

Belangen beschermd

**Hoe om te gaan met
belangenverstrengeling en
voorafgaande betrokkenheid
bij aanbestedingen?**

Versie: 1.0

Datum: 23 augustus 2021

Status: definitief

Vertrouwelijkheidsniveau: openbaar

Colofon

GVB
Arlandaweg 106
1043 HP AMSTERDAM

Inkoop

Contactpersoon M.E.P. Schoonderbeek
Doorkiesnummer 06 10721894
Faxnummer 020 4606066

Inhoudsopgave

1	Inleiding.....	4
2	Samenvatting	5
2.1	Matrix.....	6
3	Belangenconflicten (intern)	7
3.1	Schets wettelijk kader belangenconflicten	7
3.2	Maatregelen GVB.....	7
3.3	Belangenconflicten als uitsluitingsgrond.....	8
4	Voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen	8
4.1	Inleiding	8
4.2	Voorkennis.....	9
4.3	Manipulatie	9
4.4	Betrokken bij voorbereiding, Passende maatregelen: Belangenbeschermingsplan.....	9
4.5	Gelijktijdige betrokkenheid; geen passende maatregelen mogelijk.....	11
4.6	Mogelijkheid tot uitsluiting betrokken ondernemer	11
4.7	Hoor en wederhoor	12
4.8	Schematisch weergave.....	12

1 Inleiding

GVB vindt het belangrijk dat op een eerlijke en transparante (integere) manier wordt omgegaan met de markt. Daarom moet (de schijn van) belangenverstrengeling worden voorkomen. In dit beleidsdocument wordt ingegaan op de maatregelen die GVB daarvoor neemt.

Dit beleidsdocument onderscheidt belangenconflicten op een tweetal niveaus:

1. Belangenverstrengeling/belangenconflict.

Hiervan is sprake indien (ingehuurde) medewerkers van GVB betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op het resultaat van deze procedure en 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.

2. Voorafgaande of gelijktijdige betrokkenheid.

Voorafgaande of gelijktijdige betrokkenheid kan zich voordoen wanneer (externe) marktpartijen en/of extern ingehuurde medewerkers verschillende rollen vervullen bij de voorbereiding van een project, de voorbereiding van een aanbesteding of tijdens een aanbesteding.

Dit beleidsdocument richt zich op belangenverstrengeling en voorafgaande of gelijktijdige betrokkenheid rond aanbestedingen en sluit (vanzelfsprekend) aan bij wet- en regelgeving en interne inkoop en compliance procedures van GVB op dit punt. De opbouw van dit document is als volgt. Allereerst wordt een samenvatting gegeven van de belangrijkste conclusies van dit onderwerp. Vervolgens ziet Hoofdstuk 3 op het thema belangenverstrengeling¹. Tenslotte wordt in Hoofdstuk 4 ingegaan op voorafgaande en of gelijktijdige betrokkenheid van een ondernemer bij aanbestedingen.

¹ Onder de term belangenverstrengeling moet ook de term belangenconflict worden verstaan

2 Samenvatting

Dit document bevat richtlijnen en maatregelen voor het tegengaan van belangenverstrengeling door een goede scheiding van belangen bij aanbestedingen. Scheiding is van belang omdat GVB voor het verkrijgen van scherpe aanbiedingen afhankelijk is van de kwaliteit van de concurrentie.

In dit document 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 met betrekking tot 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 GVB en marktpartijen.

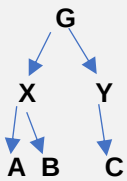
Hierbij wordt de volgende beleidslijn gehanteerd (zie voor de schematische weergave de matrix (pagina 6)):

- 1 Er wordt een heldere scheiding tussen niet-vertrouwelijke en commercieel vertrouwelijke informatie gemaakt. Informatie wordt gerubriceerd. In de matrix gaat het in kolom 1 over niet-vertrouwelijke informatie en in kolom 2, kolom 3 en kolom 4 over commercieel vertrouwelijke informatie.
- 2 De hoeveelheid vertrouwelijke informatie wordt beperkt tot het strikt noodzakelijke, waarbij de periode van vertrouwelijkheid zo kort als mogelijk wordt gehouden. Het aantal personen dat toegang heeft tot vertrouwelijke informatie wordt zoveel als mogelijk beperkt.
- 3 Er wordt zoveel als mogelijk openheid betracht over niet-vertrouwelijke informatie. Er worden waarborgen gecreëerd voor de vertrouwelijkheid van vertrouwelijke informatie (informatiebeveiligingsbeleid). Principe: projectvoorbereiding is in beginsel niet-vertrouwelijk, aanbestedingsvoorbereiding en beoordeling van de inschrijvingen zijn commercieel vertrouwelijk.
- 4 Een onderneming die deelneemt aan de beoordeling van de inschrijvingen is het niet toegestaan om zelf in te schrijven. Zie de weergave in de matrix.
- 5 Het is niet toegestaan dat een groepsmaatschappij van de groep, waarvan een andere groepsmaatschappij deelneemt aan beoordeling van de inschrijvingen, inschrijft. Zie weergave in de matrix.
- 6 Het is toegestaan 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 GVB en de andere inschrijvers. Zie weergave in de matrix.
- 7 Het is niet toegestaan 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 weergave matrix.
- 8 Het is toegestaan dat op basis van een vooraf door GVB goedgekeurd Belangenbeschermingsplan 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 weergave matrix.
- 9 Het is toegestaan op basis van een vooraf door GVB goedgekeurd Belangenbeschermingsplan dat een groepsmaatschappij van de groep, waarvan een andere groepsmaatschappij deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding, inschrijft op de aanbesteding. Zie weergave matrix.

- 10 Het is toegestaan op basis van een vooraf door GVB goedgekeurd Belangenbeschermingsplan dat een groepsmaatschappij van de groep, waarvan een andere groepsmaatschappij GVB ondersteunt bij de aanbesteding, inschrijft op de aanbesteding, mits deze groepsmaatschappij niet betrokken is bij de beoordeling van de inschrijvingen. Zie weergave matrix.
- 11 Een onderneming, die wil deelnemen aan de aanbestedingsvoorbereiding, kan voorkomen dat zij door GVB 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 GVB uitgesloten wordt, door voorafgaand aan haar deelname aan de aanbestedingsvoorbereiding te beschikken over een door GVB goedgekeurd en door GVB en onderneming 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 GVB de desbetreffende onderneming daarom moet uitsluiten, heeft de onderneming geen recht op schadeloosstelling. De onderneming heeft het risico zelf in het leven geroepen.
- 12 Indien een onderneming in strijd handelt met haar door GVB goedgekeurde Belangenbeschermingsplan, zal GVB dit overeenkomstig artikel 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet beschouwen als een ernstige fout in de beroepsuitoefening. GVB zal die onderneming dan uitsluiten van deelneming aan de aanbesteding van de desbetreffende opdracht en toekomstige opdrachten (een en ander conform de systematiek van de Aanbestedingswet).

2.1 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 aan het eind van dit document.

		A was betrokken bij.....		
		1 Vorbereiding project	2 Vorbereiding 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

De cellen A1, A2, en A3 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.

3 Belangenconflicten (intern en externe inhuur)

3.1 Schets wettelijk kader belangenconflicten

GVB vindt het essentieel dat belangenconflicten bij aanbestedingsprocedures binnen de organisatie op doeltreffende wijze worden voorkomen, onderkend en opgelost. Een belangenconflict betreft bijvoorbeeld de situatie waarin personeelsleden van GVB en/of door GVB ingehuurde externe medewerkers die betrokken zijn bij de aanbestedingsprocedure financiële of andere persoonlijke belangen hebben bij de uitkomst van de procedure. In de Aanbestedingswet wordt het belang van dit thema benadrukt door in een algemeen artikel op te nemen dat GVB ertoe verplicht om passende maatregelen te nemen om 'fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen'². Passende maatregelen kunnen volgens de toelichting op de Aanbestedingswet bestaan uit integriteitsprotocollen of codes, normen, compliance regelingen, integriteitsbepalingen in cao's of een intern meldpunt voor belangenconflicten.

Voorbeeld 1

Wanneer bij de beoordeling van inschrijvingen een part time GVB medewerker wordt betrokken die mede-eigenaar is van (of aandelen heeft of anderszins persoonlijke belangen heeft in) een onderneming die meedingt naar de opdracht, levert dit een belangenconflict op. Een passende maatregel is dan dat de desbetreffende GVB medewerker geen deel mag nemen aan de beoordeling en ook anderszins niet meer betrokken wordt bij deze aanbesteding. Tevens zal een melding bij de compliance afdeling moeten worden gedaan.

3.2 Maatregelen GVB

GVB heeft in lijn met het bovenstaande in haar organisatie maatregelen genomen om belangenconflicten zoveel als mogelijk te voorkomen, te onderkennen en op te lossen.

² Zie ook artikel 42 Richtlijn 2014/25/EU, welk artikel in artikel 1.10b van de Aanbestedingswet is geïmplementeerd.

GVB geeft hier invulling aan door de Gedragscode en de CAO GVB³, namelijk dat GVB-ers 'integer handelen' en zorgvuldig omgaan met vertrouwelijke informatie. Bovendien zijn GVB medewerkers verplicht om nevenfuncties te melden bij hun leidinggevende.

Door GVB ingehuurd externe medewerkers dienen zich te houden aan de door GVB vastgestelde gedragsregels voor extern ingehuurd medewerkers. Deze bevatten naast een verplichting om 'integer te handelen' en zorgvuldig om te gaan met vertrouwelijke informatie ook een verplichting om mogelijke belangenconflicten pro actief te melden bij de inhurende manager van GVB.

GVB heeft een Compliance afdeling die indien zich mogelijk belangenverstrengeling voordoet in opdracht van directie van GVB onderzoek kan doen om vast te stellen of er ook daadwerkelijk sprake is belangenverstrengeling. Ook het vaststellen van dit beleidsmemo (en de effectieve invulling daarvan) is één van de maatregelen die GVB heeft genomen om belangenconflicten in aanbestedingsprocedures te voorkomen.

Voorbeeld 2

Op verzoek van een oud-collega (die werkzaam is bij één van de ingenieursbureau's die deelnemen in de erkenningsregeling van GVB) stuurt een GVB medewerker – die betrokken is bij een aanbesteding voor een advies- en ontwerptraject – als vriendendienst een concept van een programma van eisen, terwijl de andere potentiële inschrijvers die informatie (nog) niet hebben.

Er is sprake van een belangenconflict aangezien de GVB medewerker zich laat leiden door overwegingen (vriendendienst) die niets te maken hebben met de betrokken opdracht maar nu eenmaal een voorkeur heeft voor de inschrijver waar de oud collega werkzaam is.

3.3 Belangenconflicten als uitsluitingsgrond

Marktpartijen en extern ingehuurd medewerkers hebben een eigen verantwoordelijkheid bij het voorkomen van belangenconflicten aan de zijde van GVB en dienen gevallen van belangenconflicten actief te melden bij de afdeling Inkoop en/of Compliance Officer van GVB.

Als GVB belangenverstrengeling immers niet kan oplossen door minder ingrijpende maatregelen – bijvoorbeeld personen die het betreft aan haar zijde te vervangen of door het nemen van andere maatregelen – kan de betrokken onderneming van deelneming op grond van de aanbestedingswet worden uitgesloten of kunnen er gegronde redenen ontstaan waardoor GVB afscheid moet nemen van ingehuurd externe medewerkers die betrokken zijn bij een belangenconflict.

4 Voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen

4.1 Inleiding

Voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen betreft gevallen waarin een onderneming (of een medewerker van een onderneming) of ingehuurd externe medewerkers betrokken zijn geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure. In de aanbestedingspraktijk van GVB komt dit

³ Overtreding van de Gedragscode kan en zal door GVB worden gesanctioneerd, zoals beschreven in de 'CAO GVB' welke te raadplegen is via [www. https://gvb939.sharepoint.com/](https://gvb939.sharepoint.com/)

regelmatig voor, met name, maar niet uitsluitend, op het gebied van adviesdiensten. Binnen één project of bedrijfsproces wordt meermaals de markt benaderd voor de uitvraag van leveringen, werken en diensten. Het risico van voorafgaande betrokkenheid is dat dit kan leiden tot het vervalsen van de mededinging door inschrijven met voorkennis dan wel manipulatie van de opdracht, de aanbesteding of de gunning.

Gelijktijdige betrokkenheid doet zich voor op het moment dat een gegadigde, of een door gegadigde ingeschakelde extern ingehuurde medewerker, in de aanbestedingsprocedure GVB tevens ondersteunt bij deze procedure.

Hieronder wordt nader ingegaan op de situatie van voorkennis en de situatie van manipulatie van de opdracht. Uitgewerkt wordt welke maatregelen GVB hiertegen treft. Ook wordt ingegaan op de maatregelen die ondernemers moeten treffen om uitsluiting tijdens een aanbesteding te voorkomen. Tot slot wordt ingegaan op de situatie dat onvoldoende maatregelen zijn getroffen en GVB moet afwegen of tot uitsluiting wordt overgegaan.

4.2 Voorkennis

Het kan voorkomen dat een gegadigde voorkennis heeft door eerdere betrokkenheid bij het project. Deze voorkennis kan bijvoorbeeld zijn ontstaan doordat een Opdrachtnemer bepaalde onderzoeken heeft uitgevoerd of doordat hij een externe medewerker heeft ingehuurd die eerder in opdracht van GVB betrokken is geweest bij het project. Deze kennisvoorsprong zal worden weggenomen door de relevante informatie te delen en passende termijnen te hanteren zodat alle marktpartijen van de informatie kennis kunnen nemen. Daarnaast wordt voorkomen dat de ondernemer kennis krijgt van documenten die GVB tijdens de aanbesteding niet met alle marktpartijen kan of wil delen, zoals bijvoorbeeld de bouwkostenraming.

Let op: bepaalde voorkennis betreffende vertrouwelijke informatie zoals gunnings- en beoordelingsmethoden en commerciële informatie zoals kostenramingen en beschikbare budgetten kunnen uiteraard niet gedeeld worden en voorkennis hiervan leidt helaas tot een onoplosbaar belangenconflict. In gevallen waarin een Opdrachtnemer (of de betrokkenheid van een extern ingehuurde medewerker) over deze kennis beschikt schrijft de Aanbestedingswet 2012 uitsluiting voor.

4.3 Manipulatie

Manipulatie van de opdracht kan voorkomen indien een gegadigde in een eerdere fase van het project de kans heeft gehad om de uitvraag (waaronder de gestelde eisen) of de gunningscriteria te beïnvloeden, zodat hij een grotere kans maakt op verwerving van de opdracht.

4.4 Betrokken bij voorbereiding, Passende maatregelen: Belangenbeschermingsplan

In de situatie dat voorafgaande betrokkenheid leidt of dreigt te leiden tot concurrentievervalsing zullen eerst passende maatregelen moeten worden genomen voordat tot uitsluiting wordt overgegaan. Het opstellen en naleven van een belangenbeschermingsplan kan – naast de in de Aanbestedingswet genoemde maatregelen – in diverse gevallen een passende maatregel zijn.

Voorbeeld 3

GVB heeft met verschillende partijen een raamovereenkomst voor het ontwikkelen van softwareproducten. Een van die raamcontractanten levert als extern inhuurde medewerker een specialist aan GVB voor het ontwikkelen

van de eisen waaraan het te maken softwareproduct dient te voldoen. Mag de onderneming bij wie de specialist in dienst is nu nog inschrijven?

Ook hier is weer sprake van mogelijke concurrentievervalsing wegens de voorafgaande betrokkenheid van de specialist. Indien alle informatie die door de specialist bij de voorbereiding van de aanbesteding (deelopdracht) wordt gedeeld met alle raamcontractanten en de specialist geen verdere betrokkenheid meer heeft bij de aanbestedingsprocedure van de deelopdracht, kan de onderneming bij wie de specialist in dienst is inschrijven op de opdracht mits een belangenbeschermingsplan wordt opgesteld door partijen. Het is hier uitgesloten dat de specialist tijdens de inschrijvingsfase van de aanbesteding nog betrokken is.

Let op! Een belangenbeschermingsplan dient opgesteld te worden voordat desbetreffende persoon begint met de voorbereiding van een project dan wel aanbesteding.

GVB heeft geen standaard belangenbeschermingsplan waarvan ondernemingen gebruik zouden kunnen maken. Elke marktpartij is immers anders georganiseerd. Afhankelijk van hoe de marktpartij is georganiseerd kunnen maatregelen worden voorgesteld. GVB stelt ondernemingen in de gelegenheid om een op hun eigen organisatie toegesneden belangenbeschermingsplan ter goedkeuring in te dienen. Als de onderneming, die wil deelnemen aan de voorbereiding van de aanbesteding, het belangenbeschermingsplan tijdig ter toetsing voorlegt en GVB hiermee akkoord gaat, heeft de onderneming daarmee de zekerheid dat GVB haar bij inschrijving op de aanbesteding niet (op voorhand) zal uitsluiten. Het is zoals eerder al aangegeven echter nooit uit te sluiten dat GVB toch in rechte wordt gedwongen alsnog tot uitsluiting over te gaan. Het belangenbeschermingsplan kan verschillende ingrediënten bevatten zoals zogeheten Chinese Walls, geheimhoudingsverklaringen, interne gedragscodes, het aanstellen van compliance officers en periodiek controle van de maatregelen door onafhankelijke auditors. In ieder geval dient het belangenbeschermingsplan / de te ondertekenen verklaring de volgende elementen te bevatten:

- Alle eventuele kennis die in het kader van de aanbesteding die door de desbetreffende medewerker(s) is opgedaan wordt in overleg met GVB met de markt gedeeld;
- De desbetreffende medewerker(s) maakt of maken geen deel (meer) uit van het aanbestedingsteam van GVB;
- De desbetreffende medewerker(s) kan of kunnen niet meer bij de (digitale) informatie betreffende het aanbestedingsdossier;
- De desbetreffende medewerker(s) kan of kunnen op geen enkele manier worden betrokken door de eigen opdrachtgever (achterliggende onderneming) in het kader van deze aanbesteding waarop die achterliggende onderneming wil inschrijven;
- De desbetreffende medewerker(s) kan of kunnen op geen enkele manier eventuele relevante informatie over de voorbereiding van de aanbesteding met andere partijen delen voor zover deze informatie in overleg met GVB niet zal worden gedeeld met de markt;
- Een verklaring dat de desbetreffende medewerker(s) geen contact zal of zullen hebben met de andere leden van de achterliggende onderneming die betrokken zijn bij de inschrijving op de desbetreffende aanbesteding;
- Een bepaling dat de desbetreffende medewerker(s) en de achterliggende onderneming aantonen dat er tussen de medewerker(s) die vooraf betrokken zijn bij de aanbesteding en de andere leden van de achterliggende onderneming die betrokken zijn bij de inschrijving op de aanbesteding fysiek en digitaal van elkaar zijn gescheiden gedurende de aanbestedingsprocedure;
- Een bepaling dat als de desbetreffende medewerker(s) zich niet aan het belangenbeschermingsplan en/of de ondertekende verklaring houdt of houden, dit een 'ernstige beroepsfout' oplevert die wordt toegerekend aan de achterliggende onderneming en

die achterliggende onderneming zal worden uitgesloten van de desbetreffende aanbesteding (en mogelijk ook van volgende aanbestedingsprocedures);

- Een verklaring dat de desbetreffende medewerker(s) en de achterliggende onderneming zich er bewust van zijn dat GVB nooit zal kunnen voorkomen dat GVB op instigatie van (een) derde(n) – in rechte – wordt gedwongen de desbetreffende achterliggende onderneming toch uit te sluiten.

Het op te stellen belangenbeschermingsplan (waarin bovengenoemde aspecten zijn meegenomen) wordt vervolgens ter goedkeuring aan de afdeling Inkoop van GVB voorgelegd. Indien GVB akkoord is zal dit schriftelijk worden medegedeeld, waarbij eveneens nog eens een keer wordt bevestigd dat het in niet in acht nemen van het belangenbeschermingsplan tot uitsluiting leidt (wegens een ernstige beroepsfout) en GVB nooit kan voorkomen dat GVB op instigatie van (een) derde(n) – in rechte – wordt gedwongen de desbetreffende achterliggende onderneming toch uit te sluiten.

4.5 Gelijktijdige betrokkenheid; geen passende maatregelen mogelijk

Het Aanbestedingswet 2012 voorziet in de situatie waarin op voorhand vaststaat dat sprake is van concurrentievervalsing doordat een onderneming betrokken is (geweest) bij kritische factoren van de aanbesteding, zoals bij de beantwoording vragen, bij beoordeling in de selectiefase en/of gunningsfase, de gunning en zonder dat hiervoor een belangenbeschermingsplan is overeen gekomen. In die gevallen schrijft de Aanbestedingswet 2012 uitsluiting voor. Deze situatie doet zich voor bij gelijktijdige betrokkenheid van een ondernemer ter ondersteuning van GVB als (of in opdracht van) een gegadigde.

Voorbeeld 4

Bij het projectteam dat bezig is met de implementatie van Elektrische Bus (inclusief laadinfrastructuur) wordt gewerkt aan de voorbereiding van een aanbesteding voor een volgende deelfase van Elektrische Bus. Binnen het projectteam van GVB dat met het ontwerp en de aanbesteding bezig is, zit een teamlid dat via een Ingenieursbureau is ingehuurd. Het desbetreffende ingehuurde teamlid wordt ook ingezet bij de beoordeling van de inschrijvingen. Eén van de in de aanbesteding deelnemende bus- en laadinfra leveranciers zet in een hoofd-onderaannemersconstructie de werkgever (het Engineeringsbureau) van het ingehuurde teamlid in. Is dit toegestaan? Het antwoord is nee. Het is in dit geval nooit uit te sluiten dat het ingehuurde teamlid zich bewust of onbewust laat leiden door de (commerciële) belangen van zijn werkgever. Een belangbeschermingsplan kan dit probleem niet ondervangen. Dat het IB niet zelf de hoofdaannemer is bij inschrijving maakt het voorgaande niet anders.

4.6 Mogelijkheid tot uitsluiting betrokken ondernemer

GVB kan zoals in de vorige paragrafen aangegeven een ondernemer uitsluiten van deelneming als er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. GVB moet dus wel eerst onderzoeken of er geen andere middelen zijn om naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. Deze middelen kunnen zowel in de invloedssfeer van de ondernemer als van GVB liggen. Uitsluiting is bijvoorbeeld géén geëigend middel op het moment dat de (dreigende) concurrentievervalsing kan worden voorkomen. Bijvoorbeeld door een werknemer van een onderneming die betrokken is geweest bij het voortraject alle informatie te laten delen met GVB en de overige gegadigden/inschrijvers (zie ook artikel 2.51 lid 2 Aw). Uit de toelichting op de Aanbestedingswet volgt dat GVB, vóórdat zij een ondernemer bij de voorbereidingen van een aanbestedingsprocedure betreft, de betreffende ondernemer duidelijk en transparant op de hoogte kan stellen van de mogelijkheid tot uitsluiting van deelneming aan de

uiteindelijke procedure. De ondernemer kan in dat geval een weloverwogen beslissing nemen om wel of niet voorafgaand betrokken te zijn bij de aanbesteding⁴.

4.7 Hoor en wederhoor

Als GVB tot uitsluiting wil overgaan, dan heeft de betreffende ondernemer het recht om te bewijzen dat zijn betrokkenheid bij de voorbereiding de mededinging niet kan verstoren (artikel 2.51 lid 4 Aw)⁵. Dit bewijs dient wel meer te omvatten dan louter een toezegging om zich niet verstorend te gedragen. De ondernemer zal duidelijk moeten maken welke concrete maatregelen hij heeft genomen om te waarborgen dat zijn betrokkenheid de mededinging niet kan verstoren. Dat kan bijvoorbeeld door het overleggen van een belangenbeschermingsplan, waarin die maatregelen zijn beschreven en waaraan de ondernemer zich heeft verbonden. Deze maatregelen zijn erop gericht dat informatie, afkomstig uit de voorbereiding van de aanbesteding binnen de groep waar de onderneming deel van uitmaakt, en welke niet met andere geïnteresseerde ondernemingen gedeeld kan worden, niet terechtkomt bij medewerkers of onderaannemers van het onderdeel van de groep dat mee wenst te dingen naar de opdracht. Diverse marktpartijen hanteren eigen gedragscodes of werken met branche specifieke gedragscodes⁶. Het overleggen van een belangenbeschermingsplan is evenwel geen garantie dat GVB, een andere gegadigde/inschrijver, of de (voorzieningen)rechter toch menen dat het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden en uitsluiting is geboden. Wanneer een belangenbeschermingsplan (mogelijk in combinatie met andere documenten zoals een geheimhoudingsverklaring van de in de voorbereiding betrokken personen) wordt ingediend door een ondernemer zal GVB eerst toetsten of het belangenbeschermingsplan borgt dat er geen sprake is van mogelijke concurrentievervalsing.

4.8 Schematisch weergave

GVB hanteert een schema – dat grotendeels aansluit bij het schema dat Rijkswaterstaat, ProRail, het Rijksvastgoedbedrijf en diverse Waterschappen gebruiken – en geeft weer wat het GVB beleid is ingeval van voorafgaande betrokkenheid van een ondernemer bij een aanbestedingsprocedure. Dit schema sluit aan bij de Europese en nationale rechtspraak op dit punt.

Situaties zoals beschreven in de donkergrijze cellen leiden per definitie tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure: er is onweerlegbaar sprake van vervalsing van de mededinging.

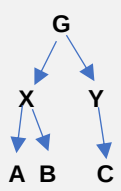
Situaties zoals beschreven in de rode cellen leiden tot uitsluiting van de aanbestedingsprocedure tenzij er (tijdig) een belangenbeschermingsplan is opgesteld waarin wordt aangetoond dat er geen sprake is van vervalsing van de mededinging.

⁴ GVB zou er blijkens de Memorie van Toelichting van de Aanbestedingswet zelfs voor kunnen kiezen uitdrukkelijk te bepalen dat partijen die meedoen in de voorfase van een aanbestedingsprocedure, niet mee kunnen dingen naar de uiteindelijke opdracht, een en ander ter voorkoming van conflicten op een later moment.

⁵ Volgens het Fabricom arrest (HvJ EU, zaak C-21/03, 3 maart 2005 mag een aanbestedende dienst niet de algemene regel stellen dat een persoon die is belast is geweest met voorbereidende werkzaamheden geen offerte mag indienen zonder hem in de gelegenheid gesteld te hebben om aan te tonen dat in de omstandigheden van het concrete geval de mededinging niet wordt vervalst.

⁶ De 'Gedragscode NLingenieurs' schrijft daarnaast in meer algemene zin voor dat de bij NLingenieurs aangesloten leden integer en met inachtneming van weten regelgeving dienen te handelen.

In de groene cellen is sprake van een vermoeden van concurrentievervalsing waarin dat vermoeden op een relatief eenvoudige manier kan worden weggenomen.

Verhoudingen		A was betrokken bij.....		
		1 Voorbereiding project: -onderzoek -proeven -studie -ontwikkeling	2 Voorbereiding van de aanbesteding: -raming -financiële modellen -risicoanalyses -inkoopstrategie -bepalen gunningscriteria en kritische succesfactoren	3 Beoordeling van de inschrijvingen: -selectie- en beoordelingssystematiek -aanbestedingsprocedure -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 toegestaan</u> <i>Mits X aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)</i>	A2 Vervalsing van de mededinging <u>Uitsluiten</u>	A3 Vervalsing van de mededinging (belangenverstrengeling) <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 toegestaan</u> <i>Mits X aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)</i>	B2 Vermoeden van vervalsing van de mededinging <u>Uitsluiten</u> <i>Tenzij X aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (belangenbeschermingsplan)-</i>	B3 Vervalsing van de mededinging (belangenverstrengeling) <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 toegestaan</u> <i>Mits X, Y en G aantonen dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)</i>	C2 Vermoeden van vervalsing van de mededinging <u>Uitsluiten</u> <i>Tenzij X, Y en G aantonen dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (belangenbeschermingsplan)</i>	C3 Vervalsing van de mededinging (belangenverstrengeling) <u>Uitsluiten</u>

A = werknemer is betrokken bij de voorbereiding van het project en/of de aanbesteding

B = collega van A en werkzaam bij dezelfde onderneming

X = onderneming bij wie A en B werken

G = moedermaatschappij van de onderneming bij wie A en B werken

Y = zusteronderneming van de onderneming bij wie A en B werken

C = collega van A en B via de zusteronderneming

In bovenstaand schema wordt er steeds vanuit dat A is betrokken bij de voorbereiding van een project en/of aanbesteding. In het schema wordt vervolgens een aantal situaties geschetst waarin inzichtelijk is gemaakt wat er gebeurt als de onderneming wil inschrijven met behulp van A of B en wat er gebeurt als de zusteronderneming inschrijft met de inzet van C.