aanleiding gaven, dient de inschrijving van ondernemer K alsnog op grond van art. 2.87, lid 1, sub e, Aw 2012 te worden uitgesloten. Onder meer de aanbestedingsrechtelijke beginselen van transparantie en gelijke behandeling vereisen dit.

- 3.5.13. Door in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument ten onrechte geen melding te maken van het feit dat de uitsluitingsgrond belangenconflict op hem van toepassing is, althans zijn antwoord in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument niet te corrigeren zoals hierboven is toegelicht, heeft ondernemer K zich voorts schuldig gemaakt aan het afleggen van een valse verklaring zoals bedoeld in artikel 2.87, lid 1, sub h, Aw 2012, aldus ondernemer. Dit dient eveneens tot uitsluiting van ondernemer K van onderhavige aanbestedingsprocedure te leiden, nu aanbesteder deze uitsluitingsgrond in het toepasselijke Uniform Europees Aanbestedingsdocument van toepassing heeft verklaard. Het is in dit verband niet noodzakelijk dat ondernemer K opzettelijk een valse verklaring heeft afgelegd of opzettelijk informatie heeft achtergehouden, een nalatigheid volstaat (vgl. HvJ EU 4 mei 2017, C-387/14, ECLI:EU:C:2017:338, Esaproject).

4. Reactie aanbesteder

- 4.1. De klacht – die uit vier onderdelen bestaat – heeft betrekking op de door aanbesteder gehouden aanbesteding voor de levering van een digitaal systeem ter ondersteuning van het roosteren. Roosteren betreft een deelproces van de totale onderwijs logistieke keten. De totale keten bestaat op hoofdlijnen uit: 1) het ontwikkelen van curriculum, 2) het inzetten van docenten (inzetplanning) en 3) het roosteren van het onderwijsaanbod.
- 4.2. Ter ondersteuning van de inkoop en implementatie van de onderdelen inzetplanning en roosteren heeft aanbesteder een IT-professional willen inhuren onder de tussen aanbesteder en detacheerder ondernemer R gesloten raamovereenkomst voor de inhuur van IT-professionals. Ondernemer R heeft vervolgens H aangeboden.
- 4.3. H heeft aanbesteder allereerst ondersteund bij de selectie van software voor de inzetplanning. In dat verband heeft H vanaf april 2018 tot en met tot april 2019 veelvuldig contact gehad met ondernemer, de leverancier van software voor onder andere inzetplanning. Zo hebben de algemeen directeur en de commercieel directeur van ondernemer op 17 april 2018 een presentatie gegeven over hun product Q aan (onder andere) H. In mei 2018 is vervolgens besloten de opdracht voor inzetplanning onderhands aan ondernemer te gunnen. Daarop hebben H, de algemeen directeur van ondernemer en de commercieel directeur van ondernemer in juni 2018 veelvuldig contact gehad over het afstemmen van het programma van eisen en het implementatieplan. Vervolgens hebben H en een medewerkster van ondernemer gedurende een periode van 10 maanden 2 à 3 keer per week nauw samengewerkt om product Q succesvol bij aanbesteder te implementeren. Ondernemer en H kennen elkaar dus goed door hun intensieve samenwerking. Dat is ook in het rapport van A geconstateerd (zie 1.8 hiervoor):

‘De keuze is gevallen op [Product Q] van [Ondernemer]. In de loop van het schooljaar 2018/2019 is deze software geïmplementeerd bij [Aanbesteder]. Tijdens deze implementatie heeft de externe projectleider namens [Aanbesteder] de rol van projectleider en architect vervuld. Hij trok daarbij nauw op met een medewerker van [Ondernemer] die bij dit project betrokken was.’

- 4.4. In het eerste kwartaal van 2019, toen H en ondernemer nog samenwerkten aan de implementatie van product Q voor de inzetplanning, zijn de voorbereidingen getroffen voor de aanbesteding van roostersoftware. H ondersteunde aanbesteder eveneens bij dit vervolg. Dat was ondernemer ook bekend. Dit kwam meermaals ter sprake tijdens de intensieve samenwerking van H met de medewerkster van ondernemer bij de implementatie van product Q. Bovendien hebben H en de

algemeen directeur van ondernemer op 19 april 2019 een zogenoemde “ronde langs de opleidingen” gelopen om meer informatie te geven over de mogelijkheden die product Q voor aanbesteder heeft en dan met name de rapportagemogelijkheden van product Q waarbij is besproken dat de aanbesteding roosteren werd voorbereid, dat H daarbij betrokken was en dat H er niets inhoudelijk over kon zeggen, behalve dat ondernemer op de hoogte zou worden gebracht zodra de aanbesteding zou worden gepubliceerd. Kortom, ondernemer was ervan op de hoogte dat een aanbesteding roosteren werd voorbereid en dat H daarbij was betrokken. Ondernemer heeft tegen die betrokkenheid van H op dat moment (en tot na de gunningsbeslissing) geen enkel bezwaar geuit.

4.5. Op de aanbesteding roosteren hebben ondernemer K en ondernemer ingeschreven. Vervolgens is de opdracht op 18 juni 2019 gegund aan ondernemer K.

4.6. Ondernemer was gedurende de gehele aanbestedingsprocedure er mee bekend dat H betrokken was bij ondernemer M. Dat H door aanbesteder was ingeschakeld en welke rol hij speelde bij de aanbesteding roosteren was voor ondernemer ook gedurende de hele aanbesteding duidelijk; zij werkten als gezegd immers lange tijd nauw samen. Daarnaast is de markt klein, zoals ondernemer in zijn brief van 26 juni 2019 (zie 1.7 hiervoor) onderkent, zodat hij om die reden op de hoogte moet zijn geweest van de activiteiten van H, ook bij ondernemer M. A schrijft daarover in zijn rapport (zie 1.8 hiervoor):

‘[Ondernemer] wist sinds april van de betrokkenheid van de externe projectleider bij [Ondernemer M], en wist dus ook dat er via die route een link bestond tussen de externe projectleider en [Ondernemer K]. Tegen de combinatie [Ondernemer M]/[Ondernemer K] waren zij immers in de zomer van 2018 in concurrentie getreden bij de aanbesteding voor [aanbestedende dienst B].’

4.7. Voorts is ondernemer op 4 juni 2019 – dus tijdens de aanbesteding maar nog ruim voor de gunningsbeslissing – uitgenodigd een demo van zijn product te geven op locatie van aanbesteder. In die uitnodiging is opgenomen dat hij zal worden opgevangen door H; daaruit bleek natuurlijk dat H bij de aanbesteding betrokken was. Op dat moment heeft ondernemer echter evenmin een vraag gesteld over de betrokkenheid van H, laat staan bezwaar geuit.

4.8. Een inschrijver die ervan overtuigd is dat een bij een aanbesteding betrokkene een belangenconflict zou kunnen hebben, laat natuurlijk direct van zich horen. Ondernemer wachtte echter tot duidelijk werd dat de opdracht niet aan hem werd gegund. Aanbesteder vindt dat dat geen pas geeft. Sterker, zoals uit het arrest Grossmann-air en de daaruit voortvloeiende nationale jurisprudentie volgt, dient een inschrijver zijn klacht in een zo vroeg mogelijk stadium van de aanbesteding aan de orde te stellen, op straffe van verwerking van recht om daar later nog over te klagen. Van inschrijvers mag immers verwacht worden dat zij hun klachten niet eerst tot uiting brengen, als de aanbestedingsprocedure in hun nadeel uitpakt. Naar de mening van aanbesteder dienen de klachten van ondernemer reeds om die reden ongegrond te worden verklaard. In dat kader wijst aanbesteder op de volgende jurisprudentie:

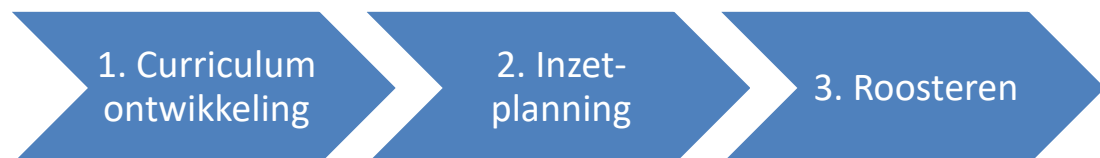
- HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02 (Grossmann Air Service);
- Vزر. Rb. Den Haag 17 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:13433;
- Vزر. Rb. Noord-Holland 17 december 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:5195;
- Vزر. Rb. Midden-Nederland 29 augustus 2019, ECLI:NL:RNMNE:2019:3440;
- Vزر. Rb. Oost-Brabant 17 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4287;
- Vزر. Rb. Amsterdam 8 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2018:7370;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 20 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2652;
- Vزر. Rb. Den Haag 28 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15285;

- Vzr. Rb. Den Haag 27 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7130;
- Vzr. Rb. Den Haag 30 maart 2016 ECLI:NL:RBDHA:2016:3335;
- Vzr. Rb. Den Haag 9 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2523.

- 4.9. Niettemin heeft aanbesteder de brief van ondernemer zorgvuldig willen behandelen. Hij schakelde A in en verzocht op verzoek van ondernemer beantwoording van de volgende twee onderzoeksvragen:
- ‘1. Welke relatie bestaat er feitelijk tussen de externe projectleider en de (voorlopige) winnaar van de aanbesteding, [Ondernemer K], en hoe is deze relatie volgens [A] te duiden?
2. Is aannemelijk dat die relatie invloed heeft gehad op de beoordeling?’
- 4.10. Daarmee werd A om feitelijke constatering gevraagd. De uitkomsten van het onderzoek dienden vervolgens aanbesteder in staat te stellen te beoordelen of sprake is van een belangenverstrengeling en of dat van invloed is geweest op de gunning van de opdracht aan ondernemer K.
- 4.11. Naar aanleiding van de conclusies in het rapport van A heeft aanbesteder de gunning aan ondernemer K gehandhaafd.
- 4.12. Hangende de daaropvolgende klachtenprocedure heeft aanbesteder in alle zorgvuldigheid het sluiten van de overeenkomst met ondernemer K onverplicht aangehouden.
- 4.13. Naar aanleiding van het advies van het klachtenmeldpunt heeft aanbesteder zijn beslissing van 9 oktober 2019 ingetrokken en een nieuwe gunningsbeslissing ten behoeve van ondernemer K genomen. Ondernemer is daarbij opnieuw een rechtsbeschermingstermijn van 20 dagen geboden.
- 4.14. Klachtonderdeel 1
- 4.15. Volgens ondernemer is er met betrekking tot H als externe projectleider bij aanbesteder sprake van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b lid 2 Aw.
- 4.16. H is aandeelhouder en bestuurder van ondernemer P. Die vennootschap is 32% aandeelhouder en één van de drie bestuurders van ondernemer M. Ondernemer M is de ontwikkelaar van het softwareproduct N.
- 4.17. Volgens ondernemer moet worden vastgesteld dat ondernemer M en ondernemer K sinds enige jaren een evidente commerciële afhankelijkheidsrelatie hebben waarbij zij in een onderlinge relatie meedingen op Europese en onderhandse aanbestedingen (zie 3.2.4 onder c hiervoor).
- 4.18. Vrijwel alle aanbestedingen en selectietrajecten van de afgelopen jaren binnen het hoger beroepsonderwijs hebben volgens ondernemer betrekking gehad op het selecteren van een integrale applicatie voor het plannen en roosteren. In dat kader verwijst ondernemer naar zes aanbestedingen van hogescholen (zie 3.2.4 onder a hiervoor).
- 4.19. Op aanbestedingen voor een integrale applicatie voor het plannen en roosteren kunnen ondernemer M en ondernemer K niet zelfstandig inschrijven, maar wel gezamenlijk, aldus ondernemer (zie 3.2.4 onder b hiervoor). H zou (de uitkomst van) de aanbesteding hebben kunnen beïnvloeden waardoor ondernemer K zou kunnen winnen en een referentieopdracht voor roostersoftware zou verkrijgen. Ondernemer M zou daarvan kunnen profiteren indien hij op een toekomstige aanbesteding

voor een integrale inzetplanning- en roosterapplicatie gezamenlijk zou inschrijven met ondernemer K, zo luidt het standpunt van ondernemer (zie 3.2.5 hiervoor).

- 4.20. Dat standpunt kan volgens aanbesteder niet worden gevolgd. Om te beginnen voeren ondernemer M en ondernemer K niet gezamenlijk opdrachten uit waarbij gebruik wordt gemaakt van een integrale oplossing voor inzetplanning en roosteren. Zij hebben dat ook niet eerder gedaan, zoals ondernemer onderkent (zie 3.2.4 onder d hiervoor). Een opdracht voor een integrale inzetplanning- en roosterapplicatie kunnen zij gezamenlijk ook niet uitvoeren. Om dat goed te kunnen uitleggen geeft aanbesteder hierna een korte toelichting op het onderwijsplanningsproces en de verschillende applicaties die verschillende marktpartijen aanbieden.
- 4.21. Het totaal van de planning van het door aanbesteder aangeboden onderwijs wordt de onderwijs logistieke keten genoemd en komt tot stand door drie te onderscheiden stappen.
- 4.22. De eerste stap is de ontwikkeling van het curriculum. Bij die stap wordt het onderwijsaanbod vastgesteld. Welke vakken biedt aanbesteder in welke periode aan, in welke vorm (hoorcollege, werkgroep etc.) en hoe wordt de bij die vakken verkregen kennis getoetst (tentamen, mondeling examen, paper)? Deze componenten zijn bepalend voor de benodigde inzet van docenten.
- 4.23. De tweede stap betreft de inzet van docenten. Welke docent wordt aan welk onderdeel van het vastgestelde curriculum (vak) gekoppeld, wanneer is de docent beschikbaar om colleges en werkgroepen te geven of examens af te nemen en welke extra niet-onderwijstaken verzorgt de docent. Dit betreft de inzetplanning.
- 4.24. Bij de derde stap wordt een locatie (gebouw en collegezaal) en tijdstip aan het door een specifieke docent te geven college, werkgroep of af te nemen examen gekoppeld. Dit betreft de roostering.



- 4.25. Iedere stap wordt door een eigen systeem ondersteund. Voor het opstellen, beheeren en aanpassen van het curriculum (stap 1) maakt aanbesteder thans geen gebruik van een standaard applicatie; hij voert deze werkzaamheden handmatig (met Word, Excel, etc.) uit. De inzetplanning (stap 2) wordt sinds eind 2018/begin 2019 ondersteund door het systeem Q van ondernemer. Die software heeft ondernemer in samenwerking met H bij aanbesteder geïmplementeerd. De onderhavige opdracht betreft alleen de derde stap: het roosteren. Die stap wordt nu nog ondersteund door het product T van ondernemer S. Aanbesteder verwijst in dat kader naar de omschrijving van de opdracht in de leeswijzer in het Aanbestedingsdocument (zie 1.2 hiervoor).
- 4.26. Het product Q van ondernemer bestaat uit twee modules: een module voor de inzetplanning (stap 1) en een module voor het roosteren (stap 2). Van die eerste module maakt aanbesteder als gezegd sinds eind 2018/begin 2019 gebruik. Met de tweede module heeft ondernemer op de onderhavige aanbesteding roosteren ingeschreven.
- 4.27. Ondernemer K levert alleen software - het programma L - voor het roosteren (stap 3).

- 4.28. Het product N van ondernemer M ondersteunt de inzetplanning (stap 2), noch de roosterplanning (stap 3), maar ziet uitsluitend op procesondersteuning bij het ontwikkelen en beheren van het curriculum (stap 1). Als gezegd gebruikt aanbesteder daarvoor zijn eigen handmatige systeem. Dit betekent ook dat het product N van ondernemer M nooit benut kan worden ten behoeve van een inschrijving op een aanbesteding voor een integrale inzetplanning- en roosterapplicatie.
- 4.29. Waar ondernemer M alleen stap 1 ondersteunt en ondernemer K alleen stap 3 kunnen zij niet gezamenlijk inschrijven op opdrachten en integrale opdrachten voor stap 2 (inzetplanning) en stap 3 (roosteren). Geen van beide biedt immers stap 2, de inzetplanning aan. Daarmee heeft ondernemer M er ook geen belang bij dat ondernemer K een referentieopdracht voor roosteren verkrijgt. Ondernemer M en ondernemer K hebben dan ook helemaal niet gezamenlijk ingeschreven op de door ondernemer in 3.2.4 onder a hiervoor bedoelde aanbestedingen.
- 4.30. Een uitzondering hierop vormt de aanbesteding van aanbestedende dienst B. Uit de scopeomschrijving van deze aanbesteding hebben ondernemer M en ondernemer K, zo lichtten zij aanbesteder desgevraagd toe, opgemaakt dat vooral voorzien moest worden in een wijze waarop gegevens over het curriculum goed aan de inzetplanning worden gekoppeld. Het verkrijgen en verwerken van curriculum gegevens is als gezegd de functie van het product N van ondernemer M. Om die reden heeft ondernemer K ondernemer M bij de aanbesteding betrokken. Nog voordat aanbestedende dienst B de gunningsbeslissing had genomen werd dan ook duidelijk dat ondernemer M en ondernemer K de gevraagde oplossing niet zouden kunnen leveren. Zo werd tijdens de presentatie en demo die inschrijvers als onderdeel van hun inschrijving moesten geven al snel duidelijk dat ondernemer M en ondernemer K niet konden voorzien in de vereiste inzetplanning (stap 2). De opdracht werd dan ook niet aan ondernemer M en ondernemer K gegund. De aanbesteding van aanbestedende dienst B heeft alleen maar bevestigd dat ondernemer M en ondernemer K niet met succes in combinatie kunnen inschrijven op aanbestedingen voor geïntegreerde oplossingen van inzetplanning en roosteren.
- 4.31. In 2019 organiseerde aanbestedende dienst C een onderhandse aanbesteding voor ondersteuning van het proces van (onderwijs)planning en roostering. De primaire uitvraag zag op inzetplanning en roosteren. Aanbestedende dienst C zag het aanleveren van curriculumgegevens zoals ondernemer M dat kan met zijn product N als een extra waarmee punten konden worden gescoord.
- '[Aanbestedende dienst C] ziet aanlevering van gegevens als een kans voor de Inschrijver (dat wil zeggen dat aanleveren van gegevens niet de kernvraag van [Aanbestedende dienst C] is maar dat wordt onderkend dat er grote voordelen zijn aan het goed organiseren en ondersteunen van dit proces. Een Inschrijver die hiervoor een goede oplossing heeft, vergroot de kansen om gekozen te worden). Onder aanlevering van gegevens wordt verstaan het uniform aanleveren van gegevens die input vormen voor onderwijsplanning en roostering. [Aanbestedende dienst C] ontvangt graag van Inschrijver informatie over beschikbare functionaliteit en kosten indien ook dit onderdeel van de oplossing wordt aangeschaft en geïmplementeerd.'
- 4.32. De uitvraag van aanbestedende dienst C wijkt daarmee af van de opdrachten die in de markt worden gezet door hogescholen zoals door ondernemer in 3.2.4 onder a hiervoor bedoeld. Ongetwijfeld om die reden heeft ondernemer deze uitvraag van aanbestedende dienst C niet in dit overzicht opgenomen.
- 4.33. In antwoord op deze uitvraag heeft ondernemer M nota bene een aanbod ingediend bij aanbestedende dienst C waarin tevens is opgenomen dat het product N kan

worden gekoppeld aan verschillende roostersystemen, ook aan het roostersysteem van ondernemer.

'De door ondernemer M geboden oplossing richt zich zoals gezegd primair op het proces van informatie verzamelen en vastleggen. Deze informatie is vervolgens beschikbaar voor de vervolprocessen. Daarbij biedt product N de mogelijkheid om te koppelen met roostersystemen, zoals product L, product V en product Q, en op basis van de verzamelde gegevens het inzetplanning en/of roosterproces te optimaliseren.'

- 4.34. Ook deze opdracht heeft ondernemer K overigens niet gekregen.
- 4.35. Van een 'sinds enige jaren een evidente commerciële afhankelijkheidsrelatie hebben waarbij zij in een onderlinge relatie meedingen op Europese en onderhandse aanbestedingen' zoals ondernemer stelt in 3.2.4 onder c hiervoor is volgens aanbesteder dus allerm minst sprake. Overigens, zelfs indien twee marktpartijen in het verleden incidenteel hebben ingeschreven op opdrachten betekent dit volgens aanbesteder niet dat zij daardoor een 'commerciële afhankelijkheidsrelatie' ten opzichte van elkaar hebben, zoals ondernemer betoogt. In de praktijk schrijven marktpartijen regelmatig met elkaar in, in combinatie of in een hoofd- onderaannemer relatie. Daardoor verkeren zij niet allemaal met elkaar in een commerciële afhankelijkheidsrelatie. Zo kunnen zij in de toekomst weer met andere marktpartijen inschrijven, hetgeen in de praktijk ook gebeurt.
- 4.36. Voor wat betreft de vermeende 'operationele samenwerking' van ondernemer M en ondernemer K bij aanbestedende dienst D merkt aanbesteder tot slot nog het volgende op. Sinds 2014 maakt aanbestedende dienst D gebruik van het product N van ondernemer M. In 2017 heeft aanbestedende dienst D een aanbesteding gehouden voor roosteren. Bij die aanbesteding was H, noch ondernemer M betrokken. De aanbesteding is gewonnen door ondernemer K. Ondernemer M werkte dus al voor aanbestedende dienst D waar hij zich na drie jaar geconfronteerd zag met een na aanbesteding geselecteerde leverancier voor roostersoftware. Van een operationeel samenwerken bij aanbestedende dienst D tussen ondernemer M (H) en ondernemer K is geen sprake. Op verzoek van aanbestedende dienst D hebben ondernemer M en ondernemer K elkaar hoogstens een enkele keer gesproken om zeker te stellen welke informatie van aanbestedende dienst D aan het roostersysteem wordt aangeboden. Het enkel werken voor dezelfde klant leidt vanzelfsprekend niet tot een belangenverstremgeling.
- 4.37. Gegeven het bovenstaande deelt aanbesteder de conclusie van het interne klachtenmeldpunt dat A in zijn rapport ten onrechte heeft opgenomen dat H een persoonlijk zakelijke relatie heeft met ondernemer M die mogelijk de commerciële belangen van ondernemer K kunnen raken. Om die reden is aanbesteder ook op zijn eerdere gunningsbeslissing teruggekomen.
- 4.38. Aanbesteder concludeert tot ongegrondverklaring van klachtonderdeel 1.
- 4.39. Klachtonderdeel 2
- 4.40. In het tweede klachtonderdeel stelt ondernemer dat aanbesteder niet de vereiste passende maatregelen heeft getroffen die aanbesteder had moeten treffen om een belangenconflict te voorkomen. Deze klacht heeft geen zelfstandige betekenis nu volgens aanbesteder geen sprake is van een belangenverstremgeling. Ondernemer erkent dat door in de onderbouwing van deze klacht voorop te stellen dat dat sprake is van een belangenverstremgeling.

- 4.41. Aanbesteder stelt zich op het standpunt dat het ondernemer aan belang ontbreekt en dat dit klachtonderdeel daarom ongegrond moet worden verklaard.
- 4.42. Daaraan voegt aanbesteder toe dat hij al heeft toegelicht bij toekomstige aanbestedingen hoe dan ook alle betrokkenen te zullen vragen of zij vrij zijn van belangen.
- 4.43. Klachtonderdeel 3
- 4.44. In het derde klachtonderdeel stelt ondernemer dat niet met zekerheid kan worden uitgesloten dat de mededinging bij de onderhavige aanbesteding is vervalst ten nadele van ondernemer, omdat (volgens hem) sprake is van een belangenverstremgeling.
- 4.45. Naar de mening van aanbesteder heeft dit klachtonderdeel evenmin zelfstandige betekenis. Waar geen sprake is van een belangenverstremgeling (zie de reactie op klachtonderdeel 1) is van een bewust of onbewust beïnvloeden van eisen, voorwaarden, gunningscriteria of het beoordelingsproces en daarmee het beoordelingsresultaat geen sprake. Overigens zijn uit het onderzoek van A ook geen aanwijzingen bekend geworden dat dit anders zou zijn. Een negatief bewijs valt vanzelfsprekend niet te leveren.
- 4.46. Aanbesteder concludeert dan ook tot ongegrondverklaring van klachtonderdeel 3.
- 4.47. Klachtonderdeel 4
- 4.48. In het vierde klachtonderdeel stelt ondernemer dat ondernemer K in zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument op de uitsluitingsgrond belangenconflict bevestigend had moeten beantwoorden. Als ondernemer K dat niet heeft gedaan zou dat tot uitsluiting van zijn inschrijving moeten leiden. Bovendien zou dan sprake zijn van een valse verklaring zodat ondernemer K ook om die reden zou moeten worden uitgesloten.
- 4.49. Ook voor dit klachtonderdeel stelt aanbesteder zich op het standpunt dat het geen zelfstandige betekenis heeft. Waar geen sprake is van een belangenverstremgeling bij H, heeft ondernemer K zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument niet onjuist ingevuld.
- 4.50. Aanbesteder concludeert dan ook tot ongegrondverklaring van klachtonderdeel 4.
- 4.51. Aanbesteder voegt reactie ondernemer K bij

Aanbesteder heeft de volgende reactie van ondernemer K bijgevoegd en verzocht die als herhaald en ingelast te beschouwen in zijn eigen reactie op de klacht als weergave van de visie van de voorlopige winnaar:

1.1 [Ondernemer K] wendt zich tot u in een klachtprocedure waarin [hij] noch klager, noch beklagde is. Niettemin is [zijn] standpunt met betrekking tot de klacht relevant en van belang voor de afwegingen van de Commissie. [Ondernemer K] wenst [zijn] standpunt met betrekking tot de klacht onder uw aandacht te brengen en verzoekt u hiervan kennis te nemen en de beoordeling van de klacht mede te baseren op dit standpunt.

(...)

1.4 (...) [Ondernemer K] verzoekt u bij uw beoordeling er rekening mee te houden dat [Ondernemer K] in [een] laat stadium over de inhoud van de klacht is

geïnformeerd en daardoor bijvoorbeeld in zeer beperkte mate de gelegenheid heeft kunnen hebben om documentatie ter onderbouwing aan te dragen.

2. Relevante feiten - verloop aanbestedingsprocedure vanaf de eerste gunningsbeslissing

(...)

2.5. [Ondernemer K] heeft begrepen dat [Aanbesteder] [A] opdracht heeft gegeven een onderzoek te doen. [A] heeft [Ondernemer K] niet benaderd in het kader van dat onderzoek en [hij] heeft dus ook niet de feiten die door de personen zijn aangedragen die [A] wel heeft geïnterviewd kunnen controleren bij een direct betrokkene.

(...)

3. Relevante feiten - programmatuur ten behoeve van onderwijs en de markt daarvoor

3.1. Onderwijsinstellingen maken gebruik van verschillende softwareprogramma's voor de verschillende organisatorische onderdelen van het verzorgen van onderwijs. Onderstaand model is het veelgebruikte en in onderwijsland alom bekende SIG-model voor onderwijslogistiek:



Onderhavige aanbestedingsprocedure ziet enkel op 'roostering'. Roostering heeft uiteraard een relatie met de onderwijscatalogus (ook wel aangeduid als curriculum) en met de inzetplanning. Voor de volledigheid een korte duiding:

- curriculum: welke vakken, in welke vorm (werkgroep, hoorcollege, toets)
- inzetplanning: welke docenten gaan het curriculum invullen
- roosteren: wanneer wordt welk vak in welke vorm door welke docent op welke locatie gegeven

3.3. Er is geen noodzaak om de onderdelen integraal uit te vragen (in tegenstelling tot wat [Ondernemer] beweert in de klacht). Ook is het integreren van bijvoorbeeld inzetplanning en roostering niet de norm, en ook niet gebruikelijk. [Ondernemer] zou dat wel graag zo zien omdat dat [hem] een zeer sterke marktpositie geeft. In onderstaande tabel zijn de marktpartijen genoemd die deze drie onderdelen kunnen leveren:

	[Onderne- mer K] ([product L])	[Onderne- mer] ([product Q])	[Onderne- mer M] ([product N])	[Onderne- mer U] ([product V])	[Onderne- mer W] ([product X])	[Onderne- mer Y] ([product Z])
Curriculum	X	X	V	X	X	X
Inzetplanning	X	V	X	v	V	V
Roostering	V	V	X	V	X	X

Ter toelichting:

X= partij levert dit product niet (x = partij levert dit product niet maar heeft een rudimentaire oplossing die eventueel gebruikt kan worden)

V = partij levert dit product wel (v = partij levert dit product wel maar het is inmiddels technisch te achterhaald)

[Ondernemer U] is op dit moment de marktpartij met het grootste marktaandeel in het hoger onderwijs voor roostersoftware. [Ondernemer U] heeft aangekondigd te komen met een cloudversie van hun applicatie. Dat is (mede) de aanleiding voor veel instellingen om hun keuze voor de roosterapplicatie te heroverwegen.

[Ondernemer W] wordt gebruikt om de taaklast van docenten te beheren. Er wordt gekeken naar uren, kosten en studeerbaarheid voor studenten. (...)

[Ondernemer Y] levert met [product Z] standaardsoftware voor formatie- en inzetplanning in het onderwijs. De te roosteren activiteiten (lessen en /of toetsen) kunnen worden geëxporteerd naar een andere roosterapplicatie.

3.4. [Ondernemer M] heeft [product N]. Van de website van [Ondernemer M] komt de volgende informatie en daaruit volgt dat [product N] is gericht op het curriculum:

[Product N] is een product dat zich richt op het optimaliseren van het proces van het vaststellen en uitvragen van het onderwijsprogramma.

De procesmatige en daaraan verbonden applicatieondersteuning zorgt voor grip op het proces, vereenvoudigd het proces, maakt optimaal gebruik van de kennis van de stakeholders in de organisatie en levert automatisch input aan de kwaliteitszorgcyclus betreffende de wijzigingen en hun rechtvaardiging. [Product N] biedt ondersteuning op onderstaande vlakken:

- *Overzicht status en voortgang vaststellingsproces onderwijsprogramma*
- *Gebruiksvriendelijke interface, die het programma en diens onderdelen*
- *inzichtelijk en toegankelijk maakt voor de overige stakeholders*
- *Geïntegreerde module voor het wijzigen (drag & drop) van het curriculum*
- *Actieve betrokkenheid van docenten via de geïntegreerde module voor het beheren van de studiegids informatie*
- *Module voor het uitvragen van de roostergegevens, gebaseerd op het vastgestelde curriculum, ter ondersteuning van het onderwijslogistieke roosterproces*
- *Module voor de bekostiging van het aangeboden programma*
- *Module voor simuleren van het curriculum (inclusief bekostiging) om de effecten van wijzigingen te onderzoeken alvorens deze door te voeren*
- *Audittrail van wijzigingen en argumentatie, inclusief rapportagemogelijkheden*

De nadruk ligt op het verbeteren van de efficiency en effectiviteit van het onderwijslogistieke proces van vaststellen en uitvragen van het studiepogramma en daarbij vanuit het proces de juiste stakeholders op het juiste moment betrekken.

3.5. [Ondernemer K] heeft [product L]. Van de website van [Ondernemer K] komt de volgende informatie en daaruit volgt dat [product L] gericht is op het roosteren, en niet op curriculum en inzetplanning; die informatie is feitelijke detailinput voor [product L]:

Student centric timetables are mission critical to educational institutions. Institutions must optimise the use of their estate, resources and staff under severe constraints. [Product L] allows the freedom to build timetables collaboratively from anywhere on any device.

3.6. [Ondernemer] heeft [product Q]. Van de website van [Ondernemer] komt de volgende informatie en daaruit volgt dat [product Q] gericht is op de inzetplanning en het roosteren, en niet op curriculum; die informatie is feitelijke detailinput voor [product Q]:

[Product Q] is een plan- en roostersysteem voor het onderwijs. Wij gebruiken hiervoor de term onderwijslogistiek. [Product Q] is configureerbaar en daardoor te gebruiken in het Hoger Onderwijs (HBO/WO), het Middelbaar BeroepsOnderwijs (MBO) en het Voortgezet Onderwijs (VO). Om niet in de knoop te komen met termen gebruiken we hier de term student. Voor het VO kunt u natuurlijk leerling lezen. [Product Q] biedt overigens de mogelijkheid om eigen (school-)terminologie toe te passen, naast de mogelijkheid om een andere taal te selecteren.

Onderwijslogistiek is een term die door [Ondernemer] wordt gebruikt voor het organiseren van het onderwijs. Een belangrijk onderdeel is het matchen van de vraag en het aanbod. Studenten hebben een vraag naar onderwijs. Deze vraag leidt naar een vraag naar docenten met specifieke expertises en een vraag naar lokalen met specifieke kenmerken. De onderwijsinstelling beschikt over docenten met specifieke expertises en over lokalen met specifieke kenmerken. Deze capaciteiten moeten op het juiste moment beschikbaar zijn. Met behulp van [product Q] kunt u dit regelen.

3.7. [Product N] kan uitstekend in combinatie met [Product Q] worden gebruikt, waarbij aanlevering via [Product N] gaat en [Product Q] roostering (en planning) kan doen. [Product N] biedt geen functionaliteit voor roostering en is daarmee geen concurrent van [Ondernemer] ([Product Q]) of van [Ondernemer K] ([Product L]). Er is dan ook geen sprake van enig economisch belang voor [Ondernemer M] bij een keuze voor [Ondernemer K] voor de opdracht van [Aanbesteder]. Temeer daar inzetplanning al sinds enige jaren wordt gedaan met [Product Q]. Roosteren is een apart project, met een eigen aanbesteding, en daar heeft [Ondernemer M] geen belang bij welke leverancier dan ook.

3.8. [Ondernemer] heeft een hele sterke positie voor wat betreft inzetplanningsoftware en [hij] heeft er dus een groot commercieel belang bij dat onderwijsinstellingen inzetplanning en roostering in één geïntegreerde opdracht aanbesteden omdat [hij] dan feitelijk de enige marktpartij is die kan meedingen.

3.9 Van de zes hogescholen die [Ondernemer] noemt in de klacht ging het in vijf gevallen om een geïntegreerde oplossing. [Aanbestedende dienst E] heeft namelijk in de Nota van Inlichtingen de opdracht in die zin gewijzigd dat er niet "één applicatie" geleverd hoeft te worden maar "een oplossing" en dat biedt de mogelijkheid voor marktpartijen om een aanbieding te doen zonder geïntegreerde applicatie.

3.10. Overigens heeft [Ondernemer K] enkel een inschrijving ingediend bij de aanbesteding van [Aanbestedende dienst B] en [hij] heeft daarin samengewerkt met [Ondernemer M]. [Aanbestedende dienst B] heeft de opdracht gegund aan [Ondernemer]. Ook de opdrachten van de andere genoemde hogescholen zijn gegund aan [Ondernemer]. [Ondernemer K] heeft aan die aanbestedingen niet deelgenomen. Uit gegevens van Tendered volgt dat ook andere hogescholen dan degene

die [Ondernemer] noemt en die een geïntegreerde opdracht aanbesteden, deze hebben gegund aan [Ondernemer]. [Ondernemer K] heeft dus eenmalig een offerte uitgebracht met [Ondernemer M] maar heeft verder geen samenwerking: geen enkele opdracht voeren zij samen uit.

3.11. [Ondernemer K] heeft een hele sterke marktpositie voor wat betreft rooster-software. In Nederland heeft [hij] [Aanbestedende dienst D] als opdrachtgever maar vooral in [Land] heeft [hij] grote, vooraanstaande universiteiten als opdrachtgevers: (...). In de aannames die [Ondernemer] doet ten aanzien van de marktstrategie van [Ondernemer K] herkent [Ondernemer K] zich niet. [Ondernemer] veronderstelt (en die veronderstelling verwordt tot een feit, althans in de beleving van [Ondernemer]) dat [Ondernemer K] geïnteresseerd is in opdrachten waarin een geïntegreerde applicatie voor inzetplanning en roosteren wordt uitgevraagd. Op dergelijke opdrachten ligt niet [zijn] focus. De vraag of [Ondernemer K] mee wenst te dingen naar een dergelijke opdracht en vervolgens de vraag met wie [hij] dat dan zou doen, beantwoordt [hij] aan de hand van verschillende factoren. Tot nu toe heeft zij die vraag enkel positief beantwoord voor de aanbesteding van [Aanbestedende dienst B].

3.12. [Ondernemer K] merkt op dat hetgeen [Ondernemer] in de klacht naar voren brengt omtrent [Ondernemer K], [zijn] vermeende commerciële relatie met [Ondernemer M] en de vermeende wens of marktstrategie om geïntegreerde opdrachten te willen 'binnenhalen' (zoals [Ondernemer] dat uitdrukt) insinuaties en suggesties van [Ondernemer] betreffen, die (vanzelfsprekend) niet zijn gebaseerd op feiten en waaraan geen enkele waarde kan worden gehecht. [Ondernemer K] merkt op dat [Ondernemer] volledig doorschiet in de aannames die [hij] doet, vooral wanneer [hij] die aannames poneert als feiten. [Ondernemer] verliest daarbij de optie uit het oog dat [Ondernemer K] niet geïnteresseerd is in geïntegreerde opdrachten. Het is vrijwel onmogelijk om de aantijgingen van [Ondernemer] te weerleggen (onschuld bewijzen is nu eenmaal vrijwel onmogelijk). [Ondernemer K] kan feitelijk alleen maar ontkennen. [Ondernemer K] benadrukt dat het [Ondernemer] is die zal moeten aantonen dat hetgeen [hij] beweert feitelijk juist is. [Ondernemer] stelt daaromtrent niets en kan daarin dus niet slagen. Hierna wordt ook ingegaan op de inhoud van de stellingen.

4. Relevante feiten - rapport [A]

4.1. Naar aanleiding van de eerste klacht van [Ondernemer] heeft [Aanbesteder] [A] opdracht gegeven te onderzoeken of sprake is van een belangenverstremming vanwege een vermeende relatie tussen een extern projectleider van [Aanbesteder] en [Ondernemer K] en of die vermeende relatie van invloed is geweest op de beoordeling van de offertes.

4.2. In het rapport beschrijft [A] de gehanteerde werkwijze. Daaruit blijkt dat [A] wel (onder meer) de betreffende externe projectleider heeft geïnterviewd alsmede directeurs van [Ondernemer] maar geen directeurs van [Ondernemer K] noch andere mensen aan de zijde van [Ondernemer K]. De relevante en de waarde van het [rapport van A] is daardoor beperkt.

4.3. Verder blijkt dat de extern projectleider ([H]) enig eigenaar en bestuurder is van [Ondernemer P] en dat [Ondernemer P] een van de drie bestuurders is van [Ondernemer M]. Verder is vermeld dat [Ondernemer P] een minderheid van de aandelen houdt in [Ondernemer M].

4.4 [Ondernemer K] en [Ondernemer M] hebben gezamenlijk deelgenomen aan de aanbesteding van [Aanbestedende dienst B] maar de informatie in het [rapport van A] over hun vermeende samenwerking bij andere projecten is niet correct:

(i) [Aanbestedende dienst D]: [Ondernemer K] heeft de aanbesteding voor roostersoftware van [Aanbestedende dienst D] in 2017 gewonnen. [Hij] heeft zelfstandig ingeschreven en dus zonder [Ondernemer M] of een andere partij, met [zijn] applicatie [product L]. [Aanbestedende dienst D] maakt daarnaast al gebruik van [product N] (van [Ondernemer M]). [A] stelt in het rapport dat een aansluiting gerealiseerd zou (moeten) worden tussen de applicatie van [Ondernemer K] ([product L]) en [product N]. Dat is feitelijk onjuist: er is en er wordt geen aansluiting gerealiseerd tussen [product N] en [product L]. Het is ook niet de bedoeling (ook nooit geweest) dat dat zou moeten gebeuren. De leveranciers zijn hier dus ook niet mee bezig. [Aanbestedende dienst D] gebruikt beide applicaties ([product N] en [product L]) naast elkaar.

In de aanbestedingsstukken van [Aanbestedende dienst D] is de doelarchitectuur in beeld gebracht, als volgt:

[figuur niet overgenomen, Commissie]

Hieruit blijkt dat geen koppeling wordt uitgevraagd voor de roosterapplicatie met het curriculum.

(ii) [Aanbestedende dienst B]: [Ondernemer K] en [Ondernemer M] hebben in 2018 gezamenlijk ingeschreven op een aanbesteding van [Aanbestedende dienst B]. Deze opdracht is in juli 2018 gegund aan [Ondernemer]. In het rapport van [A] wordt verwezen naar een aanbesteding bij [Aanbestedende dienst B]. Daar was de concrete vraag als volgt: "*[Aanbestedende dienst B] is op zoek naar een oplossing die de bedrijfsprocessen inzetplanning en plannen & roosteren ondersteunt voor de komende 3-5 jaar en die mee kan groeien met de ontwikkelingen die [Aanbestedende dienst B] heeft geschetst op basis van een roadmap van de betreffende leverancier.*"

[Ondernemer M] en [Ondernemer K] hebben in het kader van deze aanbestedingsprocedure gezamenlijk een presentatie gegeven. Al snel bleek dat zij niet zouden kunnen voldoen aan de opdracht omdat zij het onderdeel inzetplanning niet kunnen aanbieden. Dat heeft er dan ook toe geleid dat de opdracht niet aan [Ondernemer K] en [Ondernemer M] werd gegund.

Voor de goede orde:

De samenwerking voor [Aanbestedende dienst B] was een samenwerking voor deze gelegenheid, die dus niet succesvol was en die verder geen navolging heeft gekregen.

Er is geen wederzijdse verplichting voor [Ondernemer K] of [Ondernemer M] om gezamenlijk te bieden bij iedere aanbesteding waar een instelling vraagt om een oplossing voor inzetplanning en roosteren.

(iii) [Aanbestedende dienst C]: De vraag van [Aanbestedende dienst C] bestond uit twee delen:

- Laat een oplossing zien waarmee planning en roostering kunnen worden ondersteund
- Optioneel: is er functionaliteit waarmee het aanleveren van gegevens kan worden ondersteund ([Aanbestedende dienst C] was niet bekend met mogelijke oplossingen en heeft dit om die reden optioneel uitgevraagd)

Het optionele onderdeel maakte geen onderdeel uit van de formele besluitvorming en dat is ook als zodanig gecommuniceerd. De behoeftes lagen nadrukkelijk op planning en roostering, onderdeel 1.

Op verzoek van [Aanbestedende dienst C] heeft [Ondernemer K] tijdens de presentatie aandacht besteed aan het optionele onderdeel, het curriculum, en [hij] heeft [Ondernemer M] gevraagd dat deel van de presentatie te verzorgen. [Ondernemer M] (niet [H], maar een collega) heeft de curriculumvoorbereiding gepresenteerd, waarbij is benadrukt dat deze component zowel in combinatie met [product L] als [product Q] kan worden gebruikt. Dit heeft [Ondernemer M] vooraf ook nadrukkelijk besproken met [Ondernemer] tijdens een conferentie waar beide leveranciers aanwezig waren. Dat is als volgt verwoord:

"De door [Ondernemer M] geboden oplossing richt zich zoals gezegd primair op het proces van informatie verzamelen en vastleggen. Deze informatie is vervolgens beschikbaar voor de vervolprocessen. Daarbij biedt [product N] de mogelijkheid om te koppelen met roostersystemen, zoals [product L], [product V] en [product Q], en op basis van de verzamelde gegevens het inzetplanning en/of roosterproces te optimaliseren. Afhankelijk van de mogelijkheden van deze systemen en het gewenste proces van het instituut kan [product N] alleen de informatieverzameling uitvoeren, maar daarnaast ook inzage geven in de inzetplanning (belasting en beschikbaarheid resources)."

Nadrukkelijk heeft [Ondernemer M] dus de mogelijkheid open gehouden om met [product Q] (van [Ondernemer]) te koppelen en [Ondernemer K] is daarmee akkoord gegaan.

Verder heeft [Ondernemer M] laten zien hoe inzetplanning zou kunnen worden gedaan in [product N]. [Ondernemer K] heeft [zijn] software voor roosteren, [product L], getoond.

[Aanbestedende dienst C] heeft partijen geïnformeerd over [zijn] voornemen om in zee te gaan met [Ondernemer]. Gezien de waarde van de opdracht is er geen Europese aanbesteding gedaan.

4.5. Hieruit blijkt dat geen sprake is van een "evidente commerciële (afhankelijkheids)", "persoonlijke, zakelijke", "onmiskenbare commerciële" relatie tussen [Ondernemer K] en [Ondernemer M]. Er is sprake van een eenmalige, gelegenheden-samenwerking, die volstrekt normaal is tussen marktpartijen die complementaire producten leveren. [A] heeft haar oordeel gebaseerd op onjuiste en onvolledige feiten. Aan dat oordeel dient derhalve geen waarde toe te komen.

4.6. In het [rapport van A] is vermeld dat [Ondernemer] ook met [H] heeft samengewerkt (zie 1.8 hiervoor):

[Ondernemer] verklaart in de afgelopen maanden stap voor stap op de hoogte te zijn geraakt van de positie van de externe projectleider. Medio 2018 kwamen zij [Ondernemer M] tegen bij de aanbesteding bij [Aanbestedende dienst C]. In april 2019 heeft de algemeen directeur van [Ondernemer] (...) in het kader van de implementatie van [product Q] voor de inzetplanning bij [Aanbesteder] een aantal presentaties verzorgd bij [Aanbesteder]. Tijdens deze presentatieronde werd hij begeleid door de externe projectleider. De algemeen directeur van [Ondernemer] kwam er naar eigen zeggen op deze dag achter dat de externe projectleider werkzaam is bij [Ondernemer O], en 'product owner' is van [product N], een product van [Ondernemer M]. [Ondernemer] verklaart [product N] als een concurrent te beschouwen van hun eigen software, [product Q]. [Ondernemer] (de algemeen directeur van [Ondernemer]) verklaart hiervan geschrokken te zijn, omdat hieruit

bleek dat zij naar hun gevoel bij de implementatie van [product Q] voor de inzetplanning bij [Aanbesteder] nu inmiddels al negen maanden bleken samen te werken met een concurrent. [Ondernemer] zag hier een risico in, omdat de markt van onderwijsplanning volgens [hem] klein is.

4.7. [H] is als informatiearchitect betrokken (geweest) bij de implementatie van [product Q] voor inzetplanning bij [Aanbesteder] en heeft in dat kader dus veel samengewerkt met [Ondernemer]. Aan dat aspect besteedt [A] geen aandacht in het rapport.

4.8. [Ondernemer] stelt verder - zo blijkt uit het [rapport van A] - dat [hij] [product N] als concurrent beschouwt en eigenlijk niet met [H] c.q. [Ondernemer M] wil samenwerken. Dat is opmerkelijk want er zijn voorbeelden van andere instellingen ([Aanbestedende dienst F], [Aanbestedende dienst G]) waarbij gewerkt wordt met [product Q] voor inzetplanning en een andere applicatie voor roostering. [Ondernemer] doet dan kennis op van de wijze waarop die andere applicatie roostert (en andersom geldt hetzelfde), en daarmee zijn ze wel akkoord gegaan.

4.9. [A] komt tot de conclusie dat er sprake is van een zekere commerciële relatie tussen [Ondernemer M], waarvan [H] voor 1 /3 deel aandeelhouder en bestuurder is, en [Ondernemer K]:

*Uit het onderzoek komt naar voren dat er tussen [Ondernemer M] en [Ondernemer K] een commerciële relatie bestaat. Vast staat dat deze partijen operationeel samenwerken bij één klant ([Aanbestedende dienst D]) **[onjuist, toegevoegd door advocaat]** en onder meer naar aanleiding van dit contact in consortium hebben opgetrokken bij in ieder geval twee aanbestedingen ([Aanbestedende dienst B] in 2018 en [Aanbestedende dienst C] in 2019) **[onjuist; [Ondernemer M] bij de aanbesteding van [Aanbestedende dienst C] enkel een rol met betrekking tot een optioneel uitgevraagd onderdeel; er is geen sprake van een gezamenlijke inschrijving, toegevoegd door advocaat]**. Bij de aanbesteding voor [Aanbestedende dienst B] heeft de externe projectleider naar eigen zeggen nog actief meegewerkt met de inschrijving, maar bij de aanbesteding voor [Aanbestedende dienst C] heeft hij naar eigen zeggen bewust afstand gehouden 'om de schijn van belangenverstrengeling te vermijden'. Kennelijk voelde hij zelf al aan dat dit zou kunnen wringen met zijn rol in de aanbesteding van de roosterssoftware bij [Aanbesteder]. **[suggestief, toegevoegd door advocaat]***

*Ook zijn collega's bij [Aanbesteder] erkennen dat zijn commerciële band met een van de aanbiedende partijen voor de roosterssoftware ongemakkelijk voelt. Zij waren hiervan niet op de hoogte totdat zij dit vernamen via [Ondernemer], en hadden dit graag willen weten bij de overweging om de externe projectleider bij de aanbesteding de rol toe te kennen die hij nu heeft gehad. **[subjectief, enkel afgaan op de ongefundeerde uitspraken van een der betrokkenen, suggestieve verwoording in rapport, toegevoegd door advocaat]***

Concluderend zijn wij van oordeel dat het aannemelijk is dat de externe projectleider een persoonlijk zakelijk belang heeft dat raakt aan de commerciële belangen van [Ondernemer K], een van de aanbiedende partijen bij de aanbesteding voor roosterssoftware. Over het eerste deel - zijn persoonlijke belang bij [Ondernemer M] en [product N] - is hij transparant geweest, in ieder geval naar [Aanbesteder]. Over dat tweede deel - zijn indirecte belang bij [Ondernemer K] - is tijdens het onderhavige aanbestedingsproces stukje bij beetje de informatie naar boven gekomen. [Ondernemer] wist sinds april van de betrokkenheid van de externe projectleider bij [Ondernemer M], en wist dus ook dat er via die route een link bestond tussen de externe projectleider en [Ondernemer K]. Tegen de combinatie [Ondernemer M]/ [Ondernemer K] waren zij immers in de zomer van 2018 in concurrentie

getreden bij de aanbesteding voor [Aanbestedende dienst B]. Naar eigen zeggen waren zij er echter niet van op de hoogte dat de externe projectleider bij de aanbesteding voor de roostersoftware een rol zou hebben in de beoordelingscommissie. **[subjectief want alleen gebaseerd op informatie van [Ondernemer] en geen informatie opgevraagd bij [Ondernemer K]; suggestief, omdat [A] hiermee gesuggereerd dat [Ondernemer K] wel wist dat [H] betrokken was bij de aanbesteding van [Aanbesteder] en in welke rol dat dat zou zijn geweest, toegevoegd door advocaat]**

In aansluiting met Artikel 1.10b, lid 2 Aanbestedingswet stellen wij vast dat de externe projectleider betrokken is geweest bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure en invloed heeft kunnen hebben op het resultaat van deze procedure. Hij heeft voorts een indirect, economisch of ander persoonlijk belang dat geacht kan worden zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze procedure in het gedrang te brengen. **[onjuist, want niet gebaseerd op objectief vastgesteld feiten en niet gebaseerd op hoor en wederhoor, toegevoegd door advocaat]**

4.10. [A] onderzoekt vervolgens de vraag of de relatie tussen de extern projectleider en [Ondernemer K] effect heeft gehad op de uiteindelijke selectie en concludeert dat dat niet het geval is:

Uit een analyse van de scores van de leden van de beoordelingscommissie en de impact van de scores van de externe projectleider blijkt dat zijn scores zeer dicht bij het gemiddelde zaten. Indien zijn scores bij de beoordeling buiten beschouwing zouden worden gelaten, zou het verschil in de vergelijkingsprijzen zich zelfs nog sterker (zij het gering) hebben afgetekend in het voordeel van [Ondernemer K]. Gezien het grote verschil tussen de inschrijfprijzen van [Ondernemer K] en [Ondernemer] achten wij het zeer onwaarschijnlijk dat de externe projectleider dit zou hebben kunnen overbruggen door op een oneigenlijke of onzuivere manier zijn invloed uit te oefenen op het aanbestedingsproces. Met andere woorden, het conflicterende belang van de externe projectleider en zijn rol bij de aanbesteding, hebben naar ons oordeel niet geleid tot een materieel afwijkend resultaat c.q. on-eigenlijke bevoordeling van een van de partijen.

5. Relevante feiten - rapport KMP

5.1. Naar aanleiding van het [rapport van A] handhaaft [Aanbesteder] de gunningsbeslissing van 18 juni 2019. [Ondernemer] dient vervolgens een klacht in bij het klachtenmeldpunt ("KMP"). Het KMP volgt de conclusie van [A] dat sprake zou zijn van belangenverstrengeling zoals bedoeld in artikel 1.10b lid 2 Aw niet en baseert dat op het volgende (punt 22-24):

[zie overwegingen 22-24 in het advies van het klachtenmeldpunt in 1.12 hiervoor, Commissie]

5.2. Het KMP wijst de klachten van [Ondernemer] af.

5.3. Het KMP geeft de afdeling Inkoop in overweging om de motivering in de gunningsbrief aan te passen door terug te komen op de passage dat de externe projectleider een persoonlijk zakelijke relatie heeft met [Ondernemer M] die mogelijk de commerciële belangen van [Ondernemer K] kunnen raken, omdat "onvoldoende grond bestaat om aan te nemen dat de externe projectleider een direct of indirect financieel, economisch of andere persoonlijke belang heeft dat zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze aanbesteding in het gedrang zou kunnen hebben gebracht. Bij die nieuwe beslissing zal een nieuwe rechtsbeschermingstermijn moeten worden geboden." De afdeling Inkoop heeft dat advies ter harte genomen en

de gunningsbeslissing in die zin aangepast, en daarin een nieuwe bezwaartermijn opgenomen.

6. Juridisch kader

6.1. Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet van toepassing. Daarnaast dient [Aanbesteder] zich te houden aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht.

6.2. Artikel 1.10b lid 1 en lid 2 Aw luidt - voor zover relevant - als volgt:

(...)

6.3. Met artikel 1.10b Aw legt de wetgever de aanbestedende dienst de plicht op om maatregelen te treffen om onder meer belangenconflict te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. Dit artikel is dus gericht tot de aanbestedende dienst en niet tot de inschrijver. Indien de aanbestedende dienst geen andere mogelijkheid ziet, is een mogelijke maatregel de uitsluiting van de onderneming die het aangaat maar dat is een ultimum remedium. Eerder nog zal de aanbestedende dienst de persoon die het betreft moeten vervangen, of andere maatregelen treffen. Uit dit artikel volgt geen verplichting voor een inschrijver, en dus ook geen verplichting om een melding te doen.

6.4. In het tweede lid beschrijft de wetgever wat onder een belangenconflict moet worden verstaan en dan blijken de volgende relevante elementen:

- personeelsleden van de aanbestedende dienst (...),
- 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.

6.5. Uit Europese jurisprudentie volgt dat betrokkenheid bij de voorbereidingen van de aanbestedingsprocedure (bijvoorbeeld als adviseur van de aanbestedende dienst) niet per definitie moet leiden tot uitsluiting van die adviseur als deze als inschrijver meedingt naar het verwerven van de opdracht. De adviseur moet dan in de gelegenheid worden gesteld om aan te tonen dat de mededinging niet is vervalst (HvJEG 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03, Fabricom).

6.6. Uit nationale jurisprudentie met betrekking tot belangenverstremgeling blijkt het volgende:

(i) Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 27 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7132:

De rechter oordeelt dat de gemeente terecht een inschrijver heeft uitgesloten omdat hij bij de uitvoering van de opdracht gebruik wenste te maken van de diensten van *"een voormalig ambtenaar van de Gemeente, die op 28 juni 2018 strafontslag heeft gekregen, onder meer vanwege het aannemen van een schenking van [naam 4], hetgeen is gekwalificeerd als plichtsverzuim. X wordt op dit moment vervolgd door het Openbaar Ministerie wegens ambtelijke corruptie, door het aannemen van schenkingen (onder meer een badkamer, zonnepanelen, een airco-installatie en een verbouwing) van [naam 4] in ruil voor het verstrekken van vertrouwelijke informatie over aanbestedings-trajecten en/of het op onrechtmatige wijze verstrekken van gemeentelijke opdrachten."* (punt 2.9)

(ii) Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 31 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5836 (vonnis bekrachtigd in hoger beroep, ECLI:NL:GHDHA:2019:1905):

Uit de feiten blijkt dat de aanbestedende dienst (RVB) de volgende constatering doet ten aanzien van belangenverstrengeling:

In uw dagvaarding werd onder meer het standpunt ingenomen dat Base Consultancy B.V. zou moeten worden uitgesloten van deelname aan de aanbesteding wegens belangenverstrengeling, althans wegens een ongeoorloofde kennisvoorsprong. Tevens gaf u in de dagvaarding aan een e-mail te hebben ingezien waarmee een medewerker in de beoordelingsfase per e-mail aan Base Consultancy B.V. zou hebben gevraagd of het daarbij gevoegde Plan van Aanpak van haar was.

Een dergelijke handelswijze zou in strijd zijn met het voorschrift dat inschrijvingen anoniem zullen worden beoordeeld (zie Leidraad paragraaf 5.1 en vraag 12 en 42 uit de 3 Nota van Inlichtingen).

Na het uitbrengen van uw dagvaarding bleek u deze e-mail niet alleen te hebben ingezien, maar u beschikte daar ook daadwerkelijk over. Hiermee was u ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding bekend dat de betreffende e-mail niet aan Base Consultancy B.V. was verstuurd, maar aan de winnende inschrijver op perceel 2. Volgend op deze e-mail heeft, zo is het Rijksvastgoedbedrijf vervolgens gebleken, nog telefonisch contact plaatsgevonden tussen de betreffende medewerker en deze inschrijver. Tenslotte heeft u het Rijksvastgoedbedrijf een e-mail toegezonden van de betreffende medewerker waarmee deze medewerker vertrouwelijke inschrijfstukken (niet afkomstig uit uw inschrijving) aan de winnende inschrijver op perceel 2 heeft toegezonden in de beoordelingsfase. U heeft niet toegelicht hoe u de beschikking heeft gekregen over e-mails die niet aan u maar aan de winnaar van perceel 2 waren gericht.

Het Rijksvastgoedbedrijf heeft daarop passende maatregelen genomen. Het Rijksvastgoedbedrijf heeft zich ook genoodzaakt gezien de gehele aanbesteding nader te onderzoeken, waarbij tevens de vraag is gerezen of continuering van de aanbesteding nog wel aan de orde kan zijn. De bevindingen van het Rijksvastgoedbedrijf licht ik hiernavolgend toe.

Bevindingen

Opzet en verloop van de aanbestedingsprocedure

Voornoemde medewerker heeft niet alleen een grote rol gespeeld bij de beoordeling maar ook bij de opzet en uitvoering van (alle percelen van) de aanbesteding. Reeds bij de marktconsultatie was de medewerker nauw betrokken bij de dialoog die met de markt is gevoerd. Daaropvolgend heeft de medewerker mede de uitvraag van het Rijksvastgoedbedrijf bepaald. Na ontvangst van de inschrijvingen heeft de medewerker een belangrijke rol gehad in de onderhandelingsfase van deze aanbesteding en tenslotte heeft hij de inschrijvingen op alle percelen beoordeeld.

Door wat zich heeft voort gedaan in de beoordelingsfase en de grote betrokkenheid van de medewerker in de andere fasen, kan het Rijksvastgoedbedrijf niet langer garanderen dat alle fasen van de aanbesteding transparant en non-discriminatoir zijn verlopen. Een transparante en non-discriminatoire afronding van de aanbesteding kan niet worden gegarandeerd door uitsluitend een herbeoordeling.

Hier komt bij dat de evaluatie heeft uitgewezen dat meerdere onzorgvuldigheden in de procedure zijn gebleken."

(iii) Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 13 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:5053 (punt 4.16) (vonnis bekrachtigd in hoger beroep, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318):

De rechter beschrijft het handelen van een medewerker van de aanbestedende dienst, dat geleid heeft tot het oordeel dat sprake is van belangenverstrengeling: *"Tussen partijen staat niet ter discussie dat de door [X] vastgestelde belangenverstrengeling betrekking heeft op handelingen van een medewerker van HTM, die een tijdlang bij de aanbesteding betrokken is geweest, maar zich op enig moment op verzoek van de leiding van HTM heeft teruggetrokken uit de aanbestedingscommissie vanwege de functie van zijn zoon bij een relevante marktpartij. HTM heeft als productie 1 de memorie van antwoord overgelegd, die HTM in het hoger beroep tegen het vonnis van 10 april 2019 heeft ingediend. In randnummers 2.41 tot en met 2.64 van deze Memorie van Antwoord geeft HTM een nadere toelichting op de onderzoeksbevindingen van [X]. HTM haalt passages van gesprekken tussen [X] en de eerdergenoemde medewerker aan. Volgens HTM volgt uit de gesprekspassages dat de desbetreffende medewerker met de directeur van een onderaannemer van een inschrijver, de directeur van Envido en zijn zoon heeft gesproken over de procedure van de aanbesteding en vertrouwelijke informatie heeft doorgestuurd aan zijn zoon en de directeur van Envido. Envido heeft die bevindingen als zodanig in dit geding niet, althans onvoldoende bestreden."*

6.7. Uit de jurisprudentie volgt dat sprake is van belangenconflicten waarbij feitelijk is vastgesteld dat sprake is van niet-integer handelen wat mogelijk was gemaakt door bestaande banden met personeel van de aanbestedende dienst. .

6.8. De uitsluitingsgrond van de valse verklaring is opgenomen in artikel 2.87 lid 1 sub h Aw en ziet op de situatie dat een inschrijver *"zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of het voldoen aan de geschiktheidseisen (...)"* (onderstreping toegevoegd).

6.9. De uitsluitingsgrond van de valse verklaring betreft de informatie die de marktpartij ten behoeve van de controle op de toepasselijkheid van uitsluitingsgronden en op het voldoen aan de geschiktheidseisen vals heeft verstrekt. In nationale jurisprudentie wordt geoordeeld dat als een marktpartij ten onrechte heeft verklaard dat hij geen ernstige beroepsfout heeft begaan of ten onrechte heeft verklaard dat de past performance niet op hem van toepassing is, hij ook vals heeft verklaard en (mede) op grond daarvan uitgesloten moet worden. Ten aanzien van een belangenconflict rust er echter geen verplichting op de marktpartij maar is de uitsluiting een laatste redmiddel voor de aanbestedende dienst als hij het belangenconflict niet op een andere manier kan oplossen. Niet voor niets moet de marktpartij in het UEA de vraag beantwoorden of hij *"zich bewust is van enig belangenconflict als gevolg van zijn deelneming aan de aanbestedingsprocedure?"*. Ter vergelijking de formulering van de vragen bij enkele andere uitsluitingsgronden:

- *Heeft de ondernemer zich schuldig gemaakt aan ernstige beroepsfouten?*
- *Is het de ondernemer overkomen dat een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht van een aanbestedende entiteit of een eerdere concessieovereenkomst heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties?*

6.10. In plaats van te vragen naar feiten is de vraag inzake belangenconflict een vraag naar 'zich realiseren': is de ondernemer zich bewust van enig belangenconflict? En het eenvoudige antwoord is: nee, [Ondernemer K] is zich daar niet van bewust. Om de eenvoudige reden dat er geen belangenconflict is. Zelfs als er wel een belangenconflict zou zijn, hoeft [hij] zich daar niet bewust van te zijn en hoeft dat niet automatisch en per definitie te leiden tot de uitsluiting van een marktpartij.

Eerst zal de aanbestedende dienst moeten nagaan of hij minder vergaande maatregelen kan treffen.

6.11. Indien [Ondernemer K] in het UEA heeft kunnen verklaren dat [hij] zich niet bewust is van een belangenconflict, heeft [hij] zich niet in ernstige mate schuldig gemaakt aan het doen van een valse verklaring.

7. Standpunt [Ondernemer K] met betrekking tot de vermeende belangenverstremgeling

7.1. [Ondernemer K] is van oordeel dat de volgende feiten relevant zijn voor het beantwoorden van de vraag (binnen het juridisch kader) of sprake is van een belangenverstremgeling tussen [Ondernemer K] en [H] die ertoe moet leiden dat de inschrijving van [Ondernemer K] van de aanbestedingsprocedure moet worden uitgesloten:

(i) [H] is voor 1/3 deel aandeelhouder van [Ondernemer M].

(ii) [H] is 100% aandeelhouder van [Ondernemer P].

(iii) [Ondernemer P] is een van de drie bestuurders van [Ondernemer M].

(iv) [Ondernemer M] brengt [product N] op de markt, dat curriculumvoorbereiding betreft;
[Ondernemer] brengt [product Q] op de markt ten behoeve van inzetplanning en roostering en
[Ondernemer K] brengt [product L] op de markt ten behoeve van roostering.

(v) [H] ondersteunt en adviseert [Aanbesteder] bij deze aanbesteding.

(vi) [H] noch [Ondernemer M] noch [Ondernemer P] hebben een inschrijving ingediend (uit de gunningsbeslissing is namelijk bekend dat er twee inschrijvingen zijn ingediend, te weten door [Ondernemer K] en [Ondernemer]).

(vii) [Ondernemer M] en [Ondernemer K] hebben beide [Aanbestedende dienst D] als opdrachtgever en hun beider applicaties worden door [Aanbestedende dienst D] gebruikt. Die applicaties zijn en worden niet met elkaar verbonden. [Ondernemer M] en [Ondernemer K] werken niet met elkaar samen omdat daar geen aanleiding of noodzaak voor is.

(viii) [Ondernemer M] en [Ondernemer K] hebben gezamenlijk een inschrijving ingediend op de aanbesteding van [Aanbestedende dienst B] omdat zij zonder elkaar niet aan de aanbesteding hadden kunnen deelnemen. Voor de opdracht van [Aanbestedende dienst C] heeft [Ondernemer K] [Ondernemer M] gevraagd om de presentatie te verzorgen van het optionele onderdeel 'curriculum'. Dit waren gelegenheidssamenwerkingen; er is geen sprake van een geformaliseerde samenwerking. [H] heeft bij de aanbesteding voor [Aanbestedende dienst C] geen rol gespeeld.

(ix) De gezamenlijke deelname aan aanbestedingen heeft niet geleid tot opdrachten zodat partijen geen samenwerkingen hebben in de uitvoering van die projecten.

(x) Er zijn geen economische, financiële, familiale of andere (persoonlijke) banden tussen [Ondernemer M] en [Ondernemer K].

(xi) Voorafgaand aan en tijdens de aanbestedingsprocedure van [Aanbesteder] was [Ondernemer K] niet bekend met de precieze rol van [H] bij deze aanbestedingsprocedure. Pas met de uitnodiging voor de presentatie kwam [hij] erachter dat [H] kennelijk [Aanbesteder] ondersteunt maar wat die rol precies inhield, was [hem] op dat moment niet bekend.

(xii) [H] noch [Ondernemer P] noch [Ondernemer M] hebben een belang van welke aard dan ook bij het resultaat van de aanbestedingsprocedure.

7.2. **Conclusie 1:** er is geen sprake van een belangenconflict als bedoeld in artikel 1.10b lid 2 Aw. [Ondernemer M] en [Ondernemer K] zijn twee ondernemingen die soms samenwerken en dat dan doen op commerciële basis. Dat is een normaal gegeven bij aanbestedingen. Zij hebben geen geformaliseerde samenwerking. Ook is er geen sprake van belangen over en weer.

7.3. Nu er geen sprake is van een belangenconflict behoeft de vraag of het resultaat van de aanbestedingsprocedure daardoor is beïnvloed strikt genomen niet meer beantwoord te worden. Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat het volgende relevant is, zou de Commissie aanleiding zien om deze vraag (ten overvloede) te beantwoorden:

(i) [A] concludeert in haar rapport dat er geen aanwijzingen zijn voor een effect op de selectie.

(ii) [A] heeft geen aanwijzingen dat de externe projectleider doorslaggevend invloed heeft kunnen uitoefenen op het formuleren van vragen en de weging ervan.

(iii) [A] heeft geen aanwijzingen dat de externe projectleider heeft getracht zijn mede-commissieleden te beïnvloeden bij het invullen van de beoordelingen en het toekennen van de scores.

(iv) [A] constateert dat de beoordeling door de externe projectleider zelfs ten nadele van [Ondernemer K] was:

"Indien zijn scores bij de beoordeling buiten beschouwing zouden worden gelaten, zou het verschil in de vergelijkingsprijzen zich zelfs nog sterker (zij het gering) hebben afgetekend in het voordeel van [Ondernemer K]."

7.4. **Conclusie 2:** de vraag of de mededinging is vervalst behoeft niet beantwoord te worden omdat er geen sprake is van een belangenconflict als bedoeld in artikel 1.10b lid 2 Aw. Overigens zou de vraag negatief beantwoord moeten worden.

8. Reactie op de klachten

8.1. [Klachtonderdeel 1] betreft de stellingname van [Ondernemer] dat met de inschakeling van de extern projectleider een belangenconflict ex artikel 1.10b lid 2 Aw zou zijn ontstaan. Uit alles wat hiervoor is vermeld en opgemerkt, volgt dat die klacht moet worden afgewezen: er is geen sprake van een belangenconflict en ook als dat wel het geval is, is de mededinging niet vervalst. De 'feiten en omstandigheden' die [Ondernemer] daartoe noemt ([zie 3.2.4 hiervoor, Commissie]) zijn suggesties en insinuaties en geen feiten en omstandigheden.

8.1.1 [Ondernemer] verbindt aan het onjuiste 'feit' dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] de afgelopen jaren "in een onderlinge relatie" aan aanbestedingen hebben meegedaan van "onder meer" [Aanbestedende dienst B] en [Aanbestedende dienst C] dat "vast moet worden gesteld dat [Ondernemer M] en [Ondernemer K] sinds enige jaren een evidente commerciële afhankelijkheidsrelatie hebben". Die 'vaststelling' is feitelijk onjuist en gebaseerd op onjuiste feiten en daarmee ontbreekt iedere grondslag voor deze suggestie. [Ondernemer] durft het aan

om één gelegenheidssamenwerking op te blazen tot buitengewone proporties om zo een marktpartij uit te sluiten en om [zijn] markt te beschermen.

8.1.2. Nogmaals: [Ondernemer K] en [Ondernemer M] hebben gezamenlijk deelgenomen aan de aanbesteding van [Aanbestedende dienst B]. Aan de onderhandse procedure van [Aanbestedende dienst C] heeft [Ondernemer K] zelfstandig deelgenomen. Op verzoek van [Aanbestedende dienst C] heeft [hij] [Ondernemer M] gevraagd om een toelichting te geven op het optionele onderdeel, het curriculum. De opdracht van [Aanbestedende dienst B] is overigens gegund aan [Ondernemer], zodat er enkel sprake is van een samenwerking in de voorbereiding van een inschrijving en niet bij de uitvoering van een overeenkomst.

8.1.3. [Ondernemer] verbindt aan het feit dat [Ondernemer K] en [Ondernemer M] geen opdrachten hebben binnengehaald [zijn] conclusie dat zij "*(groot) belang bij (hebben) om meer referentieopdrachten te verkrijgen*". [Ondernemer] gaat bij deze suggestie volledig voorbij aan de vraag welke marktstrategie [Ondernemer K] heeft en of het überhaupt [zijn] wens is om de markt van geïntegreerde opdrachten voor inzetplanning en roostering te betreden. Nu [Ondernemer] [zijn] oordeel en [zijn] klacht baseert op een aanname daartoe, had het op [zijn] weg gelegen dat te stellen en aan te tonen. [Ondernemer] maakt van [zijn] ongefundeerde en onjuiste oordeel ([zie 3.2.4 onder f hiervoor, Commissie]) een voor [hem] vaststaand feit ("*Daarmee is ook het financieel en economisch belang van [Ondernemer M] gegeven (...)*").

8.2. En dit samenstel van suggesties en aannames en persoonlijke opvattingen die verworpen tot feiten zou de onderbouwing moeten zijn van de uitsluiting van [Ondernemer K]. [Klachtonderdeel 1] moet ongegrond verklaard worden wegens volledig ontbreken van een aanwijzing, laat staan een onderbouwing.

8.3. [Klachtonderdeel 2] betreft het integriteitsbeleid van [Aanbesteder] en [Ondernemer] stelt dat [Aanbesteder] niet de vereiste passende maatregelen heeft getroffen. [Ondernemer K] stelt dat nu geen sprake is van een belangenverstrengeling [Ondernemer] geen belang heeft bij [dit klachtonderdeel]. Er zijn geen gebreken zodat er geen aanleiding is om maatregelen te treffen ([Ondernemer] stelt voor dat de inschrijving van [Ondernemer K] wordt uitgesloten, en dat de opdracht aan [Ondernemer] gegund zou moeten worden of dat een nieuwe aanbestedingsprocedure zou moeten volgen). Als [klachtonderdeel 1] ongegrond wordt bevonden, dient ook [klachtonderdeel 2] ongegrond te worden bevonden.

8.4. [Klachtonderdeel 3] betreft de eventuele schending van de mededinging. Ook voor [klachtonderdeel 3] geldt, dat als [klachtonderdeel 1] ongegrond wordt bevonden, ook [klachtonderdeel 3] ongegrond moet worden bevonden.

8.5. [Ondernemer] stelt dat "*niet met zekerheid kan worden uitgesloten dat de mededinging bij onderhavige aanbesteding is vervalst*". De norm die [Ondernemer] hanteert vloeit niet voort uit de wet. In artikel 1.10b lid 1 Aw is bepaald dat de maatregelen ertoe moet leiden dat vervalsing van de mededinging wordt vermeden. Uit het [rapport van A] volgt dat uit het onderzoek dat is gedaan naar het formuleren van de eisen en vragen en naar de totstandkoming van de scores geen enkele aanwijzing is gevonden dat sprake zou kunnen zijn van beïnvloeding. Bij dit aspect van het rapport is niet relevant dat de onderzoekers [Ondernemer K] niet hebben geïnterviewd. De onderzoekers hebben logischerwijs [Ondernemer] ook niet bevraagd over aspecten die zich afspelen bij de voorbereiding van de aanbesteding en bij de beoordeling van de inschrijvingen omdat dit het domein van de aanbestedende dienst is.

8.6. [Klachtonderdeel 4] betreft de stellingname van [Ondernemer] dat [Aanbesteder] [Ondernemer K] zou moeten uitsluiten van de aanbestedingsprocedure op grond van de uitsluitingsgronden 'belangenconflict' en 'valse verklaring'. Ook voor [klachtonderdeel 4] geldt, dat als [klachtonderdeel 1] ongegrond wordt bevonden, ook [klachtonderdeel 4] ongegrond moet worden bevonden. [Ondernemer K] sluit zich aan bij hetgeen het KMP opmerkt in het advies onder punt 27:

"Waar geen sprake is van een belangenverstremgeling kan niet worden vastgesteld dat [Ondernemer K] ten onrechte niet in [zijn] UEA heeft verklaard dat sprake is van een belangverstremgeling en [hij] om die reden van de aanbesteding zou moeten worden uitgesloten (klacht 3)."

8.7. Als er geen belangenconflict is, kan en mag [Aanbesteder] [Ondernemer K] op basis van de facultatieve uitsluitingsgrond onder artikel 2.87 lid 1 sub e Aw niet uitsluiten. Nadrukkelijk wordt verwezen naar het juridisch kader, zoals vermeld in punt 6.8 - 6.11. Zelfs als er wel een belangenconflict zou zijn - hetgeen nadrukkelijk wordt betwist - kan uitsluiting alleen volgen als er geen andere, minder ingrijpende maatregelen zijn. Onderzoek naar dergelijke maatregelen is niet aan de orde nu er geen belangenconflict en nu [A] heeft vastgesteld dat - als er wel banden zouden zijn - er geen invloed is geconstateerd op het resultaat van de aanbesteding.

8.8. Als er geen belangenconflict is, kan [Ondernemer K] daarover ook niet vals verklaren, zodat ook dat standpunt van [Ondernemer] niet kan en mag worden gevolgd. Zelfs als er wel een belangenconflict zou zijn - hetgeen nadrukkelijk wordt betwist - kan uitsluiting alleen volgen als [Ondernemer K] zich in ernstige mate schuldig zou hebben gemaakt aan valse verklaringen. [Ondernemer] stelt daaromtrent niets en kan daaromtrent ook niets stellen, gezien de zwakheid van de 'feiten' waar [hij] zich op baseert en gezien de rapporten van [A] en het KMP die daarover een afgewogen oordeel hebben gegeven. Overigens heeft [Ondernemer K] terecht de vraag of [hij] "zich bewust is van enig belangenconflict als gevolg van zijn deelneming aan de aanbestedingsprocedure" negatief beantwoord: [hij] was en is zich daar niet van bewust. Ten eerste omdat er geen sprake is van een relatie tussen [Ondernemer K] en [H]. Ten tweede omdat [Ondernemer K] ten tijde van de aanbestedingsprocedure pas wist dat [H] [Aanbesteder] ondersteunde bij onderhavige aanbestedingsprocedure toen [hij] de uitnodiging voor de presentatie ontving.

9. Conclusie

9.1. [Ondernemer K] verzoekt u de klachten van [Ondernemer] ongegrond te verklaren.'

5. Aanvullende informatie ondernemer

5.1. Ondernemer heeft de volgende reactie gegeven op het verweer van aanbesteder dat hij onvoldoende proactief zou hebben gehandeld.

5.1.1. De algemeen directeur, de commercieel directeur en een medewerkster van ondernemer zijn namens ondernemer werkzaam geweest in het kader van de implementatie van product Q van ondernemer (onder meer afstemming PvE en implementatieplan) voor de inzetplanning bij aanbesteder (dit betreft dus niet de onderhavige aanbesteding) en hebben in dit verband hierover (met name in 2018) afstemming en contact gehad met H die optrad namens aanbesteder. Tijdens deze implementatie van product Q bij aanbesteder is de algemeen directeur van ondernemer er in april 2019 pas voor het eerst achter gekomen dat H werkzaam is bij ondernemer O en product owner is van product N (zie het rapport van A in 1.8 hiervoor). De algemeen directeur, de commercieel directeur en een medewerkster

van ondernemer zijn echter in het kader van hun werkzaamheden voor aanbestedder (en ook niet anderszins) niet door H geïnformeerd over zijn betrokkenheid en (toekomstige) rol bij de onderhavige aanbesteding (pervoerder aanbesteding, voorzitter beoordelingscommissie, beoordelaar).

- 5.1.2. Op 11 juni 2019 was ondernemer (net als ondernemer K) uitgenodigd om een presentatie te houden in het kader van (de eindfase in) de onderhavige aanbesteding. De algemeen directeur en de commercieel directeur van ondernemer werden op 11 juni 2019 bij de receptie van Aanbesteder opgehaald door H om deze presentatie te geven. Pas toen kwamen algemeen directeur en de commercieel directeur van ondernemer er voor het eerst achter dat H mede-beoordelaar was in de gunningsfase en ook voor het overige een belangrijke rol speelde bij de aanbesteding en heeft de commercieel directeur van ondernemer zijn verbazing over de conflicterende belangen van H reeds op dat moment aan H, als lid en voorzitter van de beoordelingscommissie, kenbaar gemaakt om vervolgens de geplande presentatie van ondernemer te geven. Dat H als voorzitter en lid van de beoordelingscommissie vervolgens de overige leden van de beoordelingscommissie en aanbestedder niet heeft geïnformeerd over het door ondernemer in onderhavige klacht beschreven belangenconflict en de hiermee samenhangende feiten en omstandigheden (hetgeen zonder meer op zijn weg had gelegen) komt dan ook geheel voor rekening en risico van aanbestedder, in opdracht waarvan H zijn werkzaamheden immers heeft verricht. Bovendien heeft aanbestedder reeds op 18 juni 2019 (dus enkele dagen na de presentatie) een gunningsbeslissing genomen. Vervolgens heeft ondernemer reeds op 18 juni 2019 om een gesprek met aanbestedder verzocht en zijn bezwaren over de conflicterende belangen van H bij brief van 26 juni 2019 schriftelijk aan aanbestedder kenbaar gemaakt (zie 1.7 hiervoor).
- 5.1.3. Dat de commercieel directeur op 4 juni 2019 per e-mail een uitnodiging van een medewerker van aanbestedder heeft gekregen voor de presentatie op 11 juni 2019, waarin melding wordt gemaakt dat hij zal worden opgevangen door H is rechtens in casu niet relevant omdat de commercieel directeur niet hoefde te bevroeden dat H beoordelaar en hoofd van de beoordelingscommissie was. Bij ontvangst van dit uitnodigingsbericht was er voor ondernemer dan ook geen reden om vragen te stellen of bezwaar te maken tegen de rol van H bij de aanbesteding.
- 5.1.4. Mede gelet op het bovenstaande meent ondernemer voldoende voortvarend en proactief te hebben gehandeld toen hij op 11 juni 2019 tijdens zijn presentatie in het kader van de aanbesteding voor het eerst kennis kreeg van betrokkenheid van H bij de aanbesteding. Het Grossmann-verweer van aanbestedder jegens ondernemer gaat in onderhavige kwestie dan ook niet op. Dit geldt des te meer nu aanbestedder bij de inschakeling van H voor de aanbesteding heeft verzuimd aan hem te vragen of hij vrij is van belangen (daargelaten dat H dit uit zichzelf aan aanbestedder had moeten melden).
- 5.2. Naar aanleiding van hetgeen aanbestedder en ondernemer K hebben aangevoerd over de aard van de producten van ondernemer M en ondernemer K merkt ondernemer nog het volgende op.
 - 5.2.1. In 3.2.4 onder b hiervoor heeft ondernemer aangegeven dat bij aanbestedingen waarbij door aanbestedende diensten een integrale applicatie (dus toepassing) voor plannen en roosteren wordt gevraagd, ondernemer M en ondernemer K hieraan niet zelfstandig kunnen voldoen, maar in beginsel wel gezamenlijk een oplossing ter zake kunnen aanbieden. Ondernemer stelt zich op het standpunt dat dat (in ieder geval) heeft plaatsgevonden bij de aanbestedingen van aanbestedende diensten B en C, waarbij ondernemer M zorg draagt voor de planningsfunctionaliteiten en ondernemer K voor de roosterfunctionaliteiten. Binnen het hoger beroepsonderwijs zijn de afgelopen jaren nagenoeg alleen opdrachten voor een

integrale applicatie voor plannen en roosteren uitgevraagd, waarbij het dus steeds gaat om geïntegreerde oplossingen voor plannen en roosteren. Hier past overigens ook de opdracht van aanbestedende dienst C naadloos tussen, nu de primaire uitvraag immers zag op een geïntegreerde oplossing voor inzetplanning en roosteren.

- 5.2.2. Aanbesteder en ondernemer K stellen in dit verband dat het onderwijsplanningsproces zich kenmerkt door drie stappen, te weten: Stap 1 — Curriculum Ontwikkeling; Stap 2 — Inzetplanning en Stap 3 — Roosteren. Aanbesteder stelt vervolgens onomwonden dat ondernemer M alleen stap 1 en ondernemer K alleen stap 3 ondersteunt en dat zij niet gezamenlijk kunnen inschrijven op opdrachten voor een integrale applicatie (toepassing) voor plannen (stap 2) en roosteren (stap 3). Geen van beiden bieden volgens aanbesteder immers stap 2 (de inzetplanning) aan, waarbij in het bijzonder wordt vermeld dat het product N van ondernemer M uitsluitend ziet op stap 1 en géén ondersteuning biedt voor inzetplanning (stap 2) en roosterplanning (stap 3). Daarmee heeft ondernemer M er volgens aanbesteder dan ook geen belang bij dat ondernemer K een referentieopdracht voor roosteren verkrijgt.
- 5.2.3. Naar de mening van ondernemer onderkent aanbesteder hiermee impliciet dat wanneer ondernemer M wel stap 2 zou aanbieden, ondernemer M er wel degelijk belang bij heeft, althans zou kunnen hebben, dat ondernemer K met betrekking tot de opdracht van aanbesteder een referentieopdracht voor roosteren verkrijgt gelet op (mogelijke) toekomstige samenwerkingen tussen ondernemer M en ondernemer K. Gelet op de reeds bestaande relatie tussen ondernemer M en ondernemer K inzake de aanbestedingen van aanbestedende diensten B en C in 2018 en 2019 was ten aanzien van H ten tijde van de onderhavige aanbesteding reeds sprake van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, lid 2, Aw 2012. De bestaande samenwerking tussen ondernemer K en ondernemer M in het kader van voornoemde twee aanbestedingen worden door aanbesteder en ondernemer K ten onrechte gemarginaliseerd op een wijze die geen recht doet aan de werkelijkheid.
- 5.2.4. Daargelaten dat ten aanzien van deze twee aanbestedingen tussen ondernemer M en ondernemer K zonder meer sprake is geweest van een commerciële (samenwerkings)relatie (die H als directeur/partner/aandeelhouder van ondernemer M rechtstreeks raken), volgt hieruit ook dat ondernemer M en ondernemer K van oordeel zijn geweest dat door ondernemer M in het kader van deze twee aanbestedingen aan stap 2 (inzetplanning) zou kunnen worden voldaan. Immers, waarom zou anders de moeite worden genomen om een inschrijving te doen op een aanbesteding waarbij inzetplanning onderdeel uitmaakt van de opdracht, terwijl hieraan niet zou kunnen worden voldaan?
- 5.2.5. Dat de aanbestedingen van aanbestedende diensten B en C die mede betrekking hebben gehad op inzetplanning (stap 2) uiteindelijk niet aan ondernemer M of ondernemer K zijn gegund, laat onverlet dat zij kennelijk wel van oordeel zijn geweest dat het de moeite waard was om hier op in te schrijven. En dat ondernemer M zelf van oordeel is dat hij stap 2 (inzetplanning) kan aanbieden (of dit nu wel / niet valt te kwalificeren als 'rudimentair' is daarmee irrelevant) blijkt ook uit een recente publicatie van aanbestedende dienst J in TED (vrijwillige transparantie vooraf). Uit deze publicatie volgt dat aanbestedende dienst J voornemens was een opdracht (ICT toepassing) aan ondernemer M te gunnen die niet alleen betrekking heeft op stap 1 (curriculum ontwikkeling) maar ook ziet op stap 2 (inzetplanning). Dit blijkt uit II.1.4 van de aankondiging: 'ICT toepassing om het proces van onderwijsvoorbereiding te ondersteunen, het bestaat uit het opstellen, wijzigen, instemmen, controleren en bestaffen van de onderwijsprogramma's opdat betrokkenen overzicht en inzicht hebben in de status van het proces van onderwijsvoorbereiding.' Daaruit volgt dat de gevraagde ICT oplossing ook betrekking heeft op het bestaffen van de onderwijsprogramma's: welke docent wordt aan welk onderdeel van het

vastgestelde curriculum (stap 1) gekoppeld/ingezet (dus inzetplanning, stap 2). Verder waren in het Programma van Eisen van aanbestedende dienst J met betrekking tot de inzetplanning (stap 2) meerdere eisen opgenomen.

- 5.2.6. Na bezwaar tegen deze voorgenomen onderhandse gunning aan ondernemer M heeft aanbestedende dienst J besloten de voorgenomen (één-op-één) gunning aan ondernemer M niet door te zetten en de opdracht te zijner tijd via een aanbesteding in de markt te zetten. Een korte nadere toelichting m.b.t. het bovenstaande.
- 5.2.7. De aanbesteding van aanbestedende dienst B (medio 2018) is genaamd 'inzetplanning & planning en roostering'. De opdracht betreft dus de hierboven vermelde stappen 2 en 3. Niet ter discussie staat dat ondernemer K samen met ondernemer M een offerte heeft uitgebracht voor deze opdracht, zodat sprake is van een gezamenlijk (commercieel) belang. Ten aanzien van de inzetplanning (stap 2) zijn gelet op de aard van de opdracht vanzelfsprekend meerdere expliciete eisen opgenomen in het Programma van Eisen van aanbestedende dienst B, ten aanzien waarvan reeds bij inschrijving moest worden aangegeven dat hieraan door inschrijver wordt voldaan, bij gebreke waarvan de inschrijving ongeldig is. Dit betekent dan ook dat ondernemer K en ondernemer M bij inschrijving hebben aangegeven dat aan de eisen inzake de inzetplanning wordt voldaan. Dat vervolgens na inschrijving in het kader van de presentatie wellicht is gebleken dat zij niet de gevraagde oplossing zouden kunnen leveren (waaronder dus de gevraagde inzetplanning), laat onverlet dat ondernemer K en ondernemer M bij inschrijving van mening waren dat ondernemer M wel aan de eisen voor inzetplanning (stap 2) zou kunnen voldoen. Ondernemer K biedt geen inzetplanning aan. In dat kader wijst ondernemer op de tabel van ondernemer K in 4.51 onder 3.3 hiervoor.
- 5.2.8. Anders dan aanbesteder lijkt te stellen heeft de gezamenlijke (niet succesvolle) inschrijving van ondernemer K en ondernemer M bij aanbestedende dienst B hen er juist niet van kunnen weerhouden om nogmaals gezamenlijk op te trekken inzake de door aanbestedende dienst C georganiseerde aanbesteding die primair juist zag op inzetplanning en roosteren (dus de hiervoor vermelde stappen 2 en 3). De inschrijvingswerkzaamheden van ondernemer K en ondernemer M op deze aanbesteding liepen gelijktijdig met de werkzaamheden van H in het kader van de aanbesteding Roosteren van aanbesteder. Dit was voor H reden om niet zelf vanuit ondernemer M samen met ondernemer K een inschrijving voor aanbestedende dienst C voor te bereiden, maar dit over te laten aan een andere partner binnen ondernemer M (zie het rapport van A in 1.8 hiervoor). Daarbij heeft H echter uit het oog verloren dat hij als directeur/aandeelhouder en partner van ondernemer M een (financieel/eigenaars) belang heeft in onderneming M en daarmee dus verbonden is aan een reeds bestaande (commerciële) relatie tussen ondernemer M en ondernemer K (in het kader van de aanbesteding van aanbestedende dienst B), die bovendien is voortgezet inzake de aanbesteding van aanbestedende dienst C (die dus nota bene gelijktijdig 'liep' met de onderhavige aanbesteding van aanbesteder) en mogelijk wordt gecontinueerd bij toekomstige aanbestedingen. Dit belang van H conflicteert met zijn belangrijke rol bij de onderhavige aanbesteding, onder meer als beoordelaar van de offertes en voorzitter van de beoordelingscommissie, waarbij ook ondernemer K zich als inschrijver had aangemeld (en in het kader van zijn presentatie op 11 juni 2019 mede door H is beoordeeld). Dit kwalificeert naar de mening van ondernemer als een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012.
- 5.2.9. Dat het aanleveren van curriculumgegevens (dus bovenvermelde 'stap 1') in het kader van de aanbesteding van aanbestedende dienst C als een extra werd beschouwd waarmee extra punten konden worden behaald, doet er niet aan af (hetgeen door aanbesteder wordt miskend) dat ondernemer K en ondernemer M wederom van oordeel waren dat zij kennelijk gezamenlijk succesvol konden

inschrijven op een aanbesteding voor inzetplanning (stap 2; ('rudimentaire') oplossing ondernemer M) en roosteren (stap 3; ondernemer K). Dat ondernemer M in zijn aanbod heeft aangegeven dat zijn product N ook kan worden gekoppeld aan het product van ondernemer is weinig relevant, nu uiteindelijk ondernemer M en ondernemer K gezamenlijk een aanbieding hebben gedaan op de aanbesteding van aanbestedende dienst C. Daar waar aanbesteder in zijn reactie zonder enige deugdelijke onderbouwing stelt dat ondernemer M geen inzetplanning (stap 2) aanbiedt, volgt uit de reactie van ondernemer K onder 4.4 (zie 4.51 hiervoor) klip en klaar dat ondernemer M ten behoeve van aanbestedende dienst C de inzetplanning (stap 2) wél degelijk voor zijn rekening zou nemen en ondernemer K het roosteren (stap 3). Hieruit volgt ook zonder meer dat ondernemer M aan aanbestedende dienst C een product (product N) heeft aangeboden dat ook ziet op inzetplanning (stap 2). Onderstrepingen door ondernemer:

'(...) Afhankelijk van de mogelijkheden van deze systemen en het gewenste proces van [Aanbestedende dienst C] kan [product N] alleen de informatieverzameling uitvoeren, maar daarnaast ook inzage geven in de inzetplanning (belasting en beschikbaarheid resources)."

(...)

Verder heeft [Ondernemer M] laten zien hoe inzetplanning zou kunnen worden gedaan in [product N]. [Ondernemer K] heeft [zijn] software voor roosteren, [product L], getoond.'

- 5.2.10. De stelling van aanbesteder dat ondernemer M (met product N) geen inzetplanning biedt (stap 2) en de suggestie van ondernemer K (zie 4.51 onder 3.3 en 3.4 hiervoor) dat ondernemer M een 'rudimentaire oplossing' voor inzetplanning biedt (stap 2) die niet commercieel door ondernemer M zou worden ingezet is volgens ondernemer dan ook onjuist. In dat kader wijst ondernemer op de aanbestedingen van aanbestedende diensten B en C (in welk verband ondernemer M de inzetplanning (stap 2) immers binnen de uitgevraagde oplossingen voor zijn rekening wenste te nemen en nota bene zelfs heeft gedemonstreerd bij aanbestedende dienst C). Dit wordt nog eens bevestigd door de hierboven aangehaalde voorgenomen opdrachtverstrekking aan ondernemer M door aanbestedende dienst J, die dus mede betrekking heeft op inzetplanning (stap 2) en door ondernemer M kan worden gedaan met product N.

6. Aanvullende informatie aanbesteder

- 6.1. Aanbesteder heeft als volgt op de aanvullende informatie van ondernemer gereageerd.
- 6.2. Allereerst gaat aanbesteder in op zijn beroep op rechtsverwerking.
- 6.2.1. Ondernemer heeft gesteld dat hij pas sinds april 2019 wist dat H betrokken was bij ondernemer M (zie 5.1.1 hiervoor). Die stelling vindt aanbesteder volstrekt ongeloofwaardig. In dat kader voert aanbesteder aan dat ondernemer en H sinds de presentatie op 17 april 2018 nauw samenwerken bij de implementatie van product Q. Een medewerkster van ondernemer en H werkten gedurende een periode van 10 maanden zelfs wel 2 à 3 dagen per week samen. Tijdens die nauwe samenwerking is de betrokkenheid van H bij ondernemer M wel degelijk aan bod gekomen. Desgewenst is H bereid hierover een (bij een notaris) beëdigde verklaring af te leggen.

- 6.2.2. Ook overigens vindt aanbesteder het ongeloofwaardig dat ondernemer niet op de hoogte zou zijn geweest van de betrokkenheid van H bij ondernemer M. De markt is klein, zoals ondernemer in zijn brief van 26 juni 2019 onderkent (zie 1.7 hiervoor), zodat hij om die reden op de hoogte moet zijn geweest van de activiteiten van H, ook bij ondernemer M. Ondernemer kende ondernemer M al; zij waren bij de aanbesteding van aanbestedende dienst B in de zomer van 2018 immers met elkaar in concurrentie getreden. Iedere inschrijver verkent natuurlijk zijn concurrenten op een aanbesteding, zeker als de markt klein is (zoals ondernemer zelf stelt). Minst genomen bekijk je de website van een andere inschrijver op de concrete aanbesteding. Bij een eerste blik op de website van ondernemer M is direct duidelijk dat H daar werkt; op de homepage staat hij tot twee keer toe afgebeeld met een grote foto en ook zijn naam is op die homepage vermeld.
- 6.2.3. Voorts stelt ondernemer dat de algemeen directeur, de commercieel directeur en een medewerkster van ondernemer in het kader van hun werkzaamheden voor aanbesteder (of anderszins) niet door H zijn geïnformeerd over zijn betrokkenheid en (toekomstige) rol bij de onderhavige aanbesteding van aanbesteder (penvoerder aanbesteding, voorzitter beoordelingscommissie, beoordelaar). De ontkenning van ondernemer acht aanbesteder gegeven de specifieke beschrijving van de situatie waarin H wel degelijk zijn betrokkenheid met de algemeen directeur van ondernemer heeft gedeeld – “de ronde langs de opleidingen op 19 april 2019” (zie 4.4 hiervoor) – ongeloofwaardig.
- 6.2.4. Aanbesteder wijst er op dat ondernemer in ieder geval erkent dat hij in april 2019 wist dat H bij ondernemer M was betrokken (zie 5.1.1 hiervoor). Toen hij vervolgens op 4 juni 2019 de uitnodiging voor de demopresentatie ontving waar de naam van H expliciet op stond vermeld, heeft ondernemer daarover geen vraag gesteld, laat staan een klacht over ingediend. Ondernemer stelt daar niets tegenover. Ondanks dat de naam van H stond vermeld op de uitnodiging voor het geven van een demopresentatie voor de onderhavige aanbesteding, behoefde ondernemer niet te bevroeden dat H bij die aanbesteding was betrokken, aldus de weergave van het standpunt van ondernemer in 5.1.3 hiervoor door aanbesteder. Dat valt volgens aanbesteder niet vol te houden. Een IT-specialist als H is natuurlijk niet ingehuurd om alleen inschrijvers bij de receptie op te halen.
- 6.2.5. Voor zover al zou moeten worden meegegaan met het ongeloofwaardige betoog van ondernemer dat het hem pas tijdens de presentatie van 11 juni 2019 bekend werd dat H bij de aanbesteding was betrokken, heeft ondernemer nog ruim een week gewacht om dat punt bij aanbesteder aan de orde te stellen, tot aan het moment dat duidelijk werd dat hij de opdracht niet had gewonnen. Ook dat is volgens aanbesteder niet wat van een voortvarend en proactief inschrijver mag worden verwacht. Sterker, conform de Grossmann-air jurisprudentie dient dat tot gevolg te hebben dat ondernemer zijn recht om te klagen heeft verwerkt en reeds om die reden zijn klachten door de Commissie moeten worden afgewezen.
- 6.2.6. H ontkent overigens stellig dat ondernemer vóór, bij aanvang of tijdens de presentatie een opmerking heeft gemaakt over zijn betrokkenheid bij de aanbesteding en is bereid daarover bij een notaris een beëdigde verklaring af te leggen.
- 6.3. Vervolgens gaat aanbesteder in op het vermeende belangenconflict.
- 6.3.1. Om te beginnen valt het aanbesteder op dat ondernemer in zijn reactie niet langer spreekt van een “commerciële afhankelijkheidsrelatie” tussen H en ondernemer K zoals hij dat eerder deed in zijn klacht (zie 3.2.4 onder c hiervoor), maar nog slechts van een “commerciële (samenwerkings)relatie” (zie 5.2.4 hiervoor). Die samenwerkingsrelatie is uitsluitend gebaseerd op het inschrijven bij twee

opdrachten (voor aanbestedende diensten B en C). Voor de goede orde: die opdrachten hebben zij niet samen uitgevoerd.

- 6.3.2. Aanbesteder voert aan dat enkel een eerdere samenwerking nog niet tot een belangconflict in de zin van artikel 1.10 b Aw leidt en verwijst in dat kader naar 4.35 hiervoor.
- 6.3.3. Volgens ondernemer is het onjuist dat ondernemer M geen of slechts een rudimentaire versie van inzetplanning zou kunnen leveren. Ter onderbouwing van die stelling voert hij uitsluitend aan dat ondernemer heeft ingeschreven op de aanbestedingen van aanbestedende diensten B en C. Om te beginnen merkt aanbesteder op dat dat geen nieuw feit betreft, maar een herhaling van zetten. Ondernemer heeft dat standpunt immers al in zijn klacht opgenomen en daar heeft aanbesteder op gereageerd.
- 6.3.4. Voor wat betreft de aanbesteding van aanbestedende dienst B herhaalt aanbesteder dat het nog voordat aanbestedende dienst B de gunningsbeslissing had genomen, ondernemer M en ondernemer K duidelijk werd dat zij de vereiste inzetplanning niet konden leveren. Dat ondernemer M en ondernemer K daar op voorhand, bij inschrijving, nog niet zeker van waren of een gooi naar de opdracht wilden wagen, doet volgens aanbesteder niet af aan de werkelijkheid dat ondernemer M de gevraagde inzetplanning niet kon (en kan) leveren.
- 6.3.5. Voor wat betreft de aanbesteding van aanbestedende dienst C voert aanbesteder aan dat ondernemer erkent dat het aanleveren van curriculumgegevens zoals ondernemer M dat kan met zijn product N, als een extra werd gezien waarmee punten konden worden gescoord (zie 5.2.9 hiervoor). Aanbesteder heeft van ondernemer K begrepen dat de enkele eis die betrekking had op inzetplanning blijk gaf van een gewenst systeem dat zo basaal was, dat ondernemer K ervan uitging dat hij dat zelf eenvoudig kon oplossen. Voorts heeft aanbesteder van ondernemer K begrepen dat ondernemer K op die basis de inschatting had gemaakt dat hij een reële kans op de opdracht zou hebben en hij heeft daarbij laten meewegen dat aanbestedende dienst C weleens zulke voordelen zou zien in de producten en dienstverlening van ondernemer K (en ondernemer M) dat aanbestedende dienst C het voor lief zou nemen dat hij de inzetplanning op een andere manier zou moeten oplossen. Aanbesteder weerspreekt dat ondernemer K in zijn reactie heeft gezegd dat ondernemer M inzetplanning kan leveren.
- 6.3.6. Het enige nieuwe punt van ondernemer in relatie tot zijn klacht is dat aanbestedende dienst J voornemens zou zijn geweest een opdracht aan ondernemer M te gunnen. Anders dan ondernemer stelt betrof dit volgens aanbesteder echter geen opdracht voor inzetplanning zoals omschreven als stap 2. Bij die opdracht was curriculumbeheer de insteek en was er een ontwikkelopdracht voor het ondersteunen van de planningsbehoefte (staffing) van aanbestedende dienst J. Dat laatste is niet hetzelfde als de standaard inzetplanning zoals, vaak in combinatie met roosters, door hogescholen wordt uitgevraagd. Ondernemer M heeft aanbestedende dienst J in ieder geval laten weten inzetplanning in die vorm niet te kunnen leveren.
- 6.3.7. Tot slot merkt aanbesteder nog het volgende op. Aanbesteder heeft een IT-deskundige (H) ingehuurd ter ondersteuning van de inkoop en de implementatie van inzetplanning (stap 2). Het was dus nota bene op advies van H dat aanbesteder inzetplanning heeft ingekocht bij ondernemer. Indien ondernemer M daadwerkelijk inzetplanning zou kunnen leveren in de zin van stap 2, zoals ondernemer in zijn reactie suggereert, zou H natuurlijk nooit ondernemer voor aanbesteder hebben geselecteerd. Ondernemer M had dan immers evenzeer aanspraak kunnen maken op die opdracht, hetgeen hij niet heeft gedaan.

6.4. Aanbesteder voegt opnieuw reactie ondernemer K bij

Aanbesteder heeft opnieuw een reactie van ondernemer K bijgevoegd en verzocht die als herhaald en ingelast te beschouwen als weergave van de visie van de voorlopige winnaar van de onderhavige aanbesteding.

`(...)

3.1 De reactie op de geschetste feiten met betrekking tot de rol van [H] bij de aanbesteding voor rooster software en de bekendheid daarmee bij [Ondernemer] is ongeloofwaardig, met name nu ook door [A] is geconstateerd dat [H] en [een medewerkster van ondernemer] nauw hebben samengewerkt.

(...)

3.3. Ook nu weer bedient [Ondernemer] zich van aannames, eigen oordelen en suggesties die feitelijk niet juist zijn, nog afgezien van de vraag of daar een vordering op gebaseerd kan zijn.

Ter illustratie:

- [5.2.4 hiervoor]: "... volgt hieruit ook dat [Ondernemer M]/[Ondernemer K] van oordeel zijn geweest dat door [Ondernemer M] in het kader van deze twee aanbestedingen aan stap 2 (inzetplanning) zou kunnen worden voldaan. Immers, waarom zou anders de moeite worden genomen om een inschrijving te doen op een aanbesteding waarbij inzetplanning onderdeel uitmaakt van de opdracht, terwijl hieraan niet zou kunnen worden voldaan."

[Ondernemer] meet zich hier al redenerend een oordeel aan over keuzes de [Ondernemer M] en/of [Ondernemer K] gemaakt zouden hebben en gaat ervan uit dat dat de enige 'waarheid' is en verbindt daaraan de conclusies dat er dus tussen hen een commerciële relatie bestaat en dat zij er dus op uit zijn om referenties te verwerven en dat er daarom dus ten aanzien van [H] een conflicterend belang bestaat en dat daarom dus de inschrijving van [Ondernemer K] zou moeten worden uitgesloten. Deze stellingname is zeer vergezocht.

- Punt 12: "... dat zij kennelijk wel van oordeel zijn geweest dat het de moeite waard was om hier op in te schrijven."

Nogmaals, [Ondernemer] meet zich allerlei oordelen aan over commerciële keuzes die [Ondernemer K] maakt en verbindt daaraan fantasierijke conclusies.

3.4. [Ondernemer K] is uiteraard niet bekend met de keuzes en strategieën van [Ondernemer M] en [hij] kan alleen voor zichzelf spreken. [Ondernemer K] merkt op dat de Nederlandse onderwijsmarkt voor [hem] relatief nieuw is en dat [hij] zoekende is naar wat onderwijsinstellingen in het kader van onderhavige aanbestedingsprocedure (en in het bijzonder [Aanbesteder]) vragen, wat voor hen belangrijk is en hoe de werkzaamheden voor curriculumontwikkeling, inzetplanning en roosteren geregeld zijn. Bij veel [onderwijsinstellingen in een ander land] worden voor bijvoorbeeld curriculumontwikkeling en inzetplanning geen hoogwaardige softwareprogramma's gebruikt omdat het daar om relatief eenvoudige en weinig handelingen gaat die ook handmatig in de roostersoftware kunnen worden ingevuld. [Ondernemer K] moet de Nederlandse markt nog ontdekken en bij Nederlandse instellingen lijkt de complexiteit voor de processen hoger te liggen. Dat heeft ook gevolgen voor wat instellingen aan functionaliteit verwachten.

3.5. De aanbesteding van [Aanbestedende dienst B] was de eerste aanbesteding van een Nederlandse hogeschool waarop [Ondernemer K] heeft gereageerd, in dit geval samen met [Ondernemer M]. Op basis van de gestelde eisen was [Ondernemer K], de Nederlandse onderwijsmarkt niet kennende, van mening dat [hij] over de functionaliteit voor inzetplanning beschikte. Tijdens de presentatie werd duidelijk dat [Aanbestedende dienst B] heel specifieke ideeën heeft bij wat "inzetplanning" is. Die invulling werd duidelijk nadat er diverse vragen door aanwezigen werden gesteld. Op basis daarvan was het voor [Ondernemer K] duidelijk dat [hij] (samen met [Ondernemer M]) niet kon voldoen aan de vraag.

3.6. Het ontdekken van nieuwe markten mag. Daarbij foute inschattingen maken, mag. Denken dat je met je product kunt voldoen aan een bepaalde vraag maar daarin een misrekening maken, mag. De vergaande, vergezochte conclusies die [Ondernemer] daaraan verbindt, behoeven niet (per sé) de conclusies te zijn die de partijen die het aangaat trekken.

3.7. Dat geldt ook voor de vraag van [Aanbestedende dienst C]. Benadrukt moet worden dat het hierbij niet ging om een Europese of nationale aanbestedingsprocedure. [Aanbestedende dienst C] heeft [Ondernemer K] uitgenodigd om [zijn] applicatie te presenteren. Op basis van de eisen die [Aanbestedende dienst C] [hem] verstrekte schatte [Ondernemer K] in dat het om een opdracht voor roosteren zou gaan. De enkele eis die betrekking had op inzetplanning gaf blijk van een gewenst systeem dat zo basaal was, dat [Ondernemer K] ervan uitging dat [hij] dat eenvoudig kon oplossen. [Ondernemer K] heeft op basis daarvan de inschatting gemaakt dat [hij] een reële kans op de opdracht zou hebben en [hij] heeft daarbij mee laten wegen dat [Aanbestedende dienst C] weleens zulke voordelen zou zien in de producten en dienstverlening van [Ondernemer K] (en [Ondernemer M]) dat [Aanbestedende dienst C] het voor lief zou nemen dat [hij] de inzetplanning op een andere manier zou moeten oplossen. Omdat het geen aanbesteding was (ondanks de beweringen van [[Ondernemer] hierover), had [Aanbestedende dienst] grote vrijheid in de besluitvorming.

3.8. Nu [Ondernemer K] de markt beter kent en daarmee dus ook beter kan inschatten wat Nederlandse onderwijsinstellingen onder inzetplanning verstaan, is het [Ondernemer K] duidelijk dat [hij] over die functionaliteit niet beschikt. [Ondernemer] presenteert [zijn] beleving van de werkelijkheid als feiten terwijl [hij] (natuurlijk) geen kennis kan hebben van de afwegingen van [Ondernemer K].

(...)'

7. Beoordeling

- 7.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder op 23 april 2019 een Europese openbare procedure heeft aangekondigd voor een overheidsopdracht tot het leveren en implementeren van een onderwijslogistieke oplossing (roostersoftware). Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 van de Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 7.2. De Commissie zal eerst onderzoeken of ondernemer de klacht tijdig bij aanbesteder onder de aandacht heeft gebracht.
 - 7.2.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in dat een inschrijver – mogelijke – inbreuken op het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde recht bij de aanbesteder dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de aanbesteder daarmee mogelijk in staat

wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.

- 7.2.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat ondernemer (in ieder geval) vanaf de productdemonstratie op 11 juni 2019 wist dat H betrokken was bij de onderhavige aanbestedingsprocedure en de beoordeling van de inschrijvingen. Aanbesteder heeft gesteld dat ondernemer reeds eerder daarvan op de hoogte was (zie 4.4, 4.6, 4.7 en 6.2.3 hiervoor), maar ondernemer heeft dat weersproken (zie 5.1.1 en 5.1.3 hiervoor). In de aanbestedingsstukken was de rol van H bij de onderhavige aanbestedingsprocedure niet bekendgemaakt.
- 7.2.3. Ondernemer heeft op zijn beurt gesteld dat zijn commercieel directeur op 11 juni 2019 vóór de productdemonstratie zijn verbazing over de conflicterende belangen van H aan H kenbaar heeft gemaakt (zie paragraaf 2.3.3 van het rapport van A in 1.8 en zie ook 5.1.2 hiervoor). Aanbesteder heeft dat weersproken (zie 6.2.6 hiervoor).
- 7.2.4. Voorts is het de Commissie op basis van het dossier niet gebleken dat ondernemer vóór de mededeling van de gunningsbeslissing van 18 juni 2019 wist dat ondernemer K op de onderhavige aanbestedingsprocedure had ingeschreven en een productdemonstratie had mogen geven.
- 7.2.5. Gezien het karakter van de klachtprocedure, heeft de Commissie geen mogelijkheden tot het verder onderzoeken van de feiten, bijvoorbeeld door middel van het horen van getuigen (vgl. Advies 117, overweging 6.2.2). De Commissie neemt daarom tot uitgangspunt dat ondernemer vanaf 11 juni 2019 op de hoogte was van de betrokkenheid van H, in het bijzonder als beoordelaar en voorzitter van de beoordelingscommissie, bij de onderhavige aanbestedingsprocedure. Verder laat de Commissie in het midden of ondernemer op 11 juni 2019 voorafgaande aan de productdemonstratie zijn verbazing over de conflicterende belangen van H aan H kenbaar heeft gemaakt. Ten slotte neemt de Commissie tot uitgangspunt dat ondernemer pas bij de ontvangst van de mededeling van de gunningsbeslissing op 18 juni 2019 wist dat ondernemer K op de onderhavige aanbestedingsprocedure had ingeschreven en een productdemonstratie had mogen geven.
- 7.2.6. Naar het oordeel van de Commissie kan het ondernemer onder deze omstandigheden niet worden verweten onvoldoende proactief te hebben gehandeld. Pas op het moment dat hij zowel op de hoogte was van de rol van H bij de onderhavige aanbestedingsprocedure, als van het feit dat ondernemer K had ingeschreven op de procedure, kon hij weten van een mogelijk belangenconflict. Dat laatste werd pas op 18 juni 2019 in de mededeling van de gunningsbeslissing aan ondernemer bekendgemaakt. Na ontvangst van de mededeling van de gunningsbeslissing heeft ondernemer snel aan de bel getrokken. Hij heeft al op 18 juni 2019 om een gesprek verzocht, dat vervolgens op 25 juni heeft plaatsgevonden (zie 5.1.2 en de brief van 26 juni 2019 in 1.7 hiervoor). Naar het oordeel van de Commissie heeft ondernemer daarmee niet in strijd met de in 7.2.1 hiervoor bedoelde verplichting gehandeld. De Commissie kan de klacht dan ook in behandeling nemen.
- 7.3. Daarmee komt de Commissie toe aan de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 7.4. Alvorens tot beoordeling van de klachtonderdelen over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer.
- 7.4.1. In artikel 1.8 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelt.

7.4.2. Artikel 24 Richtlijn 2014/24/EU ziet op belangenconflicten en is in artikel 1.10b Aw 2012 geïmplementeerd. In artikel 1.10b Aw 2012 is bepaald:

‘1. 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.

2. Onder belangenconflicten als bedoeld in het eerste lid wordt in ieder geval de situatie verstaan waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst, (...) of de namens de aanbestedende dienst (...) optredende publiekrechtelijke of privaatrechtelijke instantie die een aanvullende aankoopactiviteit op de markt aanbiedt, 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.’

7.4.3. Vervolgens is in artikel 2.87 Aw 2012 onder meer bepaald:

‘1. De aanbestedende dienst kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure op de volgende gronden:

(...)

e. een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b kan niet effectief worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen;

f. wegens de eerdere betrokkenheid van de inschrijver of gegadigde bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure heeft zich een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 2.51 voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen;

(...)

h. de inschrijver of gegadigde heeft zich in ernstige mate schuldig gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of het voldoen aan de geschiktheidseisen of heeft die informatie achtergehouden, dan wel was niet in staat de ondersteunende documenten, bedoeld in de artikelen 2.101 en 2.102, over te leggen;

(...)

7.5. Klachtonderdeel 1

7.5.1. In de onderhavige zaak gaat het om de betrokkenheid van de externe projectleider, H, bij de aanbestedingsprocedure. De Commissie zal onderzoeken of er sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012.

7.5.2. De Commissie constateert dat tussen partijen het volgende niet ter discussie staat.

7.5.3. Aanbesteder heeft H ingehuurd voor de ondersteuning van de inkoop en implementatie van de onderdelen inzetplanning en roosteren. In het kader van de onderhavige aanbestedingsprocedure was H projectleider en tevens voorzitter van de beoordelingscommissie. De samenstelling van de beoordelingscommissie is tot stand gekomen in onderling overleg tussen de programmamanager, de senior inkoop en H. De programmamanager was eindverantwoordelijk voor de benoeming van de beoordelingscommissie. De beoordelingscommissie bestond uit H, twee functioneel beheerders en de Teamleider Onderwijsplanning (zie de brief van ondernemer van 26 juni 2019 en paragraaf 2.3.1 van het rapport van A in 1.7 en 1.8 hiervoor).

- 7.5.4. H heeft de opzet van het programma van eisen geschreven. Het programma van eisen is tot stand gekomen in nauwe samenwerking met de opleidingsmanager, de Teamleider Onderwijsplanning, de Functioneel Beheerder en nog een lid van de beoordelingscommissie. Het programmateam heeft, voorgezeten door de programmamanager, het programma van eisen vastgesteld. De beoordelingscommissie heeft een voorstel gedaan voor de gunningscriteria en de weging daarvan. De opleidingsmanager en de programmamanager hebben deze getoetst en vastgesteld (zie paragraaf 2.3.2 van het rapport van A in 1.8 hiervoor).
- 7.5.5. Beide inschrijvers – ondernemer en ondernemer K – hebben op 11 juni 2019 een productdemonstratie gegeven voor de beoordelingscommissie. De leden van de beoordelingscommissie hebben ieder afzonderlijk een beoordeling gegeven. Op basis van de daaropvolgende bijeenkomst met de senior inkoper en de beoordelingscommissie zijn de individuele beoordelingen niet aangepast (zie paragraaf 2.3.3 van het rapport van A in 1.8 hiervoor).
- 7.5.6. Aanbesteder heeft in de mededeling van de gunningsbeslissingen van 18 juni 2019, 9 oktober 2019 en 20 november 2019 bekendgemaakt de opdracht te willen gunnen aan ondernemer K.
- 7.5.7. H is enig aandeelhouder en bestuurder van ondernemer P. Die vennootschap is 32% aandeelhouder en één van de drie bestuurders van ondernemer M. H is inhoudelijk en operationeel betrokken bij onderneming M (zie onder meer paragraaf 2.2 en 3.1 van het rapport van A, de onderbouwing van de klacht en de reactie op de klacht in 1.8, 3.2.4 onder h en 4.16 hiervoor).
- 7.5.8. Ondernemer K en ondernemer M hebben in 2018 samen ingeschreven op een aanbestedingsprocedure van aanbestedende dienst B. Zij hebben die opdracht niet gegund gekregen (zie onder meer 4.30, 1-4.34 en 4.51 in 7.1 sub viii hiervoor).
- 7.5.9. Ten tijde van de onderhavige aanbestedingsprocedure hebben ondernemer K en ondernemer M in het kader van een onderhandse procedure van aanbestedende dienst C gezamenlijk een presentatie gegeven voor aanbestedende dienst C (zie de brief van ondernemer van 26 juni 2019, paragraaf 2.2 van het rapport van A en punt 19 van het advies van het klachtenmeldpunt in 1.7, 1.8, 1.12 en ook 4.31-4.34 en 4.51.1 in 7.1 sub viii hiervoor). Ook deze opdracht is uiteindelijk niet aan ondernemer K, al dan niet tezamen met ondernemer M (zie 4.33 en 4.51 onder 4.9 hiervoor), gegund.
- 7.5.10. Op basis van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat er sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012. H was in opdracht van aanbesteder als projectleider en voorzitter van de beoordelingscommissie betrokken bij de onderhavige aanbestedingsprocedure en kon invloed hebben op het resultaat van de procedure. Niet alleen had hij een rol bij het opstellen van het Programma van Eisen en het bepalen van (de weging van) de gunningscriteria, ook was hij als voorzitter bij de beoordeling van de inschrijvingen betrokken. Via ondernemer P had H een zakelijk belang in ondernemer M. Ondernemer M heeft in 2018 samen met ondernemer K ingeschreven op een aanbestedingsprocedure. Ondernemer M en ondernemer K hebben in 2019 samen een presentatie gegeven voor een potentiële opdrachtgever. Daarmee had H een economisch of persoonlijk belang dat zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de onderhavige aanbestedingsprocedure in het gedrang kan brengen. H had er belang bij ondernemer K gunstig te stemmen met het oog op de samenwerking in het kader van de aanbestedingsprocedure van aanbestedende dienst C die ten tijde van de onderhavige aanbestedingsprocedure nog liep en mogelijke samenwerking in de toekomst.

7.5.11. Naar het oordeel van de Commissie is voor de beoordeling of sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 niet vereist dat er ook daadwerkelijk sprake is geweest van beïnvloeding van de aanbestedingsprocedure (vgl. Rb. Den Haag 2 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6249, r.o. 5.5, Rb. Den Haag (vzr.), 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, en Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1905, r.o. 10).

7.5.12. Daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

7.6. Klachtonderdeel 2

7.6.1. Bij de beoordeling van dit klachtonderdeel heeft als uitgangspunt te gelden dat de Commissie van oordeel is dat sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 (zie de beoordeling van klachtonderdeel 1 hiervoor). Op basis van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012 had aanbesteder dan ook passende maatregelen moeten nemen om het belangenconflict 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.

7.6.2. Tussen partijen staat niet ter discussie dat aanbesteder geen maatregelen in de zin van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012 heeft genomen in het kader van dit belangenconflict.

7.6.3. De Commissie constateert dat aanbesteder geen navraag heeft gedaan bij H naar mogelijke belangenconflicten, dat aanbesteder de betrokkenheid van H bij de onderhavige aanbestedingsprocedure niet in de aanbestedingsstukken bekend heeft gemaakt, dat aanbesteder geen maatregelen heeft getroffen om de betrokkenheid van H bij inschrijvingen op de onderhavige aanbestedingsprocedure te voorkomen, dat H een rol heeft gehad bij het opstellen van het Programma van Eisen, dat H een rol heeft gehad bij het bepalen van de gunningscriteria en de weging daarvan, dat H als voorzitter van de beoordelingscommissie betrokken was bij de beoordeling van de inschrijvingen en dat aanbesteder de aanbestedingsprocedure vooralsnog niet heeft ingetrokken.

7.6.4. Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbesteder daarmee in strijd gehandeld met artikel 1.10b, lid 1 Aw 2012.

7.6.5. Daarmee is ook klachtonderdeel 2 naar het oordeel van de Commissie gegrond.

7.7. Klachtonderdeel 3

7.7.1. Doordat het belangenconflict niet is voorkomen, niet is onderkend en er geen maatregelen zijn genomen om het belangenconflict op te lossen, kan naar het oordeel van de Commissie niet worden uitgesloten dat de mededinging als gevolg van het belangenconflict is vervalst. Ondanks het belangenconflict is H niet alleen betrokken geweest bij het bepalen van het programma van eisen en (de weging van) de gunningscriteria, maar zelfs bij de beoordeling van de inschrijvingen. Dat in het onderzoek van A is geconstateerd dat er geen aanwijzingen zijn gevonden dat de relatie tussen H en ondernemer K invloed heeft gehad op de beoordeling van de inschrijvingen (zie paragraaf 3.2 van het rapport in 1.8 hiervoor), sluit niet uit dat het belangenconflict effect heeft gehad op de uitkomst van deze aanbestedingsprocedure.

7.7.2. Naar het oordeel van de Commissie had aanbesteder ná de mededeling van de gunningsbeslissing van 18 juni 2019 op grond van artikel 1.10b, lid 1, Aw 2012

alsnog passende maatregelen moeten nemen om het belangenconflict op te lossen. Doordat eerder geen passende maatregelen waren genomen, was op dat moment naar het oordeel van de Commissie de enige mogelijke passende maatregel de aanbestedingsprocedure in te trekken (vgl. Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1905, r.o. 10). Nu aanbesteder dat vooralsnog heeft nagelaten, is klachtonderdeel 3 naar het oordeel van de Commissie eveneens gegrond.

7.8. Klachtonderdeel 4

Aangezien de enige passende maatregel op basis van artikel 1.10b Aw 2012 naar het oordeel van de Commissie het intrekken van de aanbestedingsprocedure is (zie de beoordeling van klachtonderdeel 3 hiervoor), komt de Commissie niet meer toe aan de beoordeling van klachtonderdeel 4 waarin is geklaagd dat aanbesteder de inschrijving van ondernemer K ten onrechte niet heeft uitgesloten.

8. Advies

De Commissie acht klachtonderdelen 1, 2 en 3 **gegrond** en komt niet meer toe aan behandeling van klachtonderdeel 4.

9. Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om bij inschakeling van derden in het kader van een aanbestedingsprocedure altijd om een verklaring te vragen dat er geen sprake is van een conflicterend belang in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 en dat conflicterende belangen ook gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden gemeld.

Den Haag, 28 februari 2020

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter