

Bijlage 9: Belangenverstremgeling bij aanbestedingen binnen het programma EPD van Dienst Justitiële Inrichtingen

Dit is een nadere toelichting¹ bij het UEA (formulier A) dat bij uw Verzoek tot deelname ingediend moet worden. De toelichting heeft betrekking op: Deel IIIC "Gronden met betrekking tot insolventie, belangenconflicten of beroepsfouten". Met name voor de punten "Belangenconflict" en "Betrokken bij de voorbereiding" is deze toelichting van belang.

"Een aanbestedende dienst mag bedrijven/personen die een aanbestedende dienst hebben geadviseerd in een daarop volgende aanbestedingsprocedure niet categorisch uitsluiten."²

Dit document is opgesteld om op voorhand belangenverstremgeling bij de aanbestedingen van het programma EPD te voorkomen. Hierin worden de situaties uitgelegd en de maatregelen beschreven om belangenverstremgeling te voorkomen, zoals bedoeld in art. 1.10b Aw.

De aanbestedende dienst dient de marktpartij die betrokken was bij de voorbereiding van een project in de gelegenheid stellen om aan te tonen dat zijn betrokkenheid geen gevaar oplevert voor de concurrentie.

Indien u verwacht of twijfelt of belangenverstremgeling mogelijk aan de orde is bij een inschrijving/verzoek tot deelname, dan dient u ruim voor de deadline voor het indienen van een inschrijving/verzoek tot deelname dit kenbaar te maken bij de aanbestedende dienst.

Dit doet u door:

- Te plotten waar u staat met behulp van het schema onder de kop "Situaties en maatregelen";
- Aan de hand van het plotten de juiste maatregelen te treffen en te overleggen aan de aanbestedende dienst via de berichten module van TenderNed.

Belangensverstremgeling

Belangensverstremgeling 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. Belangensverstremgeling kan leiden tot het vervalsen van de mededinging door a) inschrijven met voorkennis en b) manipulatie van de opdracht, de aanbesteding of de gunning. 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 DJI die de inschrijvende marktpartij bij de aanbesteding een concurrentievoordeel kan opleveren. 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.

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 DJI dat deelnemers aan een aanbesteding beschikken over de beste kennis.

Kennis kan echter ook voorkennis zijn. Voorkennis ondermijnt open en eerlijke 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 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.

¹ Dit document is gebaseerd op de nota Scheiding van belang uit 2007 opgesteld door RWS en de Regeling Scheiding van belang Rijksvastgoedbedrijf 16.1.

² HvJ EU 3 maart 2005, ECLI:EU:C:2005:127 (*Fabricom*).

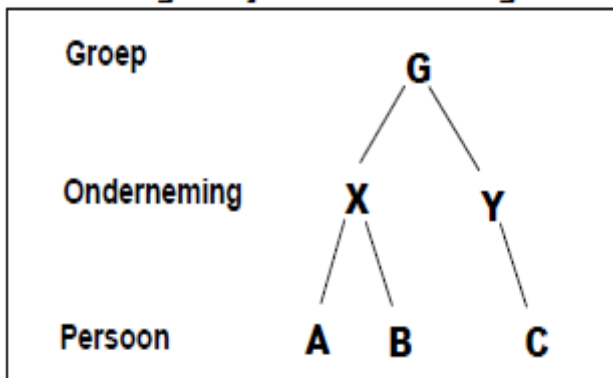
Open en eerlijke concurrentie is uiteraard niet alleen afhankelijk van – positief gesteld – een goede scheiding van belangen, maar ook van andere factoren, zoals de aanwezigheid van voldoende aanbieders en de beschikbaarheid van een concurrerende markt van toeleveranciers en onderaannemers.

Drie niveaus van belangen; drie vragen

Er kunnen drie niveaus onderscheiden worden waarmee regels met betrekking tot belangenverstrengeling rekening moet houden:

1. de natuurlijke persoon;
2. de onderneming in juridische zin (rechtspersoon) waarmee de natuurlijke persoon relatie heeft (arbeidsrelatie, adviesrelatie);
3. de groep³ 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 DJI 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 DJI 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)

³ Artikel 2:24b 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. 2:24c BW). Een deelneming hoeft geen beslissende zeggenschap in te houden.

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 DJI toelaten dat onderneming Y inschrijft? X en Y zijn ondernemingen van dezelfde groep.

Situaties en maatregelen

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.

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;
- 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.

Verhoudingen		A WAS OF IS BETROKKEN BIJ ...		
		1	2	3
<pre> graph TD G --- X G --- Y X --- A X --- B Y --- C </pre>		1 de voorbereiding van het project: <ul style="list-style-type: none"> • onderzoek • proeven • studie • ontwikkeling 	2 de voorbereiding van de aanbesteding: <ul style="list-style-type: none"> • raming • financiële modellen • risicoanalyses • keuze van wijze van marktbenadering • kritische succesfactoren 	3 de beoordeling van de inschrijvingen <ul style="list-style-type: none"> • 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> <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 toestaan</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 toestaan</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>

Situaties die per definitie leiden tot uitsluiting

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.

Situaties waarbij actieve transparantie door de voorbereider vervalsing van de mededinging kan voorkomen

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 DJI en de andere inschrijvers voorkomen dat DJI 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.

Situaties die door interne scheiding binnen de onderneming of groep zijn toegestaan

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 DJI om inschrijving door deze onderneming of groep te accepteren. Het zijn met name de situaties B2 en C2 waarbij een nadere motivatie nodig is om de inschrijving te kunnen accepteren.

Belangenbeschermingsplan: in geval van B2 en C2

De mogelijkheden voor scheiding van voorbereiding en inschrijving kunnen van onderneming tot onderneming, c.q. van groep tot groep, verschillen. DJI stelt ondernemingen daarom in de gelegenheid om een op hun eigen organisatie toegesneden belangenbeschermingsplan (verder: het 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 DJI haar bij inschrijving op de aanbesteding niet zal uitsluiten wegens betrokkenheid bij de voorbereiding van de aanbesteding of een belangenconflict. In het Belangenbeschermingsplan dient de onderneming duidelijk aan te geven welke situatie aan de orde is en waar deze geplot moet worden in de bovenstaande matrix.

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 DJI 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.

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 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 belangenverstremming;
- een onafhankelijke derde toetst periodiek het actieve beleid van X t.a.v. het voorkomen van belangenverstremming;
- van deze toets wordt verslag gedaan in het jaarverslag;
- deze derde rapporteert ook aan de aanbestedder.

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).

Sanctie schending Belangenbeschermingsplan: ernstige beroepsfout

Een goedgekeurd Belangenbeschermingsplan dient uiteraard zorgvuldig door de onderneming te worden gehandhaafd. DJI en mede-inschrijvers/gedagiden moeten hierop kunnen vertrouwen. Handelen in strijd met het goedgekeurde Belangenbeschermingsplan kan daarom leiden tot uitsluiting van inschrijver/gedagigde.