Regeling Scheiding van Belang Rijksvastgoedbedrijf 16.1

Citeertitel RSBR 16.1

Samenvatting

Belangenverstrengeling
Deze nota bevat richtlijnen en maatregelen voor het tegengaan van belangenverstrengeling of – positief geformuleerd – voor het goed scheiden van belangen bij aanbestedingen. Scheiding is van belang omdat het RVB voor het verkrijgen van scherpe aanbiedingen afhankelijk is van de kwaliteit van de concurrentie. De uitvoeringsfase valt buiten de scope van de nota.

In deze nota is rekening gehouden met een breder afweegkader dan alleen het concurrentiebelang. Zowel aan een te strenge scheiding als aan een te zachte scheiding kleven risico's. Een te strenge scheiding geeft het risico van onvoldoende inschrijvingen, problemen m.b.t. het verwerven van inhuur, belemmering van werkprocessen, belemmering van arbeidsmobiliteit en verlies van integraliteit. Een te zachte scheiding kan leiden tot het toenemen van juridische procedures en van druk op de integriteit van RVB en marktpartijen.

Beleidslijn (zie voor de schematische weergave de matrix (pag. 2):

1 Maak een heldere scheiding tussen niet-vertrouwelijke en commercieel vertrouwelijke informatie. Rubriceer informatie. In de matrix gaat het in kolom 1 over niet-vertrouwelijke informatie en in kolom 2 en kolom 3 over commercieel vertrouwelijke informatie.

2 Beperk de hoeveelheid vertrouwelijke informatie tot het strikt noodzakelijke. Wees duidelijk over de periode van vertrouwelijkheid en houd deze periode zo kort mogelijk. Beperk het aantal personen dat toegang heeft tot vertrouwelijke informatie.

3 Wees volledig open over niet-vertrouwelijke informatie. Schep waarborgen voor de vertrouwelijkheid van vertrouwelijke informatie (informatiebeveiligingsbeleid). Principe: projectvoorbereiding is niet-vertrouwelijk, aanbestedingsvoorbereiding en beoordeling van de inschrijvingen zijn commercieel vertrouwelijk. Zoek aansluiting bij de Wet Openbaarheid van Bestuur.

4 Sta nooit toe dat een onderneming die deelneemt aan de beoordeling van de inschrijvingen zelf inschrijft. Zie de cellen A3 en B3 in de matrix.

5 Sta nooit toe dat een groepsmaatschappij van de groep waarvan een andere groepsmaatschappij deelneemt aan beoordeling van de inschrijvingen, inschrijft. Zie cel C3 in de matrix.

6 Sta toe dat een onderneming die deelnam aan de projectvoorbereiding inschrijft op de aanbesteding op voorwaarde dat de volledige projectvoorbereidingsinformatie tijdig op een toegankelijke wijze gedeeld wordt met het RVB en de andere inschrijvers. Zie kolom 1 (cellen A1, B1 en C1).

7 Sta nooit toe dat een onderneming die met inzet van een bepaalde persoon deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding inschrijft op de aanbesteding met inzet van die bepaalde persoon. Zie cel A2.

8 Sta op basis van een vooraf door RVB goedgekeurd *Belangenbeschermingsplan* toe dat een onderneming die met inzet van een bepaalde persoon deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding met inzet van een andere persoon inschrijft op de aanbesteding. Zie cel B2.

9 Sta op basis van een vooraf door het RVB goedgekeurd *Belangenbeschermingsplan* toe dat een groepsmaatschappij van de groep waarvan een andere groepsmaatschappij deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding, inschrijft op de aanbesteding. Zie cel C2.

10 Een onderneming, die wil deelnemen aan de aanbestedingsvoorbereiding, kan voorkomen dat zij door het RVB uitgesloten wordt bij de inschrijving op de door haar voorbereide aanbesteding c.q. kan voorkomen dat een ander lid van de groep waartoe de onderneming behoort door het RVB uitgesloten wordt, door voorafgaand aan haar deelname aan de aanbestedingsvoorbereiding te beschikken over een door het RVB goedgekeurd en door haar gehandhaafd *Belangenbeschermingsplan*.

Indien een concurrent bij de aanbesteding ondanks het *Belangenbeschermingsplan* met succes in rechte zou betogen dat er sprake is van belangenverstrengeling en dat het RVB de desbetreffende onderneming daarom moet uitsluiten, heeft de onderneming geen recht op schadeloosstelling. De onderneming heeft het risico zelf opgeroepen.

11 Indien een onderneming in strijd handelt met haar door het RVB goedgekeurde *Belangenbeschermingsplan* waardoor belangenverstrengeling ontstaat, zal het RVB dit overeenkomstig artikel 57 lid 4 sub c, richtlijn 2014/24/EU (richtlijn betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten) beschouwen als een ernstige fout in de beroepsuitoefening. Het RVB zal die onderneming dan uitsluiten van deelneming aan opdrachten.

12 Ook in gevallen van arbeidsmobiliteit van werknemers wordt bovenstaande beleidslijn toegepast. Het RVB past de beleidslijn tevens toe bij andere wijzigingen in de verhoudingen tijdens de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen.

13 Het RVB maakt het beleid zoals verwoord in deze nota bekend.

Matrix

Deze matrix dient ter oriëntatie voor bovenstaande beleidslijn. Het schema geeft de denkrichting aan en is niet uitputtend bedoeld. Een meer gedetailleerde versie met beschrijving staat in de paragrafen 7 en 8.

		A WAS OF IS BETROKKEN BIJ ...		
G / X Y / A B C		1 voorbereiding van het project	2 voorbereiding van de aanbesteding	3 beoordeling van de inschrijvingen
INSCHRIJVING	A X met A	A1 0	A2 X	A3 X
	B X met B	B1 +	B2 – –	B3 X
	C Y met C	C1 ++	C2 –	C3 X

Verklaring

De cellen 1, 2 en 3 geven weer op welke wijze persoon **A** aan de zijde van de aanbesteder betrokken was of is bij de aanbesteding van het desbetreffende project.

De linkerkolom van de tabel geeft de partijen weer zoals die mogelijk willen inschrijven.

De cel in de linkerbovenhoek geeft de relaties weer tussen de partijen, zoals die aan de orde zijn ten tijde van de aanbesteding.

In dit schema is **G** de groep van ondernemingen waartoe de ondernemingen **X** en **Y** behoren. **A**, **B** en **C** zijn natuurlijke personen die een arbeidsrelatie of een adviesrelatie hebben met respectievelijk **X** of **Y**. **X** en **Y** kunnen ook staan voor een combinatie die inschrijft.

Het schema kan eveneens toegepast worden in het geval dat **A** ten tijde van de voorbereiding nog niet verbonden was aan **X**. Denkbaar is zelfs dat **A** toen nog bij de aanbesteder in dienst was en vóór of tijdens de aanbesteding in dienst trad van **X**.

De cellen A1 tot en met C3 geven de mate van belangenscheiding weer, waarbij een kruis duidt op een onweerlegbare blokkade wegens belangenverstrengeling. In cellen met een of meer plussen is belangenverstrengeling relatief gemakkelijk te voorkomen. De cel met een nul vergt meer zorgvuldigheid en de cellen met een of meer minnen vergen bijzondere maatregelen.

Matrix

De matrix maakt in de kolommen 1, 2 en 3 onderscheid tussen verschillende soorten werkzaamheden die voorafgaan aan gunning: 1) projectvoorbereiding, 2) voorbereiding van de aanbesteding en 3) beoordeling van de inschrijvingen.

In de rijen A, B en C onderscheidt de matrix drie graden van betrokkenheid van de onderneming, die wil inschrijven, bij de persoon die betrokken was of is bij de drie soorten werkzaamheden uit de kolommen 1, 2 en 3. De puntsgewijze opsomming bij elk van de drie soorten werkzaamheden is indicatief en kan bij de implementatie verder geconcretiseerd worden.

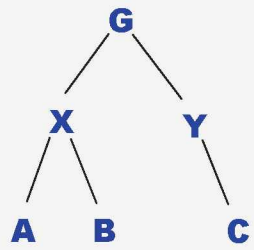
De negen cellen A1 tot en met C3 geven aan of de betrokkenheid bij de voorbereiding voor die onderneming de inschrijving blokkeert of dat inschrijving onder voorwaarden toch mogelijk is.

De cellen met de **donkergrijze kleur (A2, A3, B3 en C3)** geven situaties aan die per definitie leiden tot uitsluiting voor de aanbesteding. Er is onweerlegbaar sprake van vervalsing van de mededinging waardoor uitsluiting van de desbetreffende inschrijver wegens voorkennis en/of belangenverstrengeling geboden is.

De cellen met de **groene kleur (A1, B1 en C1)** geven situaties aan waarbij actieve transparantie door de voorbereider vervalsing van de mededinging kan voorkomen. In deze situatie kan de voorbereider door zijn kennis volledig, tijdig en op toegankelijke wijze te delen met het RVB en de andere inschrijvers voorkomen dat het RVB hem uitsluit bij de aanbesteding. Bij aanvang van de deelname aan de voorbereiding dient de onderneming aan te geven of zij van plan is om in te schrijven op de aanbesteding zodat de mate en de wijze van kennis delen vooraf bepaald kunnen worden.

De mate van betrokkenheid bij de projectvoorbereiding weegt mee. Indien A slechts betrokken was bij een ondergeschikt deel van de voorbereiding van de aanbestede opdracht, zal betrokkenheid van A zelf of van B of C bij de inschrijving op die opdracht niet snel het gevaar oproepen van vervalsing van de mededinging. De inschrijver zal door het delen van het resultaat van het door hem voorbereide onderdeel het vermoeden van vervalsing van de mededinging kunnen weerleggen.

De **rode cellen (B2 en C2)** geven situaties weer waarbij interne scheiding van voorbereiding en inschrijving binnen de betrokken onderneming of de groep ruimte kan laten voor het RVB om inschrijving door deze onderneming of groep te accepteren. Het zijn met name de situaties B2 en C2 die om inschrijving een nadere beschouwing vragen.

Verhoudingen 		A WAS OF IS BETROKKEN BIJ ...		
		1 **de voorbereiding van het project:** • onderzoek • proeven • studie • ontwikkeling	**2** **de voorbereiding van de aanbesteding:** • raming • financiële modellen • risicoanalyses • keuze van wijze van marktbenadering • kritische succesfactoren	**3** **de beoordeling van de inschrijvingen** • selectie- en beoordelings-systematiek • aanbestedings-procedure • beoordeling inschrijvingen
INSCHRIJVING OP DE AANBESTEDING	**A** <u>1e graads verband</u> Onderneming **X** wil inschrijven met inzet van **A**.	**A1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging** <u>*Inschrijving toestaan*</u> *mits **X** aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)*	**A2 Vervalsing van de mededinging** <u>*Uitsluiten*</u>	**A3 Vervalsing van de mededinging (belangen-verstrengeling)** <u>*Uitsluiten*</u>
	B <u>2e graads verband</u> Onderneming **X** wil inschrijven met inzet van **B.**	**B1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging** <u>*Inschrijving toestaan*</u> *mits **X** aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)*	**B2 Vermoeden van vervalsing van de mededinging** <u>*Uitsluiten*</u> *tenzij **X** aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (Belangen-beschermingsplan)*	**B3 Vervalsing van de mededinging (belangen-verstrengeling)** <u>*Uitsluiten*</u>
	C <u>3e graads verband</u> Onderneming **Y** wil inschrijven met inzet van **C**.	**C1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging** <u>*Inschrijving toestaan*</u> *mits **X**, **Y** en **G** aantonen dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)*	**C2 Vermoeden van vervalsing van de mededinging** <u>*Uitsluiten*</u> *tenzij **X**, **Y** en **G** aantonen dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (Belangen-beschermingsplan)*	**C3 Vervalsing van de mededinging (belangen-verstrengeling)** <u>*Uitsluiten*</u>

Matrix: negen situaties van mogelijke vervalsing van de mededinging

Scheiding van belang

Het thema belangenverstrengeling is zeer actueel. De laatste tijd komen in projecten steeds opnieuw vragen op m.b.t. belangenverstrengeling. De actualiteit is het gevolg van ontwikkelingen in het Europese recht en de toegenomen aandacht voor integriteitsvraagstukken.

1 Belangenverstrengeling

Deze nota richt zich op belangenverstrengeling rond de aanbesteding, dat wil zeggen op belangenverstrengeling in relatie tot het plaatsen van een overheidsopdracht in de markt. Primair gaat het om verstrengeling van commerciële belangen. De uitvoeringsfase valt buiten de scope van de nota.

Belangenverstrengeling rond een aanbesteding kan zich voordoen wanneer een inschrijvende marktpartij betrokken was, of is, bij de voorbereiding van het project of de aanbesteding of de beoordeling van de inschrijvingen. Belangenverstrengeling kan leiden tot het vervalsen van de mededinging door a) inschrijven met voorkennis en b) manipulatie van de opdracht, de aanbesteding of de gunning[1].

Onder inschrijvende marktpartij wordt in dit verband verstaan de inschrijver inclusief zijn eventuele adviseurs, onderaannemers en leveranciers.

Voorkennis is in dit verband kennis van vertrouwelijke aanbestedingsgevoelige informatie van het RVB die de inschrijvende marktpartij bij de aanbesteding een concurrentievoordeel kan opleveren[2]. De vertrouwelijke informatie kan betrekking hebben op de voorbereiding van de aanbesteding (raming, financiële modellen, risicoanalyses en -beprijzing, kritische succesfactoren, de wijze van marktbenadering) of op de beoordeling van de inschrijvingen.

Belangenverstrengeling is vooral aan de orde met betrekking tot adviesbureaus en meer in het bijzonder met betrekking tot ingenieursbureaus. Als gevolg van het toenemende gebruik van geïntegreerde contracten bevinden deze bureaus zich steeds vaker in situaties waarin ze zowel de aanbesteder als de gegadigden/inschrijvers bedienen.

Secundair kan het gaan om niet-commerciële persoonlijke belangen. Er blijk van geven dat men over vertrouwelijke informatie beschikt kan statusverhogend werken waardoor de betrokkene beter kan 'netwerken'.

2 Waarom scheiding van belang ?

Een belangrijk deel van de concurrentiestrijd draait om het hebben van de optimale kennis om zo meer kans te maken op het verwerven van de opdracht. Het is in het belang van het RVB dat deelnemers aan een aanbesteding beschikken over de beste kennis.

Kennis kan echter ook voorkennis zijn. Voorkennis ondermijnt open en faire concurrentie en wanneer voorkennis de uitslag van de aanbesteding kan bepalen zullen de marktpartijen die kennis proberen te verwerven. Dan komt niet alleen de kwaliteit van de concurrentie in gevaar, maar ook de integriteit van de RVB-organisatie en van de marktpartijen. Concurrentie heeft baat bij eerlijk spel. Dat stimuleert marktpartijen om onderscheidend te zijn, te innoveren en om scherpe aanbiedingen te doen.

Open en faire concurrentie is uiteraard niet alleen afhankelijk van – positief gesteld – een goede scheiding van belangen, maar ook van andere factoren, zoals de aanwezigheid van voldoende aanbieders en de beschikbaarheid van een *concurrerende* markt van toeleveranciers en onderaannemers.

3 Risico's te strenge belangenscheiding

Bij het bepalen van het beleid met betrekking tot belangenverstrengeling moet het RVB rekening houden met de volgende risico's als gevolg van een te strenge belangenscheiding.

---

[1] Tot manipulatie behoort overigens ook het samenspannen van twee of meer inschrijvende marktpartijen ten nadele van de aanbesteder of van de andere inschrijvers. Het betreft hier verboden gedrag. Deze nota handelt niet over samenspanning maar over belangenverstrengeling als gevolg van betrokkenheid aan de zijde van zowel de aanbesteder als de inschrijver.

[2] Vergelijk art 1, Richtlijn 2003/6/EG van het Europese Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorkennis en marktmanipulatie (marktmisbruik); PbEU 2003, L 96/16. Vergelijk ook overweging 12.

1 Onvoldoende inschrijvingen
Voor een strenge belangenscheiding is een groter aantal partijen op de markt nodig dan voor een beperkte belangenscheiding. Strenge belangenscheiding kan in bepaalde marktsegmenten leiden tot onvoldoende concurrentie c.q. het mislukken van aanbestedingen door het uitblijven van aanbiedingen.

Overigens moet het RVB voor wat betreft de beschikbaarheid van marktpartijen rekening houden met de keten. Het gaat niet alleen om de gegadigden/inschrijvers, maar ook om de onderaannemers (c.q. adviseurs) en leveranciers die de gegadigden/inschrijvers voor het doen van hun aanbieding nodig hebben.

2 Onvoldoende inhuur mogelijk
Indien RVB in het kader van een strenge belangenscheiding de voorwaarde zou stellen dat een adviseur (c.q. zijn werkgever), die het RVB helpt bij de voorbereiding, niet mag inschrijven op de aanbesteding of inschrijvers mag adviseren, kan dit leiden tot een gebrek aan mogelijkheden om inhuurmedewerkers te werven.

Dit probleem wordt versterkt doordat het gebruik van geïntegreerde contracten leidt tot een aanzienlijk grotere vraag naar adviesdiensten. In de traditionele situatie liet het RVB één ontwerp maken en besteedde dat aan, terwijl bij de aanbesteding van een geïntegreerd contract alle inschrijvers een (calculatie)ontwerp nodig hebben ten behoeve van hun inschrijving.

De kracht van het RVB ligt mede in het benutten van leerervaringen over projectgrenzen heen. Projectervaringen worden intensief gedeeld. Inhuurmedewerkers die aan een bepaald project werken kunnen daardoor vanuit hun RVB-positie kennis nemen van aanbestedingen van andere projecten waar hun werkgever aan deelneemt of waaraan hij overweegt om deel te nemen. Strenge maatregelen op dit punt kunnen bijdragen aan onvoldoende beschikbaarheid van inhuurmedewerkers, hetgeen zijn effect kan hebben op de productie.

3 Belemmering werk- en besluitvormingsprocessen
Een van de mogelijke maatregelen om belangenverstrengeling tegen te gaan is het afschermen van concurrentiegevoelige informatie. De keerzijde daarvan is dat afscherming de open informatiecultuur beperkt. Strenge maatregelen zullen de werk- en besluitvormingsprocessen binnen het RVB belemmeren.

4 Belemmering arbeidsmobiliteit
RVB streeft naar een betere afstemming tussen taak en personele competenties. Dit heeft onder meer tot gevolg dat RVB-medewerkers die taken uitvoeren die door het RVB worden afgebouwd, de mogelijkheid moeten hebben om in dienst te treden bij de marktpartijen die deze taken van het RVB overnemen. Strenge belangenscheiding kan de kansen van de betrokken medewerkers op de arbeidsmarkt verstoren en bovendien de overdracht van taken naar de markt belemmeren.

Dit probleem neemt in omvang toe naarmate aanbestedingen langer duren. De keuze van het RVB om meer geïntegreerde contracten te gebruiken doet de aanbestedingsperiode sterk in duur toenemen. Werknemers laten zich niet zo lang fixeren.

5 Benadering onvoldoende integraal
Een strenge scheiding van belangen kan tot gevolg hebben dat opnieuw een tweedeling ontstaat die vergelijkbaar is met de traditionele situatie. Sommige marktpartijen specialiseren zich dan op voorbereidende werkzaamheden en andere op ontwerp- en realisatiewerkzaamheden. Strenge scheiding werkt segregatie in de hand. Professioneel opdrachtgeverschap streeft juist naar integratie en niet naar segregatie van taken.

4 Risico's te zachte belangenscheiding
Bij het bepalen van het beleid met betrekking tot belangenverstrengeling moet RVB rekening houden met de volgende risico's als gevolg van een te zachte belangenscheiding.

6 Toename juridische procedures
Een zachte scheiding van belangen kan wantrouwen zaaien tussen marktpartijen onderling en tussen marktpartijen en het RVB over de eerlijkheid van de concurrentie. Dat kan het aantal juridische procedures m.b.t. tot aanbestedingen aanzienlijk doen toenemen. Ook de enkele *schijn*

van belangenverstrengeling kan dit proces in gang zetten. Gezaaid wantrouwen is moeilijk weg te nemen.

7 Druk op integriteit van het RVB en marktpartijen
Een zachte scheiding van belangen kan tot gevolg hebben dat marktpartijen het uiterste zullen doen om aanbestedingsgevoelige kennis te verwerven desnoods ten koste van de integriteit van de RVB-organisatie. Ook de integriteit van de marktpartijen zelf komt daarbij onder druk te staan. De brutaalste wint. Er kan een cultuur ontstaan van het wegkopen van medewerkers met de gewenste kennis.

5 EU-recht en belangenscheiding bij aanbesteding

Een strenge maar heldere beleidslijn zou zijn dat een marktpartij die betrokken is geweest bij de voorbereiding van een project niet in mag schrijven op de aanbesteding van de realisatie. Op 3 maart 2005 heeft het Europese Hof van Justitie echter in de zaak 'Fabricom' een arrest gewezen dat zo een heldere scheiding blokkeert[3].

Volgens dit arrest moet de aanbestedende dienst de marktpartij die betrokken was bij de voorbereiding van het project in de gelegenheid stellen om aan te tonen dat zijn betrokkenheid geen gevaar oplevert voor de concurrentie. Met dit arrest in de hand vragen diverse ingenieursbureaus het RVB nu om duidelijkheid. In welke gevallen accepteert het RVB inschrijving op een opdracht door een marktpartij die bij de voorbereiding van die opdracht betrokken was? De rechtspraak vult de beoordelingscriteria slechts ten dele in[4].

6 Marktpartijen eerste belanghebbenden bij faire concurrentie

Marktpartijen zijn de eerste belanghebbende bij faire concurrentie. De aanbesteding verliezen doordat een concurrent over voorkennis beschikt of de opdracht naar zijn hand heeft kunnen zetten is uitermate frustrerend. Onvoldoende vertrouwen in de eerlijkheid van het aanbestedingsproces zal leiden tot een sterke toename van juridische procedures, waarbij bedacht moet worden dat ook de *schijn* van oneerlijkheid een escalatie in gang kan zetten. Overigens is het evenzo frustrerend voor een marktpartij om uitgesloten te worden wegens een onterechte schijn van belangenverstrengeling.

Vanuit deze invalshoek is er een gemeenschappelijk belang van aanbestedende diensten en marktpartijen c.q. hun koepelorganisaties om goede afspraken te maken.

De richtinggevende vragen zijn:
- Welke mate van betrokkenheid bij de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen van een inschrijver zal een andere inschrijver nog net bereid zijn om te accepteren?
- Welk beleid van het RVB geeft marktpartijen voldoende vertrouwen in de eerlijkheid van de door het RVB geregisseerde concurrentie?

7 Drie niveaus van belangen; drie vragen

Belangen worden altijd concreet in mensen van vlees en bloed, in natuurlijke personen. Omdat natuurlijke personen vaak deel uitmaken van grotere verbanden moeten deze verbanden ook als belanghebbenden worden aangemerkt. In eerste instantie gaat het daarbij om de onderneming in juridische zin (rechtspersoon) waarmee die natuurlijke persoon een arbeidsrelatie heeft of die hij adviseert en in tweede instantie om het groepsverband waartoe die onderneming behoort (onderneming in economische zin).

Zo kunnen dan drie niveaus onderscheiden worden waarmee beleid met betrekking tot belangenverstrengeling rekening moet houden:
1. de natuurlijke persoon;

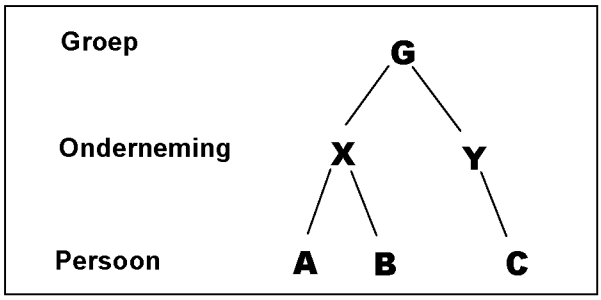
---

[3] Volgens het Fabricom-arrest (HvJ EG, zaak C-21/03, 3 maart 2005) mag een aanbestedende dienst niet de regel stellen dat een persoon die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten, geen offerte in mag dienen voor die werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de door hem opgedane ervaring de mededinging niet kan vervalsen.

[4] In het arrest (ro 30) merkt het Hof wel op dat de bij de voorbereiding betrokken persoon niet in de gelegenheid mag zijn om de voorwaarden voor de opdracht in de voor hem gunstige richting te sturen.

2. de onderneming in juridische zin (rechtspersoon) waarmee de natuurlijke persoon relatie heeft (arbeidsrelatie, adviesrelatie);
3. de groep[5] waartoe die onderneming behoort (de onderneming in economische zin).

Verhoudingen bij de aanbesteding



Ervan uitgaande dat de natuurlijke persoon **A** betrokken was of is bij de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen van een bepaald project leiden deze niveaus tot drie vragen met betrekking tot inschrijving op de aanbesteding. Uitgangspunt voor de vragen is dat **B** en **C** niet betrokken waren of zijn bij de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen.

- *Vraag 1 (1e graads verband)*

De ondernemingen **X** en **Z** willen inschrijven op een aanbesteding (onderneming Z behoort niet tot groep **G**). In welke gevallen c.q. onder welke condities moet inschrijver **Z** accepteren dat concurrent **X** inschrijft met inzet van **A**? In welke gevallen c.q. onder welke condities wil RVB toelaten dat onderneming **X** met inzet van **A** inschrijft?

Overigens kan **X** ook staan voor een inschrijvende combinatie of een inschrijver tezamen met zijn onderaannemers c.q. adviseurs ten tijde van de aanbesteding.

- *Vraag 2 (2e graads verband)*

De ondernemingen **X** en **Z** willen inschrijven op een aanbesteding. In welke gevallen c.q. onder welke condities moet inschrijver **Z** accepteren dat concurrent **X** inschrijft met inzet van **B**? In welke gevallen c.q. onder welke condities wil RVB toelaten dat **X** met inzet van **B** inschrijft? **B** is, net als **A,** een werknemer of een adviseur van onderneming **X**.

- *Vraag 3 (3e graads verband)*

De ondernemingen **Y** en **Z** willen inschrijven op een aanbesteding. In welke gevallen c.q. onder welke condities moet inschrijver **Z** accepteren dat concurrent **Y** inschrijft in aanmerking nemend zijn verhouding tot onderneming **X** en daarmee tot **A**? In welke gevallen c.q. onder welke condities wil RVB toelaten dat onderneming **Y** inschrijft? **X** en **Y** zijn ondernemingen van dezelfde groep.

Arbeidsmobiliteit

Voor het stellen van bovenstaande vragen is het niet van belang wie de werkgever of de opdrachtgever van **A** was tijdens diens werk voor de projectvoorbereiding of de aanbestedingsvoorbereiding. Het is zelfs denkbaar dat **A** een RVB-medewerker was[6]. De drie

---

[5] Artikel 24b, bk 2, BW luidt: Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

Over het begrip economische eenheid laat de wet zich verder niet uit, maar het uitgangspunt is dat twee maatschappijen tot een groep behoren indien de ene maatschappij een beslissende zeggenschap uitoefent over de andere maatschappij.

Het begrip 'groep' is andersoortig dan de begrippen dochtermaatschappij en deelneming. Een dochtermaatschappij van een rechtspersoon (moeder) is een rechtspersoon waarin de rechtspersoon (moeder), eventueel samen met dochtermaatschappijen meer dan de helft van de zeggenschap heeft (zie art. 24a, bk 2, BW). Het begrip 'groep' is beperkter dan het begrip deelneming, waarvan in beginsel sprake is bij een deelname in het geplaatst kapitaal van een vijfde of meer (zie art. 24c, bk2, BW). Een deelneming hoeft geen beslissende zeggenschap in te houden.

[6] Overigens is in een dergelijk geval ook circulaire AD 1999/U84410 van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, d.d. 13 september 2006, van toepassing. Deze circulaire bevat beleid voor het tegengaan van zogenoemde draaideurconstructies. De voormalige ambtenaar mag gedurende 2 jaar niet betrokken worden bij de inschrijving.

vragen dekken ook de situaties af waarin **A** vóór de aanbesteding overstapt naar een van de inschrijvers of naar een onderneming die met de inschrijver in een groep is verbonden.

Aanvullend is de situatie denkbaar dat **A** niet zelf bij de projectvoorbereiding of de aanbestedingsvoorbereiding betrokken was, maar wel een collega van **A**, genaamd **D.** Een nog verder verwijderd verband zou zijn dat **A** en **D** werkten bij verschillende groepsmaatschappijen, die allen niet inschrijven. Ook voor die situaties kunnen *in theorie* bovenstaande drie vragen gesteld worden. In het kader van deze nota is dat echter niet zinvol. Deze nota gaat niet verder dan een 3e graads verband. Doet zich een dergelijke situatie voor dan kan extrapolatie van het in deze nota geformuleerde beleid richting geven.

8 Voorstellen voor beleid

8.1 Heldere scheiding tussen commercieel vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke informatie

Het RVB kan het risico van het ontstaan van voorkennis beperken door een heldere scheiding aan te brengen tussen commercieel vertrouwelijke aanbestedingsgevoelige informatie en informatie die niet vertrouwelijk hoeft te zijn. Het gaat in beginsel om een rubricering van twee soorten informatie:

- niet-vertrouwelijke informatie waarover iedereen binnen en buiten het RVB mag beschikken;
- commercieel vertrouwelijke informatie en waarover alleen de medewerkers van het project, die deze informatie nodig hebben voor hun werk, mogen beschikken; over informatie die direct te maken heeft met de gunningsprocedure mag alleen een kleine groep beslissers beschikken. Commercieel vertrouwelijk valt binnen de formele rubriek 'Departementaal vertrouwelijk'.[7]

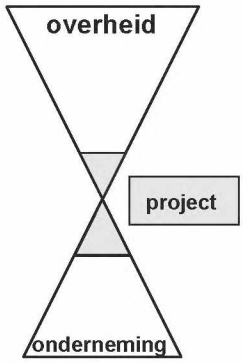
Bij vertrouwelijke informatie moet steeds het tijdvenster voor de vertrouwelijkheid worden aangegeven.

Door enerzijds actief transparant te zijn ten aanzien van niet-vertrouwelijke informatie en anderzijds waarborgen te scheppen voor de vertrouwelijkheid van commercieel vertrouwelijke informatie kan het RVB de kans op het ontstaan van voorkennis sterk beperken.

Ten aanzien van de vraag welke informatie commercieel vertrouwelijk moet zijn kan het RVB aansluiting zoeken bij de Wet Openbaarheid van Bestuur (WOB). De WOB bepaalt dat alle informatie openbaar is, tenzij deze valt onder de uitzonderingsgronden. Alle informatie die het RVB van bedrijven ontvangt in het kader van inschrijving op een aanbesteding is vertrouwelijk[8].

Daarnaast *kan* het RVB ook de raming bestempelen als vertrouwelijk[9]. Het RVB kan een eigen afweging maken en er bijvoorbeeld voor kiezen om wel de raming openbaar te maken, maar niet de onderliggende opbouw. Dat zou kunnen indien het RVB de raming mee wil geven als taakstellend budget.

De vertrouwelijkheid van informatie heeft baat bij beperking van het aantal personen dat toegang heeft tot de informatie. In aanbestedingssituaties werkt het beter om de vertrouwelijke informatie zoveel mogelijk in het project te houden. Daar kunnen waarborgen worden gecreëerd. Vanuit dit oogpunt dient het projectmandaat voldoende ruim te zijn. Bovendien geldt dat hoe dichter iemand bij het project betrokken is, hoe meer hij doordrongen is van het belang van vertrouwelijkheid.



De vertrouwelijkheidsperiode vangt in beginsel aan op het moment dat de algemene voorbereiding (onderzoek, proeven, studie en/of ontwikkeling van de opdracht) overgaat in de voorbereiding van de aanbesteding (ramingen, financiële modellen en risicoanalyses). Het einde van de vertrouwelijkheidsperiode hangt af van de aard van de informatie.

[7] Zie artikel 5 van het Besluit voorschrift informatiebeveiliging rijksdienst – bijzondere informatie.

[8] Artikel 10, lid 1, sub c, WOB: de overheid mag bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld niet openbaar maken. Zelfs verouderde, voor concurrentie niet meer actuele gegevens, vallen onder dit verbod. Bron: HDJZ, Leidraad Wet openbaarheid van bestuur; mei 2006.

[9] Artikel 10, lid 2, sub b, WOB geeft de overheid de mogelijkheid om het verstrekken van informatie achterwege te laten indien verstrekking de economische en financiële belangen van de Staat schaadt.

Een goed RVB-beleid met betrekking tot informatieveiligheid is een randvoorwaarde voor het voorkomen van voorkennis en belangenverstrengeling.

8.2 Marktneutrale specificaties en voorwaarden

Wanneer een marktpartij betrokken is bij de voorbereiding van een project of bij de voorbereiding van de aanbesteding kan dit leiden tot een situatie waarin hij de projectspecificaties en –voorwaarden bewust of onbewust kan beïnvloeden in een voor hem gunstige richting of tot het verwerven van voorkennis. Het RVB moet erop letten dat dit niet kan gebeuren. Aanbestedingsrechtelijk is het overigens verboden om de opdracht door specificaties toe te schrijven op een bepaalde marktpartij.

Aanbesteders en markt hebben behoefte aan een zekere uniformiteit bij contracteren. Marktpartijen die de aanbesteders helpen bij het ontwikkelen van standaarden treft niet het verwijt van belangenverstrengeling bij inschrijving op opdrachten waar die standaards vervolgens worden toegepast[10]. De standaard is immers algemeen.

8.3 Negen situaties van mogelijke vervalsing van de mededinging

De drie vragen in combinatie met de drie soorten werkzaamheden voorafgaande aan de gunning leiden tot negen situaties waarin mogelijk sprake is van vervalsing van de mededinging. Deze situaties kunnen worden weergegeven in een matrix. Iedere situatie beschrijft een samenloop van betrokkenheid aan de zijde van de aanbesteder met betrokkenheid aan de zijde van de inschrijver.

In de zaak Fabricom merkt het Hof van Justitie EG op dat een dergelijke samenloop kan leiden tot:

- voorkennis (ro 29) en;
- belangenverstrengeling in die zin dat de persoon die betrokken is bij de voorbereiding – zelfs zonder daartoe de bedoeling te hebben (!) – de voorwaarden van de overheidsopdracht in voor hem gunstige zin kan beïnvloeden (ro 30).

Het Hof stelt vervolgens (ro 31) dat de aanbesteder niet verplicht is om een bij de voorbereiding van de aanbesteding betrokken inschrijver op dezelfde wijze te behandelen als andere inschrijvers. Het Hof overweegt dat *bepaalde* voorbereidende werkzaamheden geen gevaar meebrengen voor de mededinging tussen de inschrijvers. Het Hof laat zich echter niet verder uit over de aard van deze *bepaalde voorbereidende werkzaamheden*. De matrix gaat verder waar het Hof stopt.

Belangenbeschermingsplan

De mogelijkheden voor scheiding van voorbereiding en inschrijving kunnen van onderneming tot onderneming, c.q. van groep tot groep, verschillen. Het RVB stelt ondernemingen daarom in de gelegenheid om een op hun eigen organisatie toegesneden *Belangenbeschermingsplan* ter goedkeuring bij hem in te dienen. Indien de onderneming, die wil deelnemen aan de voorbereiding van de aanbesteding, tijdig om goedkeuring verzoekt en zij die krijgt, heeft zij daarmee de zekerheid dat het RVB haar bij inschrijving op de aanbesteding niet zal uitsluiten.

Bovenstaande laat de mogelijkheid echter onverlet dat concurrenten van de desbetreffende onderneming met succes in rechte betogen dat er, ondanks het goedgekeurde *Belangenbeschermingsplan,* toch sprake is van vervalsing van de mededinging en dat het RVB de onderneming daarom dient uit te sluiten. In dat geval zal de desbetreffende onderneming geen recht hebben op schadeloosstelling.

Mogelijke ingrediënten van het Belangenbeschermingsplan

Het *Belangenbeschermingsplan* kan verschillende ingrediënten bevatten zoals geheimhoudingsverklaringen, ´Chinese walls´, interne gedragscodes, het aanstellen van compliance officers en periodieke controle van de maatregelen door onafhankelijke auditors[11].

In **situatie B2** kan X onder meer de volgende maatregelen nemen om te waarborgen dat de mededinging niet kan worden vervalst:

- A en B tekenen geheimhoudingsverklaringen;
- de geheimhoudingsverklaringen van A en B bevatten ook clausules voor het geval van uitdiensttreding;

[10] Wel is de gebruikelijke regel uit het aanbestedingsrecht van toepassing die bepaalt dat een opdracht inschrijvers gelijke toegang moet bieden. Vergelijk artikel 23, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG.

[11] Vergelijk overweging 24, Richtlijn 2003/6/EG van het Europese Parlement en de Raad van 28 januari 2003 betreffende handel met voorkennis en marktmanipulatie (marktmisbruik); PbEU 2003, L 96/16.

- de bestuurder van X tekent een verklaring waarin staat dat X de geheimhoudingsverplichtingen van A en B volledig zal respecteren en ondersteunen;
- A en B zijn organisatorisch gescheiden, zonodig tot op directieniveau (d.w.z. dat zij niet onder de verantwoording vallen van dezelfde directeur);
- A en B werken niet op dezelfde locatie en gebruiken niet hetzelfde ICT-netwerk;
- X voert een actief beleid t.a.v. het voorkomen van belangenverstrengeling;
- een onafhankelijke derde toetst periodiek het actieve beleid van X t.a.v. het voorkomen van belangenverstrengeling;
- van deze toets wordt verslag gedaan in het jaarverslag;
- deze derde rapporteert ook aan de aanbesteder.

In **situatie C2** kunnen X, Y en G hetzelfde aanvoeren met betrekking tot C, met daaraan toegevoegd:
- X, Y en G tekenen allen een verklaring dat zij onderling geen informatie uitwisselen over het project;
- X, Y en G verklaren dat zij de geheimhoudingsverplichtingen van A en C volledig zullen respecteren en steunen;
- X en Y zijn fysiek gescheiden (eigen locatie en eigen ICT-netwerk).

In het geval van samenwerking met de markt kan het RVB bij de beoordeling van het *Belangenbeschermingsplan*, analoog aan artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet, meewegen of de samenwerking bijdraagt tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang. Voorwaarde daarbij is dat de samenwerkingsvoordelen ten goede komen aan de hele markt. De samenwerking mag de mededinging niet voor een wezenlijk deel uitschakelen.

8.4 Sanctie: ernstige beroepsfout
Een goedgekeurd *Belangenbeschermingsplan* dient uiteraard zorgvuldig door de onderneming te worden gehandhaafd. Het RVB en concurrent-inschrijvers moeten hierop kunnen vertrouwen. Omdat het om interne maatregelen van de desbetreffende onderneming gaat is controle door het RVB en concurrent-inschrijvers lastig te realiseren. Waar vertrouwen een zo grote rol speelt dient er een stevige sanctie te staan op beschaming van dat vertrouwen.

RVB zal daarom handelen in strijd met het goedgekeurde *Belangenbeschermingsplan* beschouwen als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep in de zin van artikel 57 lid 4 sub c, richtlijn 2014/24/EU (richtlijn voor het plaatsen van overheidsopdrachten) c.q.2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012 . Dit betekent dat het RVB de desbetreffende onderneming zal uitsluiten bij deze en volgende aanbestedingen. Uitsluiting c.q. de periode van uitsluiting zal proportioneel zijn.

8.5 Arbeidsmobiliteit en andere wijzigingen in de verhoudingen
Ook in gevallen van arbeidsmobiliteit van werknemers wordt bovenstaande beleidslijn toegepast. Het RVB past de beleidslijn tevens toe bij andere wijzigingen in de verhoudingen, bijvoorbeeld als gevolg van fusies of overnames, tijdens de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen.

8.6 Contact
In geval van klachten kan per e-mail met het RVB contact worden opgenomen op: Postbus.RVB.Klachtenmeldpunt@rijksoverheid.nl.