

Advies 735

1. Waar gaat dit advies over?

Dit advies gaat over een opdracht voor het bouwen, aanschaffen en onderhouden van een op maat gemaakt plansysteem voor hybride onderwijs. Ondernemer klaagt dat hij geen eerlijke kans heeft gekregen de aanbesteding te winnen, omdat het gelijke speelveld in de aanbesteding is geschonden vanwege voorkennis van de winnaar en een belangenconflict.

2. Hoe luidt dit advies?

Klachtonderdeel 1

- 2.1. In het eerste klachtonderdeel stelt ondernemer dat het gelijke speelveld is geschonden door voorkennis van de winnaar van de aanbesteding, onderneming X. Dit klachtonderdeel is **ongegrond**. De Commissie stelt vast dat sprake is van betrokkenheid van onderneming X bij de voorbereiding van de aanbesteding (5.23 e.v.). Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of aanbesteder passende maatregelen heeft genomen die ervoor zorgen dat door de deelname van onderneming X aan de aanbesteding de mededinging niet is vervalst. De Commissie gaat ervan uit dat alle relevante informatie in de aanbestedingsstukken is uitgewisseld en dat door de verlengde inschrijftermijn alle geïnteresseerde ondernemers voldoende tijd hebben gekregen zich in die informatie te verdiepen. De Commissie is dan ook van oordeel dat de getroffen maatregelen passend zijn in de zin van artikel 2.51 Aw 2012 (5.24 e.v.). De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat de plicht voor aanbesteder om het gelijke speelveld te bewaken niet zover gaat dat hij de verschillen tussen concurrenten volledig moet neutraliseren.
- 2.2. De Commissie overweegt dat uit het oogpunt van transparantie en de actieve rol die een aanbestedende dienst bij het bewaken van het gelijke speelveld heeft, raadzaam was geweest als aanbesteder in de aanbestedingsstukken had vermeld dat onderneming X ten behoeve van de aanbesteding een blauwdruk van het plansysteem heeft gemaakt. Hetzelfde geldt voor de door aanbesteder genomen maatregelen om de kennisvoorsprong van onderneming X te mitigeren. Als aanbesteder deze informatie in de aanbestedingsstukken had vermeld, hadden de andere inschrijvers zich een oordeel kunnen vormen of de maatregelen passend waren en hadden zij hierover vragen kunnen stellen in de inlichtingenrondes (5.25 e.v.).

Klachtonderdeel 2

- 2.3. In het tweede klachtonderdeel stelt ondernemer dat het gelijke speelveld is geschonden door een belangenconflict. Dit klachtonderdeel is **ongegrond**. De Commissie is van oordeel dat ondernemer onvoldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan aanbesteder had moeten onderzoeken dat in dit geval sprake kan zijn van een belangenconflict als bedoeld in artikel 1.10b lid 2 Aw 2012. De omstandigheid dat tijdens de voorbereiding van de aanbesteding (intensief) contact is geweest tussen onderneming X en de IT-adviseur van aanbesteder en dat diezelfde IT-adviseur plaats heeft genomen in de beoordelingscommissie, leidt niet zonder meer tot een belangenconflict. Het gaat naar het oordeel van de

Commissie te ver om uit deze enkele omstandigheid de conclusie te trekken dat de IT-adviseur, direct of indirect, financiële of economische belangen had bij de uitkomst van de aanbestedingsprocedure en daarom aan de onpartijdigheid van IT-adviseur moet worden getwijfeld. Hiervoor zijn meer omstandigheden nodig. Ondernemer heeft - behalve het gegeven dát samenwerking heeft plaatsgevonden - geen andere objectieve gegevens verstrekt waaruit deze omstandigheden blijken (5.33 e.v.).

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Aanbesteder, een onderwijsorganisatie voor primair hybride onderwijs, heeft in februari 2024 een Europese openbare procedure georganiseerd voor het bouwen, aanschaffen en onderhouden van een op maat gemaakt plansysteem. Vier partijen hebben ingeschreven op de aanbesteding, waaronder ondernemer. Aanbesteder heeft op 7 mei 2024 de inschrijving van ondernemer terzijde gelegd, omdat deze niet voldeed aan de minimaal vereiste mate van kwaliteit. Dit gold ook voor twee andere inschrijvers. Aanbesteder heeft vervolgens de opdracht gegund aan onderneming X, de vierde inschrijver. Volgens ondernemer is duidelijk dat de procedure een 'moet' is geweest en hebben hij en de twee andere inschrijvers geen eerlijke kans gekregen de aanbesteding te winnen.
- 3.2. Ondernemer heeft op 7 mei 2024 per e-mail een klacht ingediend bij aanbesteder.
- 3.3. Aanbesteder heeft per e-mail van 8 mei gereageerd op de e-mail van ondernemer van 7 mei 2024 en voorgesteld telefonisch contact te hebben.
- 3.4. Nadat ondernemer en aanbesteder elkaar telefonisch gesproken hebben is nog enkele malen via e-mail contact geweest.
- 3.5. Ondernemer heeft op 21 mei 2024 een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.6. Aanbesteder heeft op 12 juni 2024 op de door ondernemer bij de Commissie ingediende klacht gereageerd.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

Ondernemer

- 4.1. De klacht van ondernemer komt er kort gezegd op neer dat in deze aanbesteding geen sprake was van een gelijk speelveld, waardoor ondernemer geen eerlijke kans heeft gekregen als winnaar uit de bus te komen. In de eerste plaats beschikte de winnaar van de aanbesteding, onderneming X, over voorkennis, aldus ondernemer. In de tweede plaats is sprake van een belangenconflict.

Aanbesteder

- 4.2. Aanbesteder stelt zich allereerst op het standpunt dat de Commissie de klacht van ondernemer niet in behandeling kan nemen.
- 4.3. Aanbesteder stelt zich, voor het geval de Commissie van oordeel is dat zij de klacht van ondernemer wel in behandeling kan nemen, in de tweede plaats op het standpunt dat de klacht van ondernemer ongegrond is.

- 4.4. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

- 5.1. De Commissie beantwoordt eerst de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen.
- 5.2. Aanbesteder voert twee gronden aan waarop de Commissie de klacht niet inhoudelijk in behandeling kan nemen. De eerste grond is het reglement van de Commissie. De tweede grond is rechtsverwerking. Commissie volgt aanbesteder bij beide gronden niet in zijn betoog en motiveert dit als volgt.

Kan de Commissie de klacht op grond van haar reglement in behandeling nemen?

- 5.3. Aanbesteder stelt in de eerste plaats dat de Commissie de klacht op grond van haar reglement niet in behandeling kan nemen.

- 5.4. Aanbesteder onderbouwt dit als volgt.

- 5.4.1. Allereerst kan de Commissie de klacht op grond van artikel 9 lid 1 sub a Reglement niet in behandeling nemen. Aanbesteder is namelijk van mening dat ondernemer niet eerst formeel bij hem heeft geklaagd. Hoewel ondernemer – nadat hij op 7 mei 2024 door aanbesteder op de hoogte was gebracht dat zijn inschrijving terzijde was gelegd – diezelfde dag per e-mail bezwaren heeft geuit bij aanbesteder, heeft aanbesteder dit niet hoeven opvatten als een formele klacht. Niet alleen heeft ondernemer deze e-mail niet verzonden aan het daarvoor in de aanbestedingsstukken aangewezen klachtenmeldpunt, evenmin blijkt uit de inhoud van deze e-mail en de andere door ondernemer aan aanbesteder verzonden e-mails dat de hierin geuite bezwaren moesten worden begrepen als een klacht zoals bedoeld in artikel 1 sub c Reglement. Aanbesteder draagt hiervoor het volgende aan.

- 5.4.2. Uit de e-mail van ondernemer van 7 mei 2024 trekt aanbesteder de conclusie dat deze e-mail kennelijk geen formele klacht betrof. In de e-mail staat onder meer:

`[...]

Ik twijfel nog of ik een officiële klacht zal indienen en of ik dit uit handen zal geven binnen 20 kalenderdagen.

[...]

- 5.4.3. Uit de e-mails van 8 en 13 mei 2024 leidt aanbesteder af dat het ondernemer om schadevergoeding te doen was en niet om het indienen van een klacht. In de e-mail van 13 mei 2024 staat onder meer:

`[..]

Dit zijn de belangrijkste punten van mijn standpunt die ik met mijn advocaat heb besproken. Als bedrijf eisen we een schadevergoeding of een schikking voor de uren die we hebben geïnvesteerd in deze aanbesteding.

Graag ga ik alleen hier dus nog over in gesprek en eis ik dit van [aanbesteder] omdat wij hier schade van hebben ondervonden in uren. Ik hoor graag wanneer

we hier een afspraak voor kunnen maken. Mocht dat niet kunnen dan komt er een brief van de onze advocaat richting [aanbesteder].

[...]

- 5.4.4. Uit de e-mail van 14 mei 2024 blijkt volgens aanbesteder dat ondernemer berustte in de uitkomst van de aanbesteding en geen klacht meer zou indienen, dan wel, voor zover in de eerdere mails een klacht besloten lag, dat deze met de e-mail was ingetrokken. In de e-mail staat onder meer:

[...]

Jullie weten wat ik er van vind en dat ik gelijk heb. Jammer dat aanbestedingen nog steeds zo lopen en via de achterdeur binnen geloodst worden. Ik zal mijn netwerk hier in ieder geval van op de hoogte brengen. Eerlijk gezegd heb ik geen tijd om jullie nog 1 seconde te woord te staan en van input te voorzien en geen zin om nog 1 minuut van mijn energie in dit hele verhaal te steken.

Heel veel succes met jullie kundige experts en de ervaren club met software ontwikkelaars van [onderneming X] gewenst!

Jammer dat dit nog steeds zo gemakkelijk gaat.

Einde communicatie!

[...]

- 5.4.5. Kortom, ondernemer heeft volgens aanbesteder niet eerst formeel bij hem geklaagd. Dit betekent dat de Commissie de klacht op grond van artikel 9 lid 1 sub a Reglement niet in behandeling kan nemen, aldus aanbesteder.
- 5.4.6. In de tweede plaats kan volgens aanbesteder de Commissie de klacht op grond van artikel 9 lid 1 sub b Reglement niet in behandeling nemen. Omdat ondernemer niet formeel bij aanbesteder heeft geklaagd, heeft aanbesteder ook geen gelegenheid gekregen op de klacht te reageren.
- 5.5. De Commissie volgt aanbesteder niet in zijn stellingen en is van oordeel dat zij op grond van haar reglement de klacht wel in behandeling kan nemen.
- 5.6. De Commissie onderbouwt dit als volgt.
- 5.6.1. In artikel 1 sub c Reglement staat dat een klacht een uiting van ongenoegen is van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.
- 5.6.2. In artikel 8 lid 3 Reglement staat dat een klager eventuele voorschriften omtrent het indienen van een klacht die in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen moet naleven. In dezelfde bepaling staat vervolgens dat, voor zover die voorschriften de mogelijkheid voor klager beperken om bij beklagde een klacht in te dienen, het bepaalde in het reglement onverkort van toepassing blijft.
- 5.6.3. Uit artikel 9 lid 1 Reglement volgt onder meer dat de Commissie een klacht niet in behandeling neemt wanneer de klager de klacht niet eerst schriftelijk aan de beklagde kenbaar heeft gemaakt en daarbij voldoende duidelijk heeft gemaakt dat het een klacht zoals bedoeld in artikel 1 sub c Reglement betreft (sub a) of wanneer de klager de beklagde niet eerst in de gelegenheid heeft gesteld binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren (sub b).

- 5.6.4. De Commissie stelt vast dat uit de documenten die ondernemer bij het indienen van de klacht bij de Commissie heeft meegezonden blijkt dat hij op 7 mei 2024 om 15:00 uur een e-mail heeft verzonden naar het in het aanbestedingsdocument genoemde e-mailadres van het klachtenmeldpunt van aanbesteder. De Commissie kan aanbesteder dan ook niet volgen voor zover hij stelt dat ondernemer zijn klacht niet heeft gericht aan het daarvoor in de aanbestedingsstukken aangewezen klachtenmeldpunt.
- 5.6.5. De Commissie stelt, hoe het ook zij, voorop dat – ongeacht eventuele vormvoorschriften voor het indienen van een klacht door een ondernemer bij een aanbestedende dienst – voor het indienen van een klacht bij de Commissie het reglement in artikel 9 lid 1 sub a slechts voorschrijft dat de klager de klacht eerst schriftelijk bij de beklagde kenbaar maakt (zie Advies 420, overweging 5.3.4). Hieraan heeft ondernemer voldaan door het verzenden van een e-mail op 7 mei 2024. Dat in dit geval de klacht niet kenbaar zou zijn aan aanbesteder indien deze niet via het juiste e-mailadres zou zijn ingediend, is onnodig formalistisch en werpt een ongeoorloofde drempel op die ondernemer te sterk beperkt in de zin van artikel 8 lid 3 Reglement zijn klacht aan de Commissie voor te leggen (zie Advies 709 overweging 5.4.3).
- 5.6.6. Vervolgens dient de vraag beantwoord te worden of ondernemer in zijn e-mail van 7 mei 2024 voldoende duidelijk heeft gemaakt dat hij een klacht had zoals bedoeld in artikel 1 sub c Reglement. De Commissie is van oordeel dat dit het geval is.
- 5.6.7. De Commissie overweegt dat, ook al schrijft ondernemer in de e-mail van 7 mei 2024 dat hij twijfelt of hij een officiële klacht zal indienen, hieruit niet volgt dat deze mail geen klacht bevat. Ten eerste staat in de onderwerpregel van de e-mail: 'Klacht aanbesteden: Winnende leverancier betrokken bij voorbereiding aanbesteding en ontwerpen'. Ten tweede blijkt ook uit de inhoud van de e-mail ondernemers uiting van ongenoegen over de aanbesteding. In de e-mail staat onder meer:
- '[...]
- Dit betekent dat een partij heeft gewonnen die betrokken was bij de voorbereiding en aanzienlijk meer kennis had dan de andere aannemers. Zij hebben immers het programma van eisen en de ontwerpen opgesteld, wat integrale onderdelen zijn van elkaar en de blauwdruk van het plansysteem. Bovendien hebben zij al uitgebreid met u gesproken en beschikten zij over voorkennis van de inhoud. Allemaal zaken die voordeel opleveren in de beantwoording van de open vragen.
- Wij en andere aannemers hebben honderden uren besteed aan het opstellen van een goed plan en hebben deelgenomen aan alle bijeenkomsten. Een plan dat we bij voorbaat beter in de prullenbak hadden kunnen doen omdat de uitkomst al duidelijk was.
- [...]
- Ik twijfel nog of ik een officiële klacht zal indienen en of ik dit uit handen zal geven binnen de 20 kalenderdagen. Echter, ik voel me verplicht om mijn stem te laten horen omdat ik niet kan tolereren dat procedures oneerlijk verlopen, vooral niet met Nederlands belastinggeld.
- [...]'
- 5.6.8. Wat de e-mails van 8 en 13 mei 2024 betreft, kan de Commissie de lezing van aanbesteder niet volgen dat hieruit blijkt dat ondernemer alleen nog maar

geïnteresseerd was in een schadevergoeding. Uit deze e-mails kan naar het oordeel van de Commissie niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat ondernemer daarom geen klacht (meer) had ingediend bij aanbestede.

- 5.6.9. Wat de e-mail van ondernemer 14 mei 2024 betreft, kan de Commissie de lezing van aanbestede evenmin volgen dat uit de tekst van het bericht is af te leiden dat ondernemer zou berusten in de uitkomst van de aanbesteding en geen klacht meer zou indienen, dan wel, voor zover in de eerdere e-mails een klacht besloten lag, dat deze met de e-mail zou zijn ingetrokken.
- 5.7. Al met al is de Commissie het niet met aanbestede eens voor zover hij stelt dat ondernemer niet formeel bij hem heeft geklaagd. Hieruit volgt dat de stelling van aanbestede dat, omdat ondernemer niet bij hem heeft geklaagd, hij geen gelegenheid heeft gekregen op de klacht te reageren, evenmin hout snijdt.

Is sprake van rechtsverwerking?

- 5.8. Aanbestede stelt in de tweede plaats dat de Commissie de klacht op grond van rechtsverwerking niet in behandeling kan nemen.
- 5.9. Aanbestede onderbouwt dit als volgt.
- 5.9.1. Aanbestede is van mening dat ondernemer zijn recht om te klagen heeft verwerkt door pas ná de gunningsbeslissing haar bezwaren te uiten.
- 5.9.2. Van een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver die van mening is dat de maker van de blauwdruk bij deelname aan de aanbesteding, ondanks de getroffen passende maatregelen, mogelijk over een kennisvoorsprong zou beschikken, mag verwacht worden dat hij tijdens de marktconsultatie dan wel in ieder geval tijdens de inlichtingenfase van de aanbesteding hierover vragen stelt en zo nodig bezwaar maakt, aldus aanbestede.
- 5.9.3. Aanbestede verwijst hierbij naar de rechtsverwerkingsclausule in par. 2.2.2 van het aanbestedingsdocument.
- 5.10. De Commissie volgt aanbestede niet in zijn stellingen en is van oordeel dat ondernemer zijn rechten niet heeft verwerkt.
- 5.11. De Commissie onderbouwt dit als volgt.
- 5.11.1. De Commissie overweegt dat volgens vaste jurisprudentie van deelnemers aan een aanbestedingsprocedure een proactieve houding wordt verwacht. Dit betekent dat deelnemers in beginsel tegen onduidelijkheden of onvolkomenheden in aanbestedingsstukken moeten opkomen in een stadium waarin deze nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Hiermee wordt voorkomen dat een aanbestedingsprocedure onnodig wordt vertraagd.
- 5.11.2. De Commissie overweegt vervolgens dat het feit dat een deelnemer geen vragen heeft gesteld tijdens de marktconsultatie en in de inlichtingenfase in beginsel niet in de weg staat aan het indienen van een klacht bij de Commissie. Immers, een vraag of bezwaar kan ook later ontstaan, bijvoorbeeld op het moment dat de inschrijving van een deelnemer terzijde wordt gelegd, zoals in dit geval (zie Advies 710 overweging 5.16 en 5.17). Ondernemer zegt dat bij hem de 'alarmbellen' zijn gaan rinkelen toen bleek dat de inschrijvingen van drie van de vier inschrijvers waren uitgesloten omdat deze niet voldeden aan de minimaal vereiste mate van kwaliteit. De Commissie begrijpt dat dit voor ondernemer aanleiding is geweest op onderzoek uit te gaan. Vervolgens heeft ondernemer via de blauwdruk, de Kamer

van Koophandel en LinkedIn achterhaald dat de winnaar van de aanbesteding de maker van de blauwdruk is. Ondernemer heeft op de dag dat zijn inschrijving terzijde is gelegd een klacht ingediend bij aanbesteder. Indien een ondernemer vervolgens een klacht indient bij de Commissie met inachtneming van artikel 9 Reglement, zoals ondernemer heeft gedaan, kan de Commissie de klacht in behandeling nemen.

- 5.12. De Commissie gaat dan ook over tot de inhoudelijke behandeling van de klacht.
- 5.13. De Commissie onderscheidt in de kern twee klachtonderdelen, die beide het gelijke speelveld in de procedure betreffen. De Commissie leest in de klacht van ondernemer dat aanbesteder het gelijk speelveld in twee opzichten heeft geschonden. In de eerste plaats beschikte de winnaar van de aanbesteding, onderneming X, volgens ondernemer over voorkennis. In de tweede plaats is sprake van een belangenconflict.

Het gelijke speelveld

Inleiding

- 5.14. De Commissie stelt voorop dat een aanbestedende dienst ondernemers gelijk moet behandelen. Het gelijkheidsbeginsel is voor Europese procedures neergelegd in artikel 1.8 Aw 2012. Uit het gelijkheidsbeginsel volgt dat een aanbestedende dienst een gelijk speelveld dient te bewaken, zodat inschrijvers zoveel mogelijk in staat worden gesteld een concurrerende inschrijving te doen. De plicht voor een aanbestedende dienst om het gelijke speelveld te bewaken gaat niet zover dat hij de verschillen tussen concurrenten volledig moet neutraliseren (zie Advies 729 ov. 5.4; Advies 694 ov. 5.4; Advies 625 ov. 5.7.7; Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam 3 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6842, r.o. 4.31).
- 5.15. In artikel 1.9 lid 1 Aw 2012 is het transparantiebeginsel neergelegd. Dit beginsel volgt noodzakelijkerwijs uit het gelijkheidsbeginsel, zodat naleving van het gelijkheidsbeginsel kan worden gecontroleerd (vergelijk bijv. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98, Telaustria, r.o. 62).
- 5.16. Wanneer het gelijke speelveld is geschonden vormt dat een bedreiging voor de eerlijke mededinging. De betrokkenheid van een inschrijvende onderneming bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure en belangenconflicten zijn omstandigheden die het gelijke speelveld kunnen schenden. Deze omstandigheden hangen nauw samen en zijn volgens ondernemer beide aan de orde.

Klachtonderdeel 1: Voorkennis?

- 5.17. Ondernemer stelt samengevat dat onderneming X beschikte over voorkennis, waardoor het gelijke speelveld is geschonden.
- 5.18. Ondernemer onderbouwt dit als volgt.
- 5.18.1. Ondernemer stelt dat onderneming X kennis had waarover de andere inschrijvers niet beschikten, omdat onderneming X betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbesteding. Onderneming X heeft namelijk een volledige blauwdruk van het plansysteem gemaakt en heeft het 'functioneel pakket van eisen' opgesteld.
- 5.18.2. Omdat onderneming X wist van alle 'ins en outs' kon zij beter scoren bij het beantwoorden van de open vragen, waarin bijvoorbeeld aan inschrijvers werd gevraagd om specifiek aandacht te besteden aan 'begrip en inlevingsvermogen van de organisatie', 'risico's', 'uitdagingen binnen de ontwerpen' en bij de

'ontwikkelingsaanpak'. Volgens ondernemer zijn de kwalitatieve criteria ook zo opgesteld dat onderneming X een enorm voordeel had. Dit blijkt uit de grote verschillen in de beoordeling van deze criteria. Daarnaast had onderneming X een enorm voordeel bij het bepalen van de prijs, omdat hij beschikte over het ontwerp van de blauwdruk en – nu hijzelf het functioneel pakket van eisen had opgesteld – de risico's beter kon begroten. Onderneming X heeft een jaar de tijd gehad om zijn inschrijving voor te bereiden, terwijl de andere inschrijvers slechts twee weken voorbereidingstijd hadden.

- 5.18.3. Daarbij komt dat aanbesteder niet transparant is geweest over de betrokkenheid van onderneming X bij de voorbereiding van de aanbesteding. Dit heeft ondernemer bij toeval en door middel van speurwerk als volgt ontdekt. Via de blauwdruk heeft ondernemer achterhaald dat deze is ontworpen door persoon M, die in dienst is bij onderneming Y. Uit het uittreksel KvK blijkt dat onderneming Y de bestuurder is van onderneming X en dat onderneming X zelf geen personen in dienst heeft. Uit de website van onderneming Y blijkt dat persoon M als ontwerper voor zowel onderneming X als onderneming Y werkzaam is. De blauwdruk en het functioneel pakket van eisen zijn dus gemaakt door onderneming X. Volgens ondernemer had aanbesteder deze informatie in de aanbestedingsstukken moeten vermelden. Ook heeft aanbesteder in de nota van inlichtingen op een vraag daartoe geen duidelijk antwoord gegeven.
- 5.19. Aanbesteder stelt dat dit klachtonderdeel van ondernemer ongegrond is en onderbouwt dit als volgt.
- 5.19.1. Aanbesteder stelt dat onderneming X op geen enkele wijze betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbesteding. Onderneming X heeft slechts in het voortraject als afgebakende opdracht ('fase 0-opdracht') een blauwdruk van het plansysteem ('functional requirements' met 'mockups') gemaakt.
- 5.19.2. Aanbesteder stelt dat hij heeft onderkend dat onderneming X mogelijk zou inschrijven op de aanbesteding en daarbij vanwege zijn betrokkenheid bij de fase 0-opdracht mogelijk over een kennisvoorsprong zou beschikken. Daarom heeft hij passende maatregelen getroffen.

1. Marktconsultatie

Een eventuele kennisvoorsprong van onderneming X of enige andere partij is gemitigeerd door voorafgaand aan de aanbesteding in september 2023 een uitgebreide, openbare marktconsultatie te organiseren. Tijdens deze marktconsultatie kon kennis worden gemaakt met aanbesteder en haar specifieke behoeften als bijzondere onderwijsinstelling met betrekking tot de aan te schaffen maatwerk software. De ontwikkelde blauwdruk stond centraal in de marktconsultatie. De functional requirements met de daarin opgenomen mockups zijn met alle deelnemers aan de marktconsultatie gedeeld en konden worden getoetst en bevestigd. Ondernemer heeft volgens aanbesteder deelgenomen aan de marktconsultatie.

2. Resultaten van fase 0 zijn met alle potentiële gegadigden gedeeld

Aanbesteder heeft de aanbesteding op 21 februari 2024 aangekondigd op TenderNed. De gepubliceerde aanbestedingsstukken bevatten de volledige requirements voor de plansoftware met een link naar de ontwikkelde mockups. De deelnemers aan de marktconsultatie, beschikten al vanaf september 2023 over deze informatie. Alle potentiële gegadigden hebben hiermee acht weken voor de uiterste inschrijfdatum de beschikking gekregen over dezelfde informatie als onderneming X. De stelling van ondernemer dat hij niet meer dan twee weken de tijd heeft gehad om zijn inschrijving voor te bereiden is dus feitelijk onjuist, aldus aanbesteder.

3. Fysieke kennismakings-/ informatiebijeenkomst

Op 11 maart 2024 is een uitgebreide kennismakingsbijeenkomst georganiseerd. Tijdens deze bijeenkomst is kennisgemaakt met de voltallige

beoordelingscommissie, een presentatie gegeven over het werk van aanbestedder en een rondleiding verzorgd. Gegadigden konden individueel vragen stellen over de achtergrond van de aanbesteding, de opzet, onduidelijkheden en kennis met het team van aanbestedder maken. Eventueel beschikbaar gestelde informatie is bij de beantwoording van de eerste nota van inlichtingen gepubliceerd. Ondernemer heeft volgens aanbestedder deelgenomen aan deze bijeenkomst.

4. Verlengde inschrijvingstermijn

Aanbestedder heeft bewust gekozen voor een termijn die elf dagen langer is dan de wettelijke minimumtermijn.

- 5.19.3. Aanbestedder ontkent dat de kwalitatieve gunningscriteria zodanig zijn opgesteld dat onderneming X daardoor een enorm voordeel had. Dat ondernemer ten opzichte van de onderneming X minder goed heeft gescoord, kan hij aanbestedder niet verwijten. De betrokkenheid van onderneming X in fase 0 had hier niets mee te maken.
- 5.19.4. Aanbestedder stelt dat hij het verwijt dat hij niet transparant is geweest over de ontwerper van de blauwdruk niet kan plaatsen. Aanbestedder heeft altijd gezegd dat hij de mockups niet zelf heeft gemaakt en heeft nooit geheimzinnig gedaan over de maker ervan. Via de mockups was dat eenvoudig te achterhalen; de LinkedIn profielfoto en voornaam van de 'design lead' van onderneming X stond naast de ontworpen mockups. Ook ontkent aanbestedder dat hij in de nota van inlichtingen niet transparant is geweest over de maker van de mockups. Ondernemer zelf heeft in de tweede inlichtingenronde slechts gevraagd welk ervaringsniveau de ontwerper van de mockups heeft (vraag 25). Deze vraag gaf geen aanleiding in het antwoord de naam van de ontwerpende partij te noemen, aldus aanbestedder.
- 5.20. De Commissie is van oordeel dat dit klachtonderdeel **ongegrond** is, omdat niet aannemelijk is dat het gelijke speelveld is geschonden door voorkennis van onderneming X.
- 5.21. De Commissie onderbouwt haar oordeel als volgt.
- 5.21.1. De Commissie kan zich voorstellen dat ondernemer het opvallend vindt dat in deze aanbesteding de inschrijvingen van drie van de vier partijen terzijde zijn gelegd omdat zij niet voldeden aan de minimaal vereiste mate van kwaliteit, terwijl de winnende onderneming betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbesteding. Toch kan niet zomaar de conclusie worden getrokken dat ondernemer daarom geen eerlijke kans heeft gekregen de opdracht in de wacht te slepen. De enkele omstandigheid dat een onderneming betrokken is bij de voorbereiding van een aanbesteding leidt niet zonder meer tot een schending van het gelijke speelveld.

Toetsingskader

- 5.22. De Commissie betreft bij de onderbouwing van haar oordeel artikel 2.51 Aw 2012. Dit artikel ziet specifiek op de voorafgaande betrokkenheid van inschrijvers bij aanbestedingsprocedures. Het eerste lid luidt als volgt:

'Indien een gegadigde, een inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming een aanbestedende dienst heeft geadviseerd of anderszins betrokken is geweest bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure, neemt de aanbestedende dienst passende maatregelen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de deelneming van die gegadigde of inschrijver.'

- 5.22.1. Het tweede lid geeft een opsomming van passende maatregelen. Genoemd worden (a) het bekendmaken van alle relevante informatie die is uitgewisseld bij de voorbereiding en (b) het vaststellen van passende termijnen voor de ontvangst van de inschrijvingen. Deze opsomming is niet limitatief (MvT Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 49).
- 5.22.2. Op grond van het derde lid sluit een aanbestedende dienst een inschrijver die betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure slechts uit indien er geen andere maatregelen zijn de naleving van het gelijkheidsbeginsel te waarborgen.
- 5.22.3. Op grond van het vijfde lid moet een aanbestedende dienst in het geval sprake is van voorkennis bij gunning in het proces-verbaal informatie geven over de genomen passende maatregelen.
- 5.22.4. Uit Europese jurisprudentie volgt dat een aanbestedende dienst een actieve rol heeft als een inschrijver over dusdanige voorkennis kan beschikken dat een schijn van vervalsing van de mededinging bestaat. Op het moment dat een afgewezen inschrijver hierover objectieve gegevens verstrekt is het aan de aanbestedende dienst om alle relevante omstandigheden diepgaand te onderzoeken (vergelijk HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, eVigilo, r.o. 43-45).

Is sprake van voorafgaande betrokkenheid?

- 5.23. De Commissie overweegt dat eerst moet worden onderzocht óf sprake is van voorafgaande betrokkenheid van onderneming X bij de voorbereiding van de aanbesteding in de zin van artikel 2.51 Aw 2012. Aanbesteder stelt dat hier op geen enkele wijze sprake van is geweest en dat onderneming X slechts in het voortraject als fase 0-opdracht een blauwdruk van het plansysteem heeft gemaakt.
- 5.23.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder niet betwist dat onderneming X de maker van de blauwdruk is. De Commissie stelt ook vast dat sprake is van betrokkenheid van onderneming X bij de voorbereiding van de aanbesteding. Aanbesteder heeft immers gesteld dat hij heeft onderkend dat het denkbaar was dat onderneming X zou inschrijven op de aanbesteding en daarbij vanwege zijn betrokkenheid bij de fase 0-opdracht mogelijk zou beschikken over een kennisvoorsprong.

Zijn passende maatregelen genomen?

- 5.24. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of aanbesteder passende maatregelen heeft genomen die ervoor zorgen dat door de deelname van onderneming X aan de aanbesteding de mededinging niet is vervalst.
- 5.24.1. Aanbesteder heeft in zijn reactie op de klacht bij de Commissie de maatregelen genoemd die hij heeft genomen. Volgens aanbesteder beschikken alle deelnemers daardoor ruim voor de uiterlijke inschrijfdatum over dezelfde informatie als onderneming X. Bovendien heeft aanbesteder de wettelijke inschrijftermijn verlengd.
- 5.24.2. De Commissie overweegt dat aanbesteder in ieder geval de maatregelen heeft genomen die op grond van artikel 2.51 lid 2 sub a en b Aw 2012 passend worden geacht, namelijk de uitwisseling van alle relevante informatie in de aanbestedingsstukken en de vaststelling van een langere dan de wettelijke minimumtermijn. Bovendien heeft aanbesteder een fysieke kennismakings- en informatiebijeenkomst organiseert.
- 5.24.3. Hoewel aanbesteder dat niet als maatregel benoemt, is de Commissie opgevallen dat in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) de facultatieve

uitsluitingsgrond 'betrokken bij de voorbereiding' is aangevinkt. Toepassing van die facultatieve uitsluitingsgrond kan als maatregel worden ingezet ter bewaking van het gelijke speelveld.

- 5.24.4. De Commissie komt tot de conclusie dat aanbesteder een aantal maatregelen heeft genomen. Tegelijkertijd merkt de Commissie op dat uit hetgeen ondernemer aan draagt niet blijkt dat deze maatregelen niet passend zouden zijn. De Commissie gaat er dan ook vanuit dat alle relevante informatie in de aanbestedingsstukken is uitgewisseld en dat door de verlengde inschrijftermijn alle geïnteresseerde ondernemers voldoende tijd hebben gekregen zich in die informatie te verdiepen. De Commissie is van oordeel dat de getroffen maatregelen passend zijn. De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat de plicht voor aanbesteder om het gelijke speelveld te bewaken niet zover gaat dat hij de verschillen tussen concurrenten volledig moet neutraliseren (zie 5.14).
- 5.24.5. Voor zover ondernemer stelt dat onderneming X beter kon scoren bij het beantwoorden van de open vragen omdat hij wist van alle 'ins en outs' en dat de kwalitatieve criteria zo zijn opgesteld dat onderneming X een enorm voordeel had, overweegt de Commissie het volgende. Ter onderbouwing van zijn stellingen draagt ondernemer slechts aan dat dit blijkt uit de grote verschillen in de beoordeling van de kwalitatieve criteria. Uit de enkele omstandigheid dat onderneming X op de open vragen veel beter heeft gescoord dan ondernemer volgt niet zonder meer dat dit komt door een mogelijke voorkennis van onderneming X of dat de kwalitatieve criteria ten gunste van onderneming X zijn opgesteld. In de brief van 7 mei 2024 waarin de inschrijving van ondernemer terzijde is gelegd heeft aanbesteder een uitgebreide toelichting gegeven op de behaalde scores door ondernemer op de open vragen evenals op de behaalde scores door onderneming X. Ondernemer heeft niet onderbouwd waarom deze scores niet zouden kloppen en waaruit de bevoordeling van onderneming X blijkt. Dit geldt ook voor de stelling van ondernemer dat onderneming X een enorm voordeel had bij het bepalen van de prijs. Hetgeen ondernemer dan ook ter onderbouwing aanvoert, is onvoldoende.

Heeft aanbesteder zich transparant gedragen?

- 5.25. De Commissie overweegt ten aanzien van de stelling van ondernemer dat aanbesteder niet transparant is geweest over de betrokkenheid van onderneming X bij de voorbereiding van de aanbesteding het volgende. Artikel 2.51 lid 5 verplicht in het geval sprake is van voorkennis dat bij gunning in het proces-verbaal informatie wordt gegeven over de genomen passende maatregelen. De Commissie adviseert aanbestedende diensten niettemin hierover ook in de aanbestedingsstukken transparant te zijn.
- 5.25.1. De Commissie stelt vast dat in de aanbestedingsstukken niet expliciet is vermeld dat ten behoeve van de aanbesteding onderneming X een blauwdruk van het plansysteem heeft gemaakt. Aanbesteder stelt dat hij hierover transparant is geweest omdat de maker eenvoudig te achterhalen was. De Commissie overweegt dat uit het oogpunt van transparantie en de actieve rol die een aanbestedende dienst bij het bewaken van het gelijke speelveld heeft, raadzaam was geweest als aanbesteder deze informatie actief had gedeeld in de aanbestedingsstukken, zodat inschrijvers er niet naar op zoek hoefden. Hetzelfde geldt voor de door aanbesteder genomen maatregelen de kennisvoorsprong van onderneming X te mitigeren. Als aanbesteder deze informatie in de aanbestedingsstukken had vermeld, hadden de andere inschrijvers zich een oordeel kunnen vormen of de maatregelen passend waren en hadden zij hierover vragen kunnen stellen in de inlichtingenrondes.
- 5.26. De omstandigheid dat aanbesteder zich transparanter had kunnen gedragen door in de aanbestedingsstukken de maker van de blauwdruk en de genomen

maatregelen te vermelden, neemt niet weg dát passende maatregelen genomen zijn. De Commissie komt tot de slotsom dat niet blijkt dat het gelijke speelveld is geschonden door voorkennis van de winnaar van de aanbesteding. Het eerste klachtonderdeel is daarom **ongegrond**.

Klachtonderdeel 2: Belangenconflict?

5.27. Ondernemer stelt samengevat dat sprake is van een belangenconflict, waardoor het gelijke speelveld is geschonden.

5.28. Ondernemer onderbouwt dit als volgt.

5.28.1. Onderneming X heeft in de voorbereiding van de aanbesteding een volledige blauwdruk van het plansysteem gemaakt en heeft het functioneel pakket van eisen opgesteld. Daarbij heeft intensief contact en samenwerking plaatsgevonden tussen onderneming X en de externe IT-adviseur van aanbesteder. Deze IT-adviseur maakte deel uit van de beoordelingscommissie in deze aanbesteding.

5.28.2. Ondernemer stelt dat aanbesteder hierover transparant had moeten zijn en dat hij had moeten zorgen voor een 'duidelijke scheiding van belang'.

5.29. Aanbesteder stelt dat dit klachtonderdeel van ondernemer ongegrond is en onderbouwt dit als volgt.

5.29.1. Aanbesteder wijst de suggestie dat de externe IT-adviseur – die in het kader van fase 0 namens aanbesteder contact heeft gehad met onderneming X en deel uitmaakte van de beoordelingscommissie – de uitkomst van de aanbesteding in het voordeel van onderneming X heeft beïnvloed, met klem van de hand. De IT-adviseur werd betaald door aanbesteder en heeft geen enkele band met onderneming X. De IT-adviseur heeft net als de andere leden van de zeskoppige beoordelingscommissie de ontvangen inschrijvingen op objectieve wijze beoordeeld op basis van zijn deskundigheid en aan de hand van de beoordelingsmethodiek in het aanbestedingsdocument. Zelfs als de IT-adviseur een voorkeur voor onderneming X zou hebben gehad, had hij door de beoordelingsmethodiek zijn visie niet kunnen doordrukken. Aanbesteder verwijst naar par. 5.3 van het aanbestedingsdocument. Hier staat onder meer:

'[...] De beoordeling vindt plaats op basis van consensus waarbij het kan voorkomen dat individuele beoordelingen significant aangepast worden tijdens de bespreking van de beoordelingen en motivaties. De procesbegeleider zal ervoor zorgdragen dat er geen dominantie vanuit één persoon zal plaatsvinden en iedere beoordelaar ruim voldoende gelegenheid krijgt om zijn/haar eigen motivatie in te brengen. Pas nadat de beoordelingscommissie het unaniem eens is, zal de groepsbeoordeling worden vastgelegd.'

5.30. De Commissie is van oordeel dat dit klachtonderdeel **ongegrond** is, omdat ondernemer onvoldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan kan worden aangenomen dat sprake is van een belangenconflict.

5.31. De Commissie onderbouwt haar oordeel als volgt.

Toetsingskader

5.32. De Commissie betreft bij de onderbouwing van haar oordeel artikel 1.10b Aw 2012. Dit artikel ziet op belangenconflicten. Het eerste lid luidt als volgt:

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

- 5.32.1. Het tweede lid verduidelijkt wat onder belangenconflicten in de zin van artikel 1.10b wordt verstaan. Het betreft in ieder geval de situatie waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst of de door de aanbestedende dienst ingeschakelde adviseurs die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid of onafhankelijkheid bij deze procedure in het gedrang te brengen.
- 5.32.2. Passende maatregelen kunnen bestaan uit het voeren van een integriteitsbeleid. Op grond van artikel 125quater Ambtenarenwet zijn Rijk, provincies, gemeenten en waterschappen hiertoe verplicht. Dit integriteitsbeleid dient onderdeel uit te maken van het personeelsbeleid. Een aanbestedende dienst waarvoor de Ambtenarenwet niet geldt, zoals aanbesteder in onderhavige klacht, dient met het oog op artikel 1.10b Aw 2012 zelf passende maatregelen te nemen. Deze kunnen bestaan uit integriteitsprotocollen of een intern meldpunt voor belangenconflicten. Indien een aanbestedende dienst een belangenconflict niet kan oplossen door bijvoorbeeld personen die het belangenconflict betreft aan de zijde van de aanbestedende dienst te vervangen of door het nemen van andere maatregelen, kan als ultimum remedium een onderneming van deelneming op grond van het artikel 2.87 lid 1 sub e uitsluiten, met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel (MvT Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 25 en 26).
- 5.32.3. Op grond van artikel 2.132 lid 1 sub m Aw 2012 is een aanbestedende dienst verplicht in het geval belangenconflicten zijn vastgesteld, in het proces-verbaal over de gunning van de opdracht informatie over de genomen passende maatregelen te nemen.
- 5.32.4. Uit Europese jurisprudentie volgt dat een aanbestedende dienst een actieve rol heeft en moet nagaan of sprake is van een belangenconflict. Op het moment dat een afgewezen inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van de deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, is het aan de aanbestedende dienst om alle relevante omstandigheden diepgaand te onderzoeken (HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, eVigilo, r.o. 43-45).
- 5.32.5. Voor de beoordeling of sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b Aw 2012 is niet vereist dat ook daadwerkelijk sprake is geweest van beïnvloeding van de aanbestedingsprocedure (zie Advies 562 ov. 7.5.11, Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, 10 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3647, r.o. 4.4, Hof Den Haag, 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1318, r.o. 4.5-4.6).

Is sprake van een belangenconflict?

- 5.33. De Commissie onderzoekt eerst of sprake is van een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b lid 2 Aw 2012. De Commissie overweegt dat daarvan sprake kan zijn als een bij de aanbestedingsprocedure betrokken functionaris direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden de onpartijdigheid of onafhankelijkheid van de functionaris in het gedrang te brengen. Verstrekt een afgewezen inschrijver objectieve gegevens die een

aanwijzing vormen dat sprake is van een belangenconflict als bedoeld in artikel 1.10b lid 2 Aw 2012 (zie vorige volzin), dan moet de aanbestedende dienst alle relevante omstandigheden diepgaand onderzoeken.

- 5.33.1. De Commissie stelt vast dat uit de bij de Commissie door ondernemer en aanbesteder ingediende documenten niet blijkt dat het belangenconflict in deze aanbesteding eruit bestaat dat de IT-adviseur, direct of indirect, financiële of economische belangen had bij de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. Aanbesteder heeft gesteld dat de IT-adviseur werd betaald door aanbesteder en geen enkele band heeft met onderneming X. Dit is door ondernemer niet betwist. Ondernemer stelt enkel dat het belangenconflict volgt uit de intensieve samenwerking tussen de IT-adviseur en onderneming X tijdens de fase 0-opdracht.
- 5.33.2. De Commissie is van oordeel dat, hoewel aanbesteder geen specifieke maatregelen ter voorkoming daarvan heeft genomen, ondernemer onvoldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan aanbesteder had moeten onderzoeken dat in dit geval sprake kan zijn van een belangenconflict als bedoeld in artikel 1.10b lid 2 Aw 2012. De omstandigheid dat tijdens de voorbereiding van de aanbesteding (intensief) contact is geweest tussen onderneming X en de IT-adviseur van aanbesteder en dat diezelfde IT-adviseur plaats heeft genomen in de beoordelingscommissie, leidt niet zonder meer tot een belangenconflict in vorenbedoelde zin. Het gaat naar het oordeel van de Commissie te ver om uit deze enkele omstandigheid de conclusie te trekken dat de IT-adviseur, direct of indirect, financiële of economische belangen had bij de uitkomst van de aanbestedingsprocedure en daarom aan de onpartijdigheid van IT-adviseur moet worden getwijfeld. Hiervoor zijn meer omstandigheden nodig. Ondernemer heeft - behalve het gegeven dat samenwerking heeft plaatsgevonden - geen andere objectieve gegevens verstrekt waaruit deze omstandigheden blijken.
- 5.34. De Commissie komt tot de slotsom dat ondernemer onvoldoende objectieve gegevens heeft aangedragen op grond waarvan kan worden aangenomen dat sprake is van een belangenconflict. Het tweede klachtonderdeel is daarom **ongegron**d.

6. Advies

De Commissie acht het eerste en tweede klachtonderdeel **ongegron**d.

Den Haag, 24 oktober 2024

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

Voorzitter

Vicevoorzitter Commissielid