

## Advies 111

### 1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor de uitvoering van vogeltellingen. Het ARW 2012 is van toepassing op de aanbestedingsprocedure. De opdracht is verdeeld in meerdere percelen.
- 1.2 Klager heeft ingeschreven op de percelen B (Kustbroedvogels Zoute Delta) en D (Watervogels in het Beneden-Rivierengebied).
- 1.3 Op 8 mei 2014 heeft beklagde de mededeling van de gunningsbeslissing aan de inschrijvers – waaronder klager – gezonden.
- 1.4 Op 13 mei 2014 heeft een evaluatiegesprek plaatsgevonden tussen vertegenwoordigers van klager en van beklagde. Van de zijde van beklagde was – onder meer – X bij dat gesprek aanwezig.

### 2. Beschrijving klacht

Beklaagde heeft de opdracht voor wat betreft perceel D gegund aan de Combinatie Y/Z. Bij deze inschrijver is sprake van belangenverstrengeling. De Combinatie had uitgesloten behoren te worden op basis van de Nota "Scheiding van belang, beleid tegen belangenverstrengeling bij aanbestedingen".

### 3. Onderbouwing klacht

X is tijdens de aanbestedingsprocedure opgetreden als beoordelaar van de inschrijvingen namens beklagde. X is tevens werkzaam bij bedrijf Z, een van de combinanten van de Combinatie Y/Z. Hij is daar "regiocoördinator watervogeltellingen Zoute Delta" (*klager heeft een print van de website van Z bijgesloten, Commissie*). X heeft in het evaluatiegesprek met klager van 13 mei 2014 aangegeven dat hij uit hoofde van zijn functie bij beklagde op de website van Z staat en voor zijn hiervoor genoemde regiocoördinatorschap niet door Z betaald wordt. Dit doet volgens klager niet af aan het feit dat X bij Z werkzaam is. Op grond van de door RWS opgestelde Nota "Scheiding van belang" valt de combinatie van de functie van X als beoordelaar in de onderhavige aanbestedingsprocedure namens beklagde enerzijds met diens functie van regiocoördinator bij bedrijf Z anderzijds in categorie 3 van de matrix opgenomen in die Nota (zie blz. 10 van de Nota).

### 4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Klager vraagt om uitsluiting van de Combinatie Y/Z van de aanbestedingsprocedure.

## **5. Reactie beklagde**

- 5.1 Beklaagde wijst de klacht af.
- 5.2 De betreffende medewerker van beklagde (X) is uit hoofde van zijn functie bij beklagde vermeld op de website van bedrijf Z. Deze medewerker heeft louter tot taak om de aanmeldingen van vrijwilligers in ontvangst te nemen en de aanmeldingen te verdelen over de door beklagde beschikbaar gestelde vrijwilligersplaatsen en -tijdvensters. Het is logisch dat de medewerker van beklagde vermeld is op de site van bedrijf Z waarop vrijwilligers duidelijk gemaakt wordt waar zij zich kunnen aanmelden. Die vermelding verbindt de medewerker van beklagde niet met de organisatie (bedrijf Z) die de eigenaar is van de site op een wijze die bedoeld is in de Nota "Scheiding van belang". Deze vermelding maakt deze medewerker van beklagde nog niet tot een medewerker van deze organisatie, noch liert hem aan deze organisatie.
- 5.3 Het is volstrekt gebruikelijk dat medewerkers van een aanbestedende dienst die bij de voorbereiding van de plaatsing van een opdracht betrokken zijn geweest door die aanbestedende dienst ook betrokken worden bij de beoordeling van de inschrijvingen. Dat, en niet meer, is hier het geval. Uiteraard hoeft een dergelijke algemeen gebruikelijke en logische handelwijze van een aanbestedende dienst niet apart door de aanbestedende dienst gemotiveerd te worden.

## **6. Beoordeling**

- 6.1 De Commissie stelt voorop dat beklagde een Europese openbare procedure voor de uitvoering van bepaalde diensten heeft toegepast. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Artikel 1.8 Aw 2012; Hoofdstuk 2 Aw 2012; Hoofdstuk 2 ARW 2012.
- 6.2 Op grond van artikel 1.8 Aw 2012 moet een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen. De Commissie is van oordeel dat wanneer een inschrijver deelneemt aan een aanbestedingsprocedure en vervolgens wordt betrokken bij de beoordeling van de inschrijvingen en de gunningsbeslissing, die inschrijver van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure zal moeten worden uitgesloten vanwege het risico dat wordt gehandeld in strijd met de hiervoor genoemde bepaling. Deze regel vindt niet alleen steun in de literatuur (zie E.H. Pijnacker Hordijk e.a., Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu 2009, Hoofdstuk 17.3.3) maar ligt ook ten grondslag aan de door Rijkswaterstaat in 2007 gepubliceerde Nota "Scheiding van belang, beleid tegen belangenverstrengeling bij aanbestedingen" (zie blz. 1 sub 4 en blz. 10 van de Nota).
- 6.3 Tussen partijen staat niet ter discussie dat X werkzaam is bij beklagde en dat X in die hoedanigheid namens beklagde betrokken is geweest bij zowel de voorbereiding van de onderhavige aanbestedingsprocedure als bij de beoordeling van de inschrijvingen (zie 5.3 hiervoor). Tussen partijen staat evenmin ter discussie dat X op de website van Z als contactpersoon staat vermeld op de pagina "regiocoördinator watervogeltellingen Zoute Delta". Tussen partijen staat ter discussie wat de aard is van de verbondenheid van X aan Z en of die verbondenheid zodanig is dat diens betrokkenheid namens beklagde bij de beoordeling van de inschrijvingen problematisch is in het licht van de in 6.2 genoemde regel.
- 6.4 Met betrekking tot de aard van de verbondenheid van X aan Z hebben klager en beklagde verschillende standpunten ingenomen. Klager stelt dat X werkzaam is bij Z, terwijl beklagde stelt dat X uit hoofde van zijn functie bij beklagde op de

website van Z vermeld staat en dat hij enkel en alleen tot taak heeft om de aanmeldingen van vrijwilligers in ontvangst te nemen en de aanmeldingen te verdelen over de door beklaagde beschikbaar gestelde vrijwilligersplaatsen en -tijdvensters.

- 6.5 De Commissie is van oordeel dat beide standpunten onvoldoende aannemelijk zijn. Aan de ene kant blijkt uit de informatie die de Commissie op de website van Z heeft aangetroffen op geen enkele wijze dat X daar medewerker zou zijn. Er zijn momenteel 65 medewerkers bij Z in dienst die allemaal op de website van Z staan vermeld. De naam van X staat daar niet bij vermeld. Uit de informatie die op een andere pagina van de website van Z is te vinden, blijkt echter weer wel dat X al meer dan 25 jaar als "waarnemer" actief is voor Z. Uit de inhoud van een andere pagina van de website van Z blijkt dat waarnemers vrijwilligers zijn die onbetaald vogeltellingen voor Z verrichten. Veel waarnemers zijn ook lid van Z. Of dat ook geldt voor X, heeft de Commissie niet vastgesteld. Wat daar ook van zij, de Commissie acht het niet aannemelijk dat X enkel en alleen uit hoofde van zijn functie bij beklaagde op de website van Z als regiocoördinator/contactpersoon vermeld staat. Nog afgezien van het feit dat X al ruim 25 jaar vrijwilliger-waarnemer bij Z is, lijkt de arbeidsrelatie tussen X en beklaagde ook overigens geen voorwaarde te zijn om als regiocoördinator/contactpersoon voor Z te kunnen fungeren: de website van Z vermeldt naast X immers nog 18 andere regiocoördinatoren/contactpersonen die niet in dienst zijn van beklaagde en die – in de woorden van beklaagde – de taak hebben om de aanmeldingen van vrijwilligers van Z in ontvangst te nemen en de aanmeldingen te verdelen over de door beklaagde beschikbaar gestelde vrijwilligersplaatsen en -tijdvensters.
- 6.6 Daarmee is de vraag aan de orde of langdurige verbondenheid van X – als waarnemer-vrijwilliger – aan Z zodanig is dat diens betrokkenheid namens beklaagde bij de beoordeling van de inschrijvingen problematisch is in het licht van de in 6.2 genoemde regel. Dat zal naar het oordeel van de Commissie het geval zijn indien zou blijken van feiten of omstandigheden die tot de conclusie leiden dat in het voorliggende geval – door toedoen van X – in de fase voorafgaand aan de gunningsbeslissing sprake is geweest van begunstiging van Combinatie Y/Z, dan wel achterstelling van de overige inschrijvers, waardoor de eerlijke mededinging in de aanbestedingsprocedure geschaad zou zijn. Het ligt dan op de weg van klager om voldoende aannemelijk te maken dat door toedoen van X de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers ten faveure van Combinatie Y/Z – de winnende inschrijver in de aanbestedingsprocedure voor wat betreft perceel D – is beïnvloed (zie Rb. (vzr.) Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360, r.o. 6.4).
- 6.7 De Commissie is van oordeel dat klager niet aannemelijk heeft gemaakt dat Combinatie Y/Z door toedoen van X in de aanbestedingsprocedure – ten detrimente van de andere inschrijvers zoals klager – is begunstigd. De door klager aangevoerde en door de Commissie nader vastgestelde omstandigheid dat X al ruim 25 jaar als waarnemer-vrijwilliger aan Z is verbonden, levert onvoldoende onderbouwing op van enige (vorm van) begunstiging van Combinatie Y/Z in deze aanbestedingsprocedure door toedoen van X. Klager komt niet verder dan het uiten van vermoedens ("belangenverstrengeling") in de richting van een dergelijke begunstiging. Het uiten van zodanige vermoedens is echter niet voldoende om te kunnen concluderen dat X Combinatie Y/Z in de aanbestedingsprocedure ten nadele van andere inschrijvers heeft begunstigd.
- 6.8 De klacht wordt als ongegrond beoordeeld.

**7. Advies**

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

**8. Aanbeveling**

De Commissie doet de volgende aanbeveling. Beklaagde doet er naar het oordeel van de Commissie verstandig aan, om in volgende gevallen de indruk van belangenverstrengeling te vermijden, hetzij door vooraf in de aanbestedingstukken de situatie duidelijk te beschrijven, hetzij door andere medewerkers dan de medewerkers die op de website bij een potentiële inschrijver vermeld staan – ongeacht de aard van hun verbondenheid met die inschrijver – de inschrijvingen te laten beoordelen.

Den Haag, 15 juli 2014

w.g.:  
Mr. J.G.J Janssen  
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen  
Vicevoorzitter