

Conflicterende belangen

Commissie van Aanbestedingsexperts
28 februari 2020, Advies 562
Noot mr. dr. A.J. van Heeswijck

**Programma van Eisen. Belangenconflict.
Mededingingsrecht. Beoordelingscommissie.
Rechtsverwerking.**

[Aw 2012 art. 1.10b]

Aanbesteder heeft op 23 april 2019 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een overheidsopdracht tot het leveren en implementeren van een onderwijslogistieke oplossing (roostersoftware). Ondernemer heeft een inschrijving ingediend. Op 4 juni 2019 heeft aanbesteder ondernemer per e-mail uitgenodigd om een demonstratie te komen geven. Aanbesteder heeft de mededeling van de gunningsbeslissing op 18 juni 2019 aan ondernemer gezonden. Hieruit blijkt dat er twee geldige inschrijvingen zijn gedaan. Uit de 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.

Beoordeling**Tijdig geklaagd?**

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, maar ondernemer heeft dat weersproken. In de aanbestedingsstukken was de rol van H bij de onderhavige aanbestedingsprocedure niet bekendgemaakt. 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 onderhavi-

ge aanbestedingsprocedure, als van het feit dat ondernemer K had ingeschreven op de procedure, kon weten van een mogelijk belangenconflict. Dat laatste werd pas in de mededeling van de gunningsbeslissing aan ondernemer bekend gemaakt. Na ontvangst van de mededeling van de gunningsbeslissing aan ondernemer heeft ondernemer snel aan de bel getrokken. De Commissie kan de klacht dan ook in behandeling nemen.

Klachtonderdeel 1

De Commissie onderzoekt of er sprake is van een belangenconflict in de zin van art. 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 kon 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. Naar het oordeel van de Commissie is voor de beoordeling of sprake is van een belangenconflict in de zin van art. 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

Ondernemer stelt dat de aanbesteder geen maatregelen in de zin van art. 1.10 lid 1 Aw 2012 heeft genomen in het kader van bovengenoemd belangenconflict.

De Commissie constateert dat aanbesteder geen navraag heeft gedaan bij H naar mogelijke belan-

genconflicten, dat aanbestede de betrokkenheid van H bij de onderhavige aanbestedingsprocedure niet in de aanbestedingsstukken bekend heeft gemaakt, dat aanbestede 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 aanbestede de aanbestedingsprocedure vooralsnog niet heeft ingetrokken.

Naar het oordeel van de Commissie heeft aanbestede daarmee in strijd gehandeld met art. 1.10b lid 10 Aw 2012. Daarmee is ook naar oordeel van de Commissie klachtonderdeel 2 gegrond.

Klachtonderdeel 3

Verder wordt door ondernemer gesteld dat de aanbestede 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) gunningscriteria, maar zelfs bij de beoordeling van 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 aanbestede ná de mededeling van de gunningsbeslissing van 18 juni 2019 op grond van art. 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 aanbestede 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 art. 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 aanbestede de inschrijving van ondernemer K ten onrechte niet heeft uitgesloten.

Aanbeveling

De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om bij inschakelen 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 art. 1.10b Aw 2012 en dat conflicterende belangen ook gedurende de aanbestedingsprocedure zullen worden gemeld.

(mr. C.E.C. Jansen en mr. A.C.M. Fischer-Braams)

Het volledige advies is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl

NOOT

Belangenconflict

Een belangenconflict houdt het risico in dat de aanbestedende dienst zich laat leiden door overwegingen die niets met de betrokken opdracht van doen hebben en dat door dit feit alleen de voorkeur wordt gegeven aan een bepaalde inschrijver.¹ Art. 1.10b lid 1 Aw 2012 draagt de aanbestedende dienst op passende maatregelen te nemen om (onder meer) belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, onderkennen en op te lossen, ten einde vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren. Art. 1.10b lid 2 Aw

1 HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, «JAAN» 2015/60 (eVigilo), m.nt. Verweij, r.o. 35.

2012 bevat een omschrijving van situaties waarin in ieder geval sprake is van een belangenconflict.

Bij de beoordeling van een (vermeend) belangenconflict zijn twee vragen te onderscheiden. Ten eerste of zich een belangenconflict voordoet. Ten tweede, als de eerste vraag bevestigend is beantwoord, of dit belangenconflict de aanbestedingsprocedure heeft beïnvloed. In bovenstaand advies van de CvAE zijn met name de overwegingen over de tweede vraag interessant. De CvAE overweegt naar mijn mening terecht dat voor de beoordeling of sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 niet vereist is dat er ook daadwerkelijk sprake is geweest van beïnvloeding van de aanbestedingsprocedure (ov. 7.5.11.).² Voldoende is dat niet kan worden uitgesloten dat de mededinging als gevolg van het belangenconflict is vervalst. Hierop strandt het verweer van de aanbestedende dienst dat in een (door een onafhankelijke derde) uitgevoerd onderzoek geen aanwijzingen zijn gevonden dat de aanbestedingsprocedure is beïnvloed (ov. 7.7.1.).

Opvallend is de verwijzing door het CvAE naar rechtspraak van de Rechtbank Den Haag en het Hof Den Haag. Hierin is naar mijn mening slechts in beperkte mate steun te vinden voor de (in mijn ogen juiste) overwegingen van de CvAE. In deze uitspraken vindt de beoordeling van een belangenconflict namelijk in een andere context plaats, te weten bij de toetsing van de beslissing van de aanbestedende dienst om een aanbesteding in te trekken. Blijkens de uitspraken van de rechtbank Den Haag en het Hof Den Haag is de *mogelijkheid* van beïnvloeding van de aanbestedingsprocedure door een belangenconflict of andere onregelmatigheden voldoende reden om een aanbesteding in te trekken.³ In een situatie

als de onderhavige, waarin een inschrijver een (vermeend) belangenconflict aan de kaak stelt, lijkt de eis van beïnvloeding wel te worden gesteld.⁴ Dit is trouwens ook vaak het geval in uitspraken van andere lagere rechters.⁵

Het advies van de CvAE illustreert voorts dat aanbestedende diensten er verstandig aan doen hun processen zodanig in te richten dat (potentiële) belangenconflicten tijdig, voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure, worden gesignaleerd en opgelost. Wanneer een belangenconflict pas na de mededeling van de gunningsbeslissing aan het licht komt, is intrekking van de aanbesteding nog de enige passende maatregel om het belangenconflict op te lossen, althans vervalsing van de mededinging te voorkomen (ov. 7.7.2).

mr. dr. A.J. van Heeswijck
advocaat bij van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat

² Zie ook HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, «JAAN» 2015/60 (eVigilo), m.nt. Verweij, r.o. 43.

³ V.zr. Rb. Den Haag 2 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:6249, r.o. 5.5; V.zr. Rb. Den Haag 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3647, «JAAN» 2019/98, r.o. 4.4; Hof Den Haag 25 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318, «JAAN» 2019/122, r.o. 4.8; Hof Den Haag 23 juli 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1905, «JAAN» 2019/126, r.o. 10.

⁴ V.zr. Rb. 3 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16365, «JAAN» 2015/42, r.o. 4.1.

⁵ Zie bijv. V.zr. Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360, «JAAN» 2014/105, r.o. 6.4, m.nt. Hulsteijn e.a.