

# Belangen de Baas

## Hoe om te gaan met eventuele belangenverstremgeling en voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen?

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

Dit beleidsdocument onderscheidt belangenconflicten op een tweetal niveaus:

### 1. Belangenverstremgeling/belangenconflict.

Hiervan is sprake indien (ingehuurde) medewerkers van ProRail 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 verschillende rollen vervullen bij de voorbereiding van een project, de voorbereiding van een aanbesteding of tijdens een aanbesteding.

Dit beleidsdocument richt zich op belangenverstremgeling en voorafgaande of gelijktijdige betrokkenheid rond aanbestedingen en sluit (vanzelfsprekend) aan bij wet- en regelgeving 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 Deel I op het thema belangenverstremgeling<sup>1</sup>. Daarna wordt in Deel II ingegaan op voorafgaande en of gelijktijdige betrokkenheid van een ondernemer bij aanbestedingen.

<sup>1</sup> Onder de term belangenverstremgeling moet ook de term belangenconflict worden verstaan

# Belangen de Baas

## Samenvatting

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

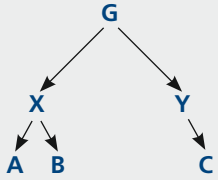
In dit document is rekening gehouden met een breder afweegkader dan alleen het concurrentiebelang. Zowel aan een te strenge scheiding als aan een te zachte scheiding kleven risico's. Een te strenge scheiding geeft het risico van onvoldoende inschrijvingen, problemen met betrekking tot het verwerven van 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 ProRail en marktpartijen.

Hierbij wordt de volgende beleidslijn gehanteerd (zie voor de schematische weergave de matrix (pagina 3);

- 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 ProRail 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 ProRail 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 ProRail 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 ProRail goedgekeurd Belangenbeschermingsplan dat een groepsmaatschappij van de groep, waarvan een andere groepsmaatschappij ProRail 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 ProRail 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 ProRail uitgesloten wordt, door voorafgaand aan haar deelname aan de aanbestedingsvoorbereiding te beschikken over een door ProRail goedgekeurd en door ProRail en onderneming gehandhaafd Belangenbeschermingsplan. Indien een concurrent bij de aanbesteding ondanks het Belangenbeschermingsplan met succes in rechte zou betogen dat er sprake is van belangenverstremming en dat ProRail 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 ProRail goedgekeurde Belangenbeschermingsplan, zal ProRail dit overeenkomstig artikel 2.87 lid 1 sub c Aanbestedingswet beschouwen als een ernstige fout in de beroepsuitoefening. ProRail 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).

# Belangen de Baas 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<br>Voorbereiding van het project | 2<br>Voorbereiding van de aanbesteding | 3<br>Beoordeling van de inschrijvingen |
| INSCHRIJVING  | A<br>X met A | A1<br>0                            | A2<br>X                                | A3<br>X                                |
|   | B<br>X met B | B1<br>+                            | B2<br>--                               | B3<br>X                                |
|   | C<br>Y met C | C1<br>++                           | C2<br>-                                | C3<br>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 cellen A1 tot en met C3 geven de mate van belangenscheiding weer, waarbij een kruis duidt op een onweerlegbare blokkade wegens belangenverstremgeling. In cellen met een of meer plussen is belangenverstremgeling relatief gemakkelijk te voorkomen. De cel met een nul vergt meer zorgvuldigheid en de cellen met een of meer minnen vergen bijzondere maatregelen.

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.

# Belangen de Baas

## Deel I - Belangenconflicten (intern)

### 1. Schets wettelijk kader belangenconflicten

ProRail vindt het essentieel dat belangenconflicten bij aanbestedingsprocedures binnen de organisatie op doel-treffende wijze worden voorkomen, onderkend en opge-lost. Een belangenconflict betreft bijvoorbeeld de situatie waarin personeelsleden van ProRail 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 bena-drukt door in een algemeen artikel op te nemen dat ProRail er toe verplicht om passende maatregelen te nemen om 'fraude, bevoordeling, corruptie en belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedures doeltreffend te voor-komen, te onderkennen en op te lossen'.<sup>2</sup>

Passende maatregelen kunnen volgens de toelichting op de Aanbestedingswet bestaan uit integriteitsprotocollen of – codes, normen, compliance regelingen, integriteits-bepalingen in cao's of een intern meldpunt voor belangen-conflicten.

### 2. Maatregelen ProRail

ProRail heeft in lijn met het bovenstaande in haar organisatie maatregelen genomen om belangenconflicten zoveel als mogelijk te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. ProRail geeft hier invulling aan door de Gedragscode<sup>3</sup>, namelijk dat ProRail 'integer zaken doet' en 'zorgvuldig omgaat met vertrouwelijke informatie'. ProRail heeft bovendien een Compliance afdeling. Indien zich mogelijk belangenverstremgeling voordoet moet dit gemeld worden bij de Compliance afdeling van ProRail. Ook het vaststellen van dit beleidsmemo (en de effectieve invulling daarvan) is één van de maatregelen die ProRail heeft genomen om belangenconflicten in aanbestedingsprocedures te voor-komen.

#### Voorbeeld

Wanneer bij de beoordeling van inschrijvingen een ProRail 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 belangen-conflict op. Een passende maatregel is dan dat de desbetreffende ProRail 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.

#### Voorbeeld

Op verzoek van een oud-collega (die werkzaam is bij één van de door ProRail erkende partijen) stuurt een ProRail medewerker – die betrokken is bij een aanbesteding – als vriendendienst een concept van een programma van eisen, terwijl de andere poten-tiele inschrijvers die informatie (nog) niet hebben. Er is sprake van een belangenconflict aangezien de ProRail medewerker zich laat leiden door over-wegingen (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. Belangenconflicten als uitsluitingsgrond

Marktpartijen hebben een eigen verantwoordelijkheid bij het voorkomen van belangenconflicten aan de zijde van ProRail en dienen gevallen van belangenconflicten actief te melden bij de Compliance Office. Als ProRail belangen-verstremgeling immers niet kan oplossen door minder ingrij-pende maatregelen – bijvoorbeeld personen die het betreft aan haar zijde te vervangen of door het nemen van andere maatregelen – kan de betrokken onderneming van deel-neming op grond van de aanbestedingswet worden uitgesloten.

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

<sup>3</sup> Overtreding van de Gedragscode kan en zal door ProRail worden gesanctioneerd, zoals beschreven in de 'Regeling Sanctienering' welke te raadplegen is via [www.focus.prorail.nl](http://www.focus.prorail.nl).

# Belangen de Baas

## DEEL II - Voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen

### 1. Inleiding

Voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen betreft gevallen waarin een onderneming (of een medewerker van een onderneming) betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure. In de aanbestedingspraktijk van ProRail komt dit regelmatig voor, met name, maar niet uitsluitend, op het gebied van adviesdiensten. Binnen één project of bedrijfsproces wordt meermaals de markt benaderd voor de uitvoering 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 in de aanbestedingsprocedure ProRail 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 ProRail 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 ProRail moet afweten of tot uitsluiting wordt overgegaan.

### 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. Deze kennisvoorsprong zal worden weggelaten 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 ProRail tijdens de aanbesteding niet met alle marktpartijen kan of wil delen, zoals bijvoorbeeld de verwervingsraming.

### 3. Manipulatie

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

### 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*

*ProRail heeft met verschillende partijen een raamovereenkomst voor het ontwikkelen van softwareproducten. Een van die raamcontractanten levert een specialist 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.

ProRail 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. ProRail 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 ProRail hiermee akkoord gaat, heeft de onderneming daarmee de zekerheid dat ProRail haar bij inschrijving op de aanbesteding niet (op voorhand) zal uitsluiten. Het is zoals eerder al

# Belangen de Baas

## DEEL II - Voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen

aangegeven echter nooit uit te sluiten dat ProRail 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 ProRail met de markt gedeeld;
- De desbetreffende medewerker(s) maakt of maken geen deel (meer) uit van het aanbestedingsteam van ProRail;
- 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 ProRail 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 ProRail nooit zal kunnen voorkomen dat ProRail 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 ProRail voorgelegd. Indien ProRail 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 ProRail nooit kan voorkomen dat ProRail op instigatie van (een) derde(n) – in rechte – wordt gedwongen de desbetreffende achterliggende onderneming toch uit te sluiten.

### 5. Gelijktijdige betrokkenheid; geen passende maatregelen mogelijk

Het ARN 2016 (dat in de meeste gevallen door ProRail wordt toegepast bij aanbestedingen) 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 en de gunning. In die gevallen schrijft het ARN 2016 uitsluiting voor. Deze situatie doet zich voor bij gelijktijdige betrokkenheid van een ondernemer ter ondersteuning van ProRail als (of in opdracht van) een gegadigde.

#### Voorbeeld

*Binnen de afdeling Procurement wordt gewerkt aan de voorbereiding van een aanbesteding voor een Bovenbouw Vernieuwingsproject. Binnen het projectteam van ProRail dat met 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 erkende spooraanneemers 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 belangenbeschermingsplan kan dit probleem niet ondervangen. Dat het IB niet zelf de hoofdaannemer is bij inschrijving maakt het voorgaande niet anders.*

# Belangen de Baas

## DEEL II - Voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen

### *Mogelijkheid tot uitsluiting betrokken ondernemer*

ProRail kan zoals in de vorige paragrafen een ondernemer uitsluiten van deelneming als er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. ProRail 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 ProRail 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 ProRail en de overige gegadigden/inschrijvers (zie ook artikel 2.51 lid 2 Aw).

Uit de toelichting op de Aanbestedingswet volgt dat ProRail, 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 aanbesteding.<sup>4</sup>

### *Hoor en wederhoor*

Als ProRail 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).<sup>5</sup> 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 er op gericht dat informatie, afkomstig uit de voorbereiding van de aanbe-

steding 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 gedragscodes.<sup>6</sup> Het overleggen van een belangenbeschermingsplan is evenwel geen garantie dat ProRail, 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 ProRail eerst toetsten of het belangenbeschermingsplan borgt dat er geen sprake is van mogelijke concurrentievervalsing.

### **6. Schematisch weergave**

ProRail hanteert een schema – dat grotendeels aansluit bij het schema dat Rijkswaterstaat (en het Rijksvastgoedbedrijf en diverse Waterschappen) gebruikt – en geeft weer wat het ProRail beleid is ingeval van voorafgaande betrokkenheid van een ondernemer bij een aanbestedingsprocedure. Dit schema sluit aan bij het ARN 2016 en 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. In de groene cellen is sprake van een vermoeden van concurrentievervalsing waarin dat vermoeden op een relatief eenvoudige manier kan worden weggenomen.

<sup>4</sup> ProRail 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> De 'Gedragscode NIngenieurs' schrijft daarnaast in meer algemene zin voor dat de bij NIngenieurs aangesloten leden integer en met inachtneming van wettelijke regelgeving dienen te handelen.



# Belangen de Baas

## DEEL II - Voorafgaande betrokkenheid bij aanbestedingen

| Verhoudingen   |  | A WAS BETROKKEN BIJ.....   |  |   |
|--|--|--|--|---|
|  |  | 1  | 2  | 3   |
| <pre> graph TD     G --&gt; X     G --&gt; Y     X --&gt; A     X --&gt; B     Y --&gt; C         </pre> |  | <b>1 de voorbereiding van het project:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>– onderzoek</li> <li>– proeven</li> <li>– studie</li> <li>– ontwikkeling</li> </ul>                        | <b>2 Voorbereiding van de aanbesteding:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>– raming</li> <li>– financiële modellen</li> <li>– risicoanalyses</li> <li>– keuze van wijze van marktbenadering</li> <li>– kritische succesfactoren</li> </ul> | <b>3 Beoordeling van de inschrijvingen:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>– selectie- en beoordelings-systematiek</li> <li>– aanbestedingsprocedure</li> <li>– beoordeling inschrijvingen</li> </ul> |
| INSCHRIJVING OP DE AANBESTEDING  | <b>A</b><br><br><i>1e graads verband</i><br><br>Onderneming X wil inschrijven met inzet van A. | <b>A1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging</b><br><br><i>Inschrijving toegestaan</i><br><br>Mits X aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)         | <b>A2 Vervalsing van de mededinging</b><br><br><i>Uitsluiten</i>   | <b>A3 Vervalsing van de mededinging (belangenverstrengeling)</b><br><br><i>Uitsluiten</i>   |
|  | <b>B</b><br><br><i>2e graads verband</i><br><br>Onderneming X wil inschrijven met inzet van B. | <b>B1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging</b><br><br><i>Inschrijving toegestaan</i><br><br>Mits X aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen)         | <b>B2 Vermoeden van vervalsing van de mededinging</b><br><br><i>Uitsluiten</i><br><br>Tenzij X aantoont dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (belangenbeschermingsplan)  | <b>B3 Vervalsing van de mededinging (belangenverstrengeling)</b><br><br><i>Uitsluiten</i>   |
|  | <b>C</b><br><br><i>3e graads verband</i><br>Onderneming Y wil inschrijven met inzet van C.     | <b>C1 Vermoeden van vervalsing van de mededinging</b><br><br><i>Inschrijving toegestaan</i><br><br>Mits X, Y en G aantonen dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (kennis delen) | <b>C2 Vermoeden van vervalsing van de mededinging</b><br><br><i>Uitsluiten</i><br><br>Tenzij X, Y en G aantonen dat inschrijving de mededinging niet kan vervalsen (belangenbeschermingsplan)  | <b>C3 Vervalsing van de mededinging (belangenverstrengeling)</b><br><br><i>Uitsluiten</i>   |

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.