

**TBR 2018/97 Rechtbank Den Haag, 8-11-2017, zaaknr. C/09/537643 / KG ZA 17-1104, ECLI:NL:RBDHA:2017:12772 (Belangenconflict en kennisvoorsprong)**

**TBR 2018/97**

Rechtbank Den Haag, 8-11-2017, zaaknr. C/09/537643 / KG ZA 17-1104, ECLI:NL:RBDHA:2017:12772 (Belangenconflict en kennisvoorsprong)

Mr. G.H.I.J. Hage

Richtlijn 2014/24/EU ; Richtlijn 89/665/EEG ; Aanbestedingswet 2012 ; Aanbestedingsbesluit ; ARW 2012

Adviseur. Ongeoorloofde voorkennis. Belangenverstremgeling. (On-)geldigheid inschrijving. Beoordelingsmethodiek. Motivering gunningsbeslissing:

Met gastnoot A.J. van Van Heeswijck<sup>1</sup> , Red.

*2 Het incident tot tussenkomst/voeging*

2.1. BAAK heeft gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen BBV24 en RWS. Ter zitting hebben BBV24 en RWS verklaard geen bezwaar te hebben tegen de primair gevorderde tussenkomst. BAAK is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat de toewijzing van de gevorderde tussenkomst in de weg staat aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen.

*3 De feiten*

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

3.1. RWS heeft op 19 mei 2016 een aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het 'Project Blankenburgverbinding' (hierna: 'het Project'). Deze verbinding loopt (van noord naar zuid) vanaf de A20 aan de westkant langs de Krabbeplass bij Vlaardingen, onder de vaarweg het Scheur door en wordt ten oosten van Rozenburg aangesloten op de A15. Het Project behelst onder meer het realiseren van een bediende zinktunnel van circa 950 meter onder de waterweg het Scheur (de Blankenburgtunnel).

3.1.1. Voorafgaand aan deze aanbestedingsprocedure heeft een aanbestedingsprocedure plaatsgevonden voor - kort gezegd - het vervaardigen van een ontwerp en planuitwerking ten behoeve van het Project. Deze opdracht is gegund aan de besloten vennootschap [X] B.V. (hierna: '[X]'). Het ontwerp van [X] is als referentieontwerp bij de aanbestedingsdocumenten gevoegd.

3.2. RWS heeft de aanbestedingsprocedure beschreven in een aanbestedingsleidraad van 15 juni 2017 met als titel 'DBFM-OVEREENKOMST project Blankenburgverbinding', waarbij DBFM-overeenkomst staat voor Design, Build, Finance en Maintain-overeenkomst (hierna: 'de Aanbestedingsleidraad'). De aanbestedingsprocedure wordt blijkens deze leidraad gevoerd via de zogenaamde concurrentiegerichte dialoog. Op de aanbestedingsprocedure zijn van toepassing a) Richtlijn 2014/24/EU van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, b) Richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, c) de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012), d) het Aanbestedingsbesluit en e) het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (ARW 2012).

3.2.1. In § 2.12 van de Aanbestedingsleidraad is ten aanzien van voorkennis en belangenverstremgeling het volgende bepaald:

*'De richtlijnen van Rijkswaterstaat ter voorkoming van voorkennis en belangenverstremgeling, zoals*

*opgenomen in de nota 'Scheiding van belang, Beleid tegen belangenverstrengeling bij de aanbesteding' d.d. 14 september 2007 (zie bijlage 12), zijn onverkort van toepassing op deze aanbesteding.*

*Iedere Gegadigde en Belangrijke Onderopdrachtnemer dient in de Aanvullende eigen verklaring (bijlage 2.3 B) aan te geven of er sprake is (geweest) van betrokkenheid bij de voorbereiding van het Project. Indien er sprake is van betrokkenheid bij de voorbereiding van het Project, wordt er vermoed sprake te zijn van voorkennis en/of belangenverstrengeling.*

*De Aanbesteder stelt de Gegadigde in de gelegenheid om, ten genoegen van de Aanbesteder, het in de voorgaande alinea bedoelde vermoeden te weerleggen en aan te tonen dat de eerlijke mededinging niet wordt geschaad door de (eerdere) betrokkenheid.*

*Een Gegadigde kan worden uitgesloten van deelneming aan de aanbestedingsprocedure indien het vermoeden bedoeld in de tweede alinea niet wordt weerlegd.'*

3.2.2. Het gunningscriterium is blijkens § 7.7.2 van de Aanbestedingsleidraad dat van de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) met de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Dit betreft de inschrijving met de laagste als volgt te bepalen fictieve inschrijvingsprijs:

*'De Aanbesteder zal de fictieve inschrijvingsprijs van een geldige Inschrijving bepalen door:*

- a) De geneutraliseerde contante waarde van het kwantitatief deel van de Inschrijving vast te stellen;*
- b) De onder a) vastgestelde waarde te corrigeren met de fictieve vermindering en/of de fictieve bijtelling in verband met de beoordeling van de Inschrijving op basis van de EMVI-criteria, één en ander conform bijlage 7.'*

3.2.3. In bijlage 2.3 B van de Aanbestedingsleidraad is opgenomen het 'Model Aanvullende eigen verklaring'. Hierin zijn onder 1.3 en 1.4 de volgende door de inschrijver te beantwoorden vragen opgenomen:

*'1.3. Zijn of worden door de onderneming, in het kader van deze aanbestedingsprocedure, onderaannemers ingeschakeld, die, voorafgaand aan deze aanbestedingsprocedure, werkzaamheden of diensten hebben verricht ter voorbereiding van het Project, dan wel zijn die onderaannemers op andere wijze direct of indirect betrokken (geweest) bij de voorbereiding van het Project?*

*(...)*

*1.4. Zijn of worden door de onderneming, in het kader van deze aanbestedingsprocedure, adviseurs (zowel natuurlijke personen als rechtspersonen) ingeschakeld die, voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure, werkzaamheden of diensten hebben verricht ter voorbereiding van het Project, dan wel zijn die adviseurs op andere wijze direct of indirect betrokken (geweest) bij de voorbereiding van het Project?'*

3.3. Bijlage 7 van de Aanbestedingsleidraad bevat een weergave van de EMVI-tabel en het rekenblad EMVI.

*(...)*

3.3.1. Bijlage 7.3 van de Aanbestedingsleidraad is gewijd aan het Plan Omgevingsmanagement. Hierin is - voor zover thans van belang - het volgende bepaald:

*'De Aanbesteder heeft de wens dat de belangen van stakeholders en de Aanbesteder maximaal worden onderkend en ondersteund, waardoor (bestuurlijk) draagvlak voor het project wordt behouden en waar mogelijk wordt vergoot.*

*Daarnaast wenst de Aanbesteder dat (vaar)weggebruikers van de Infrastructuur RWS en Infrastructuur Derden zo min mogelijk hinder ondervinden als gevolg van de Werkzaamheden, Tevens wenst de Aanbesteder de duur en/of intensiteit van (de beleving van) bouwhinder voor de omgeving en stakeholders als gevolg van Werk in uitvoering tot een minimum te beperken.*

*(...)*

*Subcriterium 1.1 Stakeholdersmanagement*

*De Aanbesteder beoogt met dit onderdeel de Inschrijvers uit te dagen om een SMART beschrijving te geven van het stakeholdermanagement opdat de belangen van de stakeholders en de Aanbesteder in de periode van Contractdatum tot Einddatum maximaal worden onderkend en ondersteund, waarmee (bestuurlijk) draagvlak behouden wordt en de tevredenheid van de stakeholders over het Project wordt vergroot.*

*In dit plan stakeholdermanagement verwacht de Aanbesteder ten minste:*

*(...)*

- Een analyse van de stakeholders en hun belangen in relatie tot dit project. In het bijzonder de (belangen van) relevante stakeholders in de volgende drie issues:

\* Issue 1: het beschikbaar houden van het Scheur voor scheepvaart in relatie tot de Werk in uitvoering (...)

Subcriterium 1.2 Beperking duur en/of intensiteit van (de beleving van) bouwhinder

De Aanbesteder beoogt met dit onderdeel de Inschrijvers uit te dagen de duur en/of intensiteit van de (beleving van) bouwhinder voor de stakeholders in de periode van Aanvangsdatum tot Voltooiingsdatum te minimaliseren of zelfs te voorkomen.

(...)

### **3 Wijze van beoordelen Plan Omgevingsmanagement**

(...)

Indien het plan geldig wordt bevonden, zal de Aanbesteder voor ieder subcriterium een aparte score toekennen. Er is sprake van een absolute beoordeling.

3.3.2. Bijlage 7.4 van de Aanbestedingsleidraad is gewijd aan het Risicobeheersplan. Hieruit blijkt onder meer het volgende:

'In de fase Inschrijving wordt verwacht dat de Inschrijver door middel van het Risicobeheersplan de Aanbesteder laat zien dat hij in staat is om met een strategische aanpak en adequate beheersmaatregelen risico's in het Project te minimaliseren.

### **2 Eisen en inhoud Risicobeheersplan**

De Inschrijver moet in het Risicobeheersplan per door de Aanbesteder geïdentificeerd risico aangeven wat zijn strategische aanpak ten aanzien van dat risico inhoudt, en welke beheersmaatregelen hij zal nemen om het risico te minimaliseren en wat het effect van deze strategische aanpak en beheersmaatregelen is. De Aanbesteder heeft de opdrachtgeversrisico's (OG-risico's) in tabel 1 van deze bijlage benoemd.

(...)

### **4 Wijze van beoordelen Risicobeheersplan**

(...)

De Aanbesteder beoordeelt het Risicobeheersplan allereerst op geldigheid. (...) De Aanbesteder kan een Risicobeheersplan dat niet aan de eisen voldoet ongeldig verklaren en de Inschrijver uitsluiten van (verdere) deelname aan de aanbesteding. (...)

Indien het Risicobeheersplan geldig wordt bevonden, zal de Aanbesteder per OG-risico één score toekennen.

Er is sprake van een absolute beoordeling. (...)

Daarbij geldt dat hoe meer SMART de beheersmaatregelen zijn geformuleerd, hoe beter die beheersmaatregelen worden beoordeeld (meerwaarde).'

In tabel 1 van deze bijlage zijn - voor zover thans belang - de volgende OG-risico's beschreven:

'OG-risico 2.2:

Een Openstellingsvergunning Tunnel als bedoeld in artikel 18.3 lid (a) sub (ii) is niet verleend binnen 20 weken na de Beschikbaarheidsdatum.

(...)

OG-risico 2.7:

De Rijkshavenmeester geeft geen toestemming voor daadwerkelijk gebruik van één of meer van maximaal / door de Opdrachtnemer aangevraagde en door de havenmeester toegezegde volledige stromingen van de vaarweg voor Werk in uitvoering t.p.v. het Scheur. De Rijkshavenmeester geeft daarvoor ook geen toestemming voor daadwerkelijk gebruik van een alternatieve volledige stroming van gelijke duur voor toepassing binnen een periode van 6 weken na de oorspronkelijke door Opdrachtnemer aangevraagde en door de Rijkshavenmeester toegewezen volledige stroming. Een en ander voor zover de Opdrachtnemer aantoont dat de door hem ingediende aanvraag daartoe voldoet aan het bepaalde in de Overeenkomst, waaronder de nautische voorwaarden van de Rijkshavenmeester.'

3.4. Bijlage 9.1 B van de Aanbestedingsleidraad behelst het 'Model indieningsformulier kwantitatief deel Inschrijving'. Hierin verklaart de inschrijver onder meer dat:

'De op grond van paragraaf 3.11.3 van de Aanbestedingsleidraad door Inschrijver en Belangrijke Onderopdrachtnemers, en in voorkomend geval op grond van paragraaf 7.3.2 van de Aanbestedingsleidraad door onderopdrachtnemer, ingevulde Eigen Verklaring, met inachtneming van

*eventueel reeds schriftelijk aan de Aanbesteder kenbaar gemaakte wijziging van in betreffende Eigen Verklaring opgenomen omstandigheden, op het moment van Inschrijving nog met de werkelijkheid overeenstemt, juist en volledig is;*

3.5. Bij DBFM-overeenkomst is in Deel 2, Bijlage 9, een aantal outputspecificaties neergelegd, waaronder:

- SYS-0343: Infrastructuur RWS dient functies in de omgeving welke door Infrastructuur RWS of Werkzaamheden aan Infrastructuur RWS beïnvloed worden, in stand te houden met ten minste het op Aanvangsdatum aanwezige kwaliteitsniveau;
- SYS-0271: Het Scheur dient zodanig te zijn dat de waterafvoerfunctie in stand is gehouden;
- SYS-0272: Infrastructuur RWS dient de functies van het Scheur in stand te houden;
- SYS-0755: Het Scheur dient zodanig te zijn dat de functie afwikkelen scheepvaartverkeer in stand is gehouden voor zeeschepen en schepen met scheepvaartklasse CEMT klasse VIb.

3.6. De in paragraaf 2.12 van de Aanbestedingsleidraad bedoelde nota 'Scheiding van belang' is door RWS vastgesteld op 14 september 2007 en bevat richtlijnen en maatregelen voor het tegengaan van belangenverstremming bij aanbestedingen. In deze nota is de navolgende matrix opgenomen betreffende negen situaties van mogelijke vervalsing van de mededinging met daarbij een instructie over hoe in die situaties te handelen:

(...)

met daarbij, voor zover van belang, de volgende toelichting:

*'De cellen (...) (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 belangenverstremming geboden is.*

*De cellen (...) (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 RWS en de andere inschrijvers voorkomen dat RWS hem uitsluit bij de aanbesteding. (...)*

*Decellen (B2 en C2) geven situaties weer waarbij interne scheiding van voorbereiding en inschrijving binnen de betrokken onderneming of de groep ruimte kan laten voor RWS om inschrijving door deze onderneming of groep te accepteren. (...)*

*Belangenbeschermingsplan*

*De mogelijkheden voor scheiding van voorbereiding en inschrijving kunnen van onderneming tot onderneming, c.q. van groep tot groep, verschillen. RWS 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 RWS 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 RWS de onderneming daarom dient uit te sluiten. (...)*

*Mogelijke ingrediënten van het Belangenbeschermingsplan*

*Het Belangenbeschermingsplan kan verschillende ingrediënten bevatten zoals geheimhoudingsverklaringen, 'Chinese walls', interne gedragscodes, het aanstellen van compliance officers en periode controle van de maatregelen door onafhankelijke auditors.*

(...)

*RWS zal (...) handelen in strijd met het goedgekeurde Belangenbeschermingsplan beschouwen als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep (...). Dit betekent dat RWS de desbetreffende onderneming zal uitsluiten bij deze en volgende aanbestedingen.'*

3.7. Bij memo van 13 december 2016 heeft BBV24 RWS verzocht achttien documenten te verstrekken, die blijkens de beschikbare documenten van [X] hebben te gelden als referentiedocumenten.

3.7.1. RWS heeft blijkens zijn ambtshalve mededeling bij nota van inlichtingen op dit verzoek als volgt gereageerd:

*'Aanbesteder zag tijdens de voorbereiding van dit project geen noodzaak om deze documenten te verstrekken, omdat deze documenten verouderde informatie bevatten, achterhaald zijn, concept zijn, incompleet zijn en/of fouten bevatten. (...)*

*In verband met de specifieke vraag van Gegadigde heeft Aanbesteder de gevraagde documenten behorende bij de nrs. 1 t/m 4, 6 t/m 15 en 17, opgenomen in de Dataroom (...)*

*Ten aanzien van de gevraagde documenten bij nrs. 5, 16 en 18 merkt Aanbesteder het volgende op: 5: dit document is niet traceerbaar, het lijkt een concept te zijn van nr. 2.*

*16: een aanbestedende dienst maakt geen informatie openbaar uit aanbestedingsstukken of andere documenten die de dienst heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure, indien die informatie mogelijk kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen. Om die reden wordt het gevraagde niet aan Gegadigden beschikbaar gesteld.*

*18: de conclusie lijkt getrokken te zijn op basis van een expert judgment, hier ligt geen berekening aan ten grondslag waar Aanbesteder over beschikt.'*

3.8. Bij brief van 15 december 2016 heeft BBV24 onder meer als volgt aan RWS bericht:

*'Zoals we eerder al met elkaar hebben besproken baart de aansluiting van [X] bij het Consortium Macquarie-Ballast-DEME [lees: BBV24, toev. vzr.] en de rol die zij in het voortraject van deze tender aan de zijde van RWS heeft gespeeld ons grote zorgen.*

*[X] heeft het referentieontwerp (mede) opgesteld en is derhalve op de hoogte van alle afwegingen die daaraan ten grondslag hebben gelegen. Daardoor is niet uit te sluiten dat bovengenoemd consortium in een bevoorrechte positie is geraakt. (...)*

*Door middel van deze brief verzoeken wij u ons een kopie van het door RWS goedgekeurde Belangenbeschermingsplan van [X] ter beschikking te stellen met als doel om zelf vast te stellen dat onze belangen voldoende zijn gewaarborgd.'*

3.9. In reactie op de brief van 15 december 2016 heeft RWS bij brief van 6 februari 2017 als volgt aan BBV24 bericht:

*'Voor het project Blankenburgverbinding heeft het ingenieursbureau [X] in opdracht van Rijkswaterstaat voorbereidende werkzaamheden verricht.*

*Conform het GWW-breed geformuleerde beleid tegen belangenverstremgeling bij aanbestedingen (...) heeft [X] een Belangenbeschermingsplan opgesteld. Rijkswaterstaat heeft dit plan goedgekeurd.*

*Het is aan Rijkswaterstaat om Belangenbeschermingsplannen te beoordelen. Een kopie van het Belangenbeschermingsplan van [X] wordt niet verstrekt. In uw brief zijn geen omstandigheden vermeld die aanleiding geven om aan de naleving van het Belangenbeschermingsplan door [X] te twijfelen.*

*De omstandigheid dat [X] het referentieontwerp (mede) heeft opgesteld, is aan de deelnemers in de aanbestedingsprocedure bekend. Dit heeft met naleving van het Belangenbeschermingsplan niets van doen. Van een oneigenlijke informatievoorsprong van het consortium (...) is geen sprake.*

*Rijkswaterstaat heeft alle informatie die in dit verband relevant is in de Dataroom geplaatst.*

*Naar aanleiding van uw verzoek (...) heeft Rijkswaterstaat de informatie in de Dataroom volledigheidshalve nog aangevuld met een aantal door u genoemde documenten, hoewel deze naar de mening van Rijkswaterstaat geen relevante informatie bieden. Het consortium (...) beschikt dan ook niet over informatie die een oneigenlijke voorsprong ten opzichte van uw consortium zou opleveren.'*

3.10. BBV24 heeft op 26 juni 2017 het kwalitatieve deel en op 12 juli 2017 het kwantitatieve deel van haar inschrijving ingediend. Ten aanzien van OG-risico 2.2 heeft BBV24 in haar inschrijving doen blijken van onder meer de volgende beheersmaatregelen:

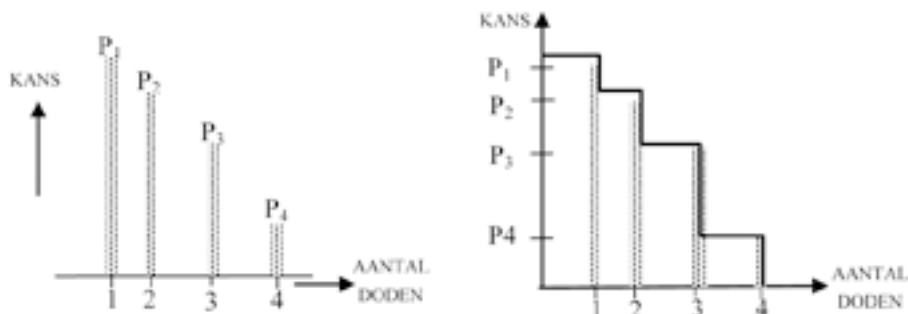


FIG. 1 PRINCIPE VAN HET GROEPSRISICO

## BEHEERSMAATREGELEN

Maximaal tijd voor openstelling

(...)

Wij bieden voor het verkrijgen van de Openstellingsvergunning voor de Tunnel door TB een buffer (...) van 12 weken. Wij creëren deze buffer door het samenstellen van de documenten voor het Tunnelvoltooiingscertificaat parallel aan de aanvraag van de vergunning te laten verlopen.

Effect: we beperken de vertraging van Tunnelvoltooiing (...) als gevolg van een vertraging van het verlenen van de Openstellingsvergunning met 12 weken.

(...)

Manager openstelling (...)

Om te komen tot meer voorspelbaarheid en integrale bewaking rondom het proces van de openstellingsvergunning, stellen wij een manager openstelling aan (...). Zijn hoofdtaak is het integraal coördineren van het proces van openstelling, zowel binnen BBV24 als met de betrokken stakeholders.'

en ten aanzien van OG-risico 2.7 van onder meer de navolgende strategische aanpak en beheersmaatregelen:

*'Voor de realisatie van de Blankenburgtunnel mogen we maximaal 7 volledige stremmingen aanvragen conform de nautische voorwaarden.*

(...)

Aanpak

*We verkleinen de kans van optreden van het risico door het benodigde aantal volledige stremmingen te reduceren met een robuuste uitvoeringsmethode. Met reservestremmingen beperken we de gevolgen van een reguliere stremming die niet is doorgestaan. Daarnaast bieden we extra tijd om de gevolgen te beheersen.*

(...)

*We realiseren de afzinktunnel met 6 TE. We zinken deze af in 4 volledige stremmingen die om de week plaatsvinden. (...)*

*Effect: We gebruiken 4 van de 7 volledige stremmingen, waardoor we de kans van optreden van dit risico met 3 volledige stremmingen reduceren (...)*

*Om de gevolgen van het niet doorgaan van 1 of meer van de 4 volledige stremmingen (...) te voorkomen, vragen we op eigen risico 2 reservestremmingen aan. (...)*

*Effect: We beperken de gevolgen van het niet doorgaan van het invaren en afzinken van de TE (...), waardoor het risico pas optreedt nadat 3 stremmingen niet doorgaan.*

(...)

*Om de gevolgen van het niet doorgaan van 3 of meer volledige stremmingen te beperken, bieden we de mogelijkheid om na de laatste reguliere volledige stremming de civiele afbouw en het aanbrengen van de tunnel technische installaties (TTI) met 12 weken te versnellen.'*

3.11. RWS heeft bij brief van 19 juli 2017 aan BBV24 bericht dat haar inschrijving op een tweede plaats is geëindigd en dat hij voornemens is het Project te gunnen aan BAAK.

3.11.1. In de brief van 19 juli 2017 heeft RWS de volgende tabel opgenomen met daarin de berekening van de fictieve waarde van de inschrijvingen van BBV24 en BAAK.

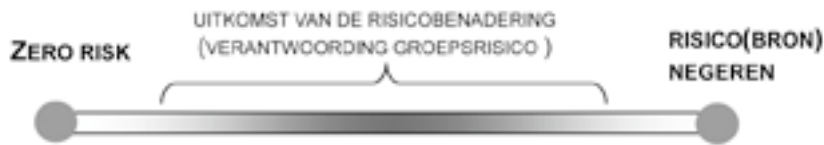


FIG. 2 DE TWEETEGENPOLEN EN DE RISICOBENADERING DAARTUSSEN IN

3.11.2. RWS heeft de scores van BAAK op de kwaliteitscriteria als volgt aan BBV24 toegelicht: *'De winnende Inschrijver heeft voor met name de Blankenburgtunnel een slim bouwproces ontwikkeld. Dit vertaalt zich weliswaar terug in een hogere prijs, maar het creëert de mogelijkheid om op een aantal andere EMVI-onderdelen een zeer hoge meerwaarde te bieden. Met betrekking tot de meerwaarde op het vlak van DuboCalc, beperken verkeershinder weggebruikers Infrastructuur RWS en de CO2-prestatieladder heeft u gelijkwaardig gescoord. Op basis van het gunningscriterium levert BAAK (...) de economisch meest voordelige inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding.'*

3.11.3. De brief van 19 juli 2017 bevat een aantal bijlagen, met daarin de door RWS toegekende en toegelichte scores op de subcriteria en de toegekende en toegelichte cijfers ten aanzien van de OG-risico's.

3.11.4. Ten aanzien van OG-risico 2.2 heeft RWS aan BBV24 het cijfer 7 toegekend. Deze toekenning heeft RWS onder meer als volgt gemotiveerd:

#### **Beheersmaatregelen**

##### *M2.2.1 Buffer voor TVD*

*BBV24 geeft aan dat ze een buffer van 12 weken bieden. Onduidelijk is echter waar deze buffer precies is voorzien. In Figuur 2 is vermeld dat het gaat om een buffer voor TVD die na TVD is gelegen terwijl in de tekst van de maatregel is vermeld dat het gaat om een buffer voor het verkrijgen van een OPV. De buffer wordt volgens BBV24 gecreëerd door het parallel samenstellen van de documenten voor TVC aan de aanvraag voor OVT. Echter de documenten voor TVC kunnen voor een belangrijk deel niet worden opgesteld voordat de tunnel opengesteld is en dus OVT is verkregen. Het realisme van de buffer van 12 weken staat dus niet vast en daarmee draagt de maatregel beperkt bij aan het verkleinen van het risico.*

*(...)*

*Gelet op het voorgaande draagt het geheel van de strategische aanpak en de voorgestelde beheersmaatregelen redelijk bij aan het verkleinen van het risico.'*

3.12. Ten aanzien van OG-risico 2.7 heeft RWS aan BBV24 het cijfer 9 toegekend. RWS heeft dit onder meer als volgt gemotiveerd:

#### **Beheersmaatregelen**

##### *M2.7.1, 2.7.2, 2.7.3, 2.7.4 en 2.7.5 reductie stremmingen*

*Deze maatregelen dragen zeer goed bij aan het verkleinen van het risico omdat het aantal stremmingen wordt verkleind van 7 naar 4 in de zomerperiode, waardoor de kans van optreden van het risico wordt verkleind.*

*(...)*

##### *M2.7.6 Aanvragen van 2 reservestremmingen*

*Het naast de 4 geplande stremmingen direct aanvragen van 2 reserve stremmingen van 24 uur draagt goed bij aan het verkleinen van het risico omdat de Havenmeester hiermee ruimte wordt geboden om een alternatieve volledige stremming vast te stellen voor 2 van de 4 noodzakelijke stremmingen.*

##### *M2.7.7 12 weken versnellen van de civiele afbouw en het aanbrengen van de TTI*

*Het bieden van een extra buffer van 6 weken draagt zeer goed bij aan het verkleinen van het risico omdat de Havenmeester hiermee ruimte wordt geboden om een alternatieve volledige stremming vast te stellen na de 2 reserve stremmingen.*

*Gelet op het voorgaande draagt het geheel van de strategische aanpak en de voorgestelde beheersmaatregelen zeer goed bij aan het verkleinen van het risico.'*

3.13. RWS heeft bij brief van 28 juli 2017 aan BBV24 bericht dat a) het Belangenbeschermingsplan van [X] niet wordt verstrekt omdat dit inzicht geeft in commercieel vertrouwelijke bedrijfsprocessen, b) in het Belangenbeschermingsplan van [X] borgingsmaatregelen zijn opgenomen en c) er geen enkele aanleiding is geweest om aan te nemen dat de mededinging op enigerlei wijze is vervalst.

3.14. BBV24 heeft RWS bij brief van 31 juli 2017 verzocht zijn gunningsvoornemen nader te motiveren, in die zin dat inzicht wordt gegeven in de kenmerken en voordelen van de inschrijving van BAAK, meer in het bijzonder in het geconstateerde slimme bouwproces van BAAK. BBV24 heeft dit verzoek onder meer als volgt onderbouwd:

*'Tijdens onze bespreking op 26 juli jl. hebben wij meermaals expliciet verzocht om een nadere motivering van de kenmerken en voordelen van de winnende inschrijving. Daarop heeft u aangegeven dat u niets zou mogen zeggen over de inschrijving van BAAK. Het is voor ons niet duidelijk waarom u daarover niets zou mogen zeggen. Uiteraard is het mogelijk om afdoende inzicht te geven in het (voor de uitslag van deze aanbestedingsprocedure kennelijk zo bepalende) 'slimme bouwproces' van BAAK zonder daarbij inzage te geven in eventuele bedrijfsvertrouwelijke informatie.*

*Het voorgaande is des te prangender aangezien wij uit de markt hebben vernomen dat het bouwproces van BAAK voor de Blankenburgtunnel uitgaat van twee afzinkelementen van elk circa 200 meter lang. Onze analyse is dat de overige meters dan in situ gerealiseerd moeten worden en dat daarvoor zowel op de noord- als op de zuidoever diepe en lange bouwkuipen nodig zijn. Wanneer het voorgaande juist is, betekent dat dat het 'slimme bouwproces' van BAAK sterk afwijkt van uw referentieontwerp en ons inziens zonder meer risicoverhogend zal werken. Dit terwijl u tijdens de dialooggesprekken juist heeft aangegeven het niet wenselijk te vinden daar te zeer van af te wijken en u de voorkeur geeft aan een robuust ontwerp met 'proven technology.'*

3.15. RWS heeft zich in reactie op de brief van 31 juli 2017 bij brief van 3 augustus 2017 jegens BBV24 op het standpunt gesteld dat hij maximaal aan zijn motiveringsverplichting heeft voldaan. Volgens RWS staat het hem niet vrij om (verdergaand) inzicht te geven in de inschrijving van BAAK en het daarin beschreven bouwproces, nu de inschrijvingen als vertrouwelijk zijn aangemerkt.

3.16. BBV24 heeft RWS bij brief van 11 september 2017 een aantal vragen gesteld over de bouwmethode van BAAK en het Belangenbeschermingsplan. RWS heeft hierop bij brief van 19 september 2017 aan BBV24 (nogmaals) bericht dat hij maximaal heeft voldaan aan zijn motiveringsverplichting en dat het hem niet vrijstaat om inzicht te verschaffen in de (bedrijfsvertrouwelijke) inschrijving van BAAK. RWS heeft daarnaast desgevraagd aan BBV24 bericht dat a) de opdracht van RWS aan [X] is geëindigd, b) van het Belangenbeschermingsplan van [X] organisatorische borgingsmaatregelen deel uitmaken, die reeds van kracht waren toen [X] haar werkzaamheden voor RWS startte en c) RWS het Belangenbeschermingsplan van [X] zorgvuldig heeft beoordeeld conform het in de Nota Scheiding van Belang neergelegde beleid.

3.17. [X] heeft bij brief van 9 oktober 2017 onder meer als volgt aan BBV24 bericht:

*'Ook met betrekking tot dit project handelt [X] volledig conform de Nota Scheiding van Belang. [X] heeft daarom eind 2015 aan Rijkswaterstaat te kennen gegeven dat [X] de mogelijkheid open wilde houden om inschrijvers op het DBFM-contract voor de Blankenburgverbinding te kunnen ondersteunen in de inschrijvingsfase - en bij gunning aan hen - in de uitvoeringsfase. Daartoe hebben wij een Belangenbeschermingsplan opgesteld. Dit plan is op 23 mei 2016 definitief gemaakt en per brief van 6 juni 2016 heeft Rijkswaterstaat haar goedkeuring hieraan verleend. Op 21 juni 2016 zijn gesprekken gestart tussen [X] en de combinatie BAAK om een mogelijke samenwerking bij dit project te verkennen. Op grond van voorlopige afspraken zijn begin juli 2016 de eerste werkzaamheden voor de tender door een medewerker van [X] in opdracht van BAAK verricht. De werkzaamheden voor Rijkswaterstaat voor het (O)TB waren ruim daarvoor beëindigd.'*

#### 4 Het geschil

4.1. BBV24 vordert - ?zakelijk weergegeven - na wijziging van eis bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:  
primair: RWS te gebieden



- I. de voorlopige gunningsbeslissing van 19 juli 2017 in te trekken;
- II. BAAK uit te sluiten van de aanbestedingsprocedure dan wel haar inschrijving ongeldig te verklaren;
- III. de Opdracht aan BBV24 te gunnen, voor zover hij nog tot gunning wenst over te gaan; subsidiair:
  - I. RWS bij tussenvonnis te gebieden de voorlopige gunningsbeslissing van 19 juli 2017 in te trekken;
  - II. RWS te gebieden op basis van een onafhankelijk deskundigenonderzoek vast te stellen of BAAK met haar inschrijving de mededinging heeft vervalst, waarbij a) dit onderzoek aan bepaalde in de dagvaarding genoemde normen moet voldoen, b) de daaruit voortvloeiende rapportage aan procespartijen en de voorzieningenrechter ter beschikking wordt gesteld en c) in deze procedure eerst uitspraak wordt gedaan als partijen zich over dit rapport hebben kunnen uitlaten; meer subsidiair:
    - I. RWS, voor zover hij nog tot gunning wenst over te gaan, te gebieden de inschrijvingen onder het toezien oog van een onafhankelijke deskundige te herbeoordelen, waarbij in ieder geval de door BBV24 genoemde gevolgen van de bouwmethode van BAAK moeten worden betrokken; meest subsidiair:
      - I. RWS te gebieden aan BBV24 een nieuwe deugdelijk gemotiveerde gunningsbeslissing te verstrekken, met daarin alle kenmerken en relatieve voordelen van de verkozen inschrijving, die recht doet aan de belangen van BBV24, en hierbij (opnieuw) een opschortende termijn van ten minste twintig dagen te hanteren, een en ander met veroordeling van RWS in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente, en nakosten.

4.2. Daartoe voert BBV24 - samengevat - het volgende aan.

*Dubbelrol [X] : belangenverstremgeling*

4.2.1. [X] heeft in het kader van het Project opgetreden als adviseur voor zowel RWS als BAAK. [X] is betrokken geweest bij de voorbereiding van het Project en de aanbestedingsprocedure en heeft een belangrijke rol gespeeld bij het opstellen van de aanbestedingsstukken. In dat verband heeft [X] uitgebreid contact gehad met RWS en de overige stakeholders. [X] heeft zich vanaf de start van de dialoofase aangesloten bij BAAK en is nauw betrokken geweest bij de totstandkoming van de inschrijving van BAAK. BAAK heeft in de Aanvullende Eigen Verklaring geen melding gemaakt van de betrokkenheid van [X]. Er bestaat een vermoeden van voorkennis en/of belangenverstremgeling, nu BAAK op vrijwel alle kwaliteitscriteria de maximale score heeft behaald en RWS niet alle informatie in de digitale dataroom heeft geplaatst. Onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EU van 12 maart 2015, C-538/13 (eVigilo) rust op RWS een verplichting om meer te doen dan hij tot op heden heeft gedaan. Volgens BBV24 zijn door haar objectieve gegevens verstrekt over de positie van [X], waardoor sprake is van een vermoeden van voorkennis en/of belangenverstremgeling. Het is aan RWS om ten opzichte van BBV24 aan te tonen dat de mededinging niet is vervalst als gevolg van de deelname van BAAK (na advisering door [X]) aan de aanbestedingsprocedure. Niet gebleken is dat RWS aan deze verplichting heeft voldaan. Meer in het bijzonder is niet gebleken dat hij de naleving van het Belangenbeschermingsplan van [X] heeft geborgd. De naleving van het Belangenbeschermingsplan van [X] kan thans niet worden gecontroleerd omdat RWS weigert dit plan te verstrekken. Bij deze stand van zaken is BBV24 primair van mening dat de inschrijving van BAAK op grond van artikel 2.87, sub e, Aw 2012 dient te worden uitgesloten, hetgeen wordt onderschreven door het eVigilo-arrest en de Nota Scheiding van Belang. Subsidiair dient volgens BBV24 door RWS (alsnog) een diepgravend onderzoek te worden ingesteld om vast te stellen of de inschrijving van BAAK de mededinging al dan niet heeft vervalst.

(...)

4.6. RWS en BAAK voeren gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.7. BAAK vordert - zakelijk weergegeven - na wijziging van eis, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad: I. BBV24 te verbieden op enigerlei wijze gebruik te maken van informatie die op grond van de voorschriften met betrekking tot de onderhavige aanbestedingsprocedure vertrouwelijk is, dan wel deze aan derden ter inzage te geven, te verstrekken of anderszins openbaar te maken, zulks op straffe van verbeurte van een dwangsom;

II. BBV24 in haar vorderingen niet ontvankelijk te verklaren dan wel deze vorderingen af te wijzen;

III. RWS, voor zover hij nog tot gunning wenst over te gaan, op straffe van verbeurte van een dwangsom te verbieden om de Opdracht te gunnen aan een ander dan BAAK en BBV24, voor zover nodig, te gebieden te gehengen en te gedogen dat de Opdracht aan BAAK wordt gegund;

IV. BBV24 en RWS te veroordelen in de proceskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente en nakosten.

4.7.1. BAAK heeft daarnaast voorafgaand aan de zitting verzocht de zaak achter gesloten deuren te behandelen vanwege het (op onrechtmatige wijze) beschikken door BBV24 over uiterst vertrouwelijke en concurrentiegevoelige bedrijfsinformatie van BAAK, die betrekking heeft op (een deel van) haar inschrijving. Tevens heeft BAAK (net als RWS) bezwaar gemaakt tegen a) de door BBV24 ingediende akte houdende wijziging van eis en overlegging producties en b) de nadien door BBV24 overgelegde producties, nu deze overlegging volgens haar strijdig is met de eisen van een goede procesorde en haar schaadt in haar verdediging.

4.8. Verkort weergegeven stelt BAAK daartoe dat zij er belang bij heeft dat de opdracht definitief aan haar gegund wordt en derhalve bij afwijzing van de vorderingen van BBV24, nu die definitieve gunning daardoor in gevaar kan komen. Daarnaast stelt BAAK dat BBV24 kennelijk beschikt over informatie over haar inschrijving, die zij op onrechtmatige wijze lijkt te hebben verkregen en waarvan het gebruik in deze procedure en kennisgeving aan derden niet toelaatbaar zijn.

4.9. Voor zover nodig zullen de standpunten van BBV24 en RWS met betrekking tot de vorderingen van BAAK hierna worden besproken.

#### *5 De beoordeling van het geschil*

5.1. Ter beoordeling ligt voor de vraag of aanleiding bestaat om in dit kort geding op één of meerdere van de door BBV24 aangevoerde gronden in te grijpen in de onderhavige aanbestedingsprocedure. De voorzieningenrechter beantwoordt die vraag ontkennend. Daartoe wordt het volgende overwogen.

5.2. BAAK en RWS hebben een aantal verweren gevoerd, dat aan het begin van de zitting aan de orde is geweest. De voorzieningenrechter heeft ter zitting besloten dat onvoldoende aanleiding bestaat om - zoals BAAK heeft verzocht - de zaak achter gesloten deuren te behandelen, nu de door BAAK als uiterst vertrouwelijke en bedrijfsgevoelige informatie, die voornamelijk betrekking heeft op de gehanteerde uitvoeringsmethodiek, kennelijk inmiddels breder publiekelijk bekend is geworden en behandeling achter gesloten deuren dus in zoverre geen redelijk doel meer dient. Op het verzoek van RWS en BAAK om de akte houdende wijziging van eis van BBV24 buiten beschouwing te laten, heeft de voorzieningenrechter afwijzend beslist. Ten aanzien van de bij deze akte en de nadien door BBV24 overgelegde producties, heeft de voorzieningenrechter ter zitting te kennen gegeven dat in het vonnis zal worden beslist in hoeverre deze producties, gelet op het tijdstip waarop deze in de procedure zijn ingebracht en de mate waarin dit tijdstip de verweermogelijkheid van RWS en/of BAAK heeft beïnvloed, een rol kunnen spelen in de beoordeling van deze zaak. De voorzieningenrechter heeft ten slotte aan partijen te kennen gegeven dat ook over het gevorderde verbod tot gebruikmaking door BBV24 van volgens BAAK op onrechtmatige wijze verkregen volbedrijfsvertrouwelijke gegevens in het vonnis zal worden beslist.

#### *Voorkennis en belangenverstrengeling*

5.3. BBV24 heeft primair betoogd dat BAAK van de onderhavige aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgesloten dan wel haar inschrijving ongeldig had moeten worden verklaard vanwege het feit dat zij gebruik heeft gemaakt van de adviesdiensten van [X]. Volgens BBV24 is hierdoor sprake van ongeoorloofde voorkennis en belangenverstrengeling omdat [X] tevens

werkzaamheden ten behoeve van RWS heeft verricht. Subsidiar heeft BBV24 in dit verband betoogd dat RWS (alsnog) diepgaand onderzoek dient te verrichten naar de vraag of de inschrijving van BAAK de mededinging heeft vervalst.

5.3.1. In dit primaire betoog kan BBV24 niet worden gevolgd. Niet ter discussie staat dat [X] in het kader van deze aanbesteding betrokken is geweest aan de zijde van zowel RWS als BAAK. De werkzaamheden die [X] voor RWS heeft verricht hebben betrekking gehad op de voorbereiding van het Project en op de voorbereiding van de aanbesteding. Voor zover BBV24 zich in deze procedure op het standpunt stelt dat [X] eveneens betrokken is geweest bij de beoordeling van de inschrijvingen, geldt dat zulks in het licht van de gemotiveerde betwisting van RWS door BBV24 niet aannemelijk is gemaakt. RWS heeft in de Aanbestedingsleidraad (§2.12) zijn richtlijnen ter voorkoming van voorkennis en belangenverstrengeling als neergelegd in de Nota Scheiding van Belang onverkort van toepassing verklaard op de onderhavige aanbestedingsprocedure. Dit beleid van RWS komt er in de kern op neer dat wanneer een adviseur betrokken is bij de voorbereiding van een project vervalsing van de mededinging wordt voorkomen door de door de adviseur opgestelde documenten te delen met de inschrijvers. Wanneer de werkzaamheden van de adviseur de voorbereiding van de aanbesteding betreffen, dient door de desbetreffende adviseur een Belangenbeschermingsplan te worden opgesteld dat door RWS moet worden goedgekeurd en vervolgens door de adviseur moet worden uitgevoerd.

5.3.2. Naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter is voldoende aannemelijk dat RWS de in het kader van de voorbereiding van het project door [X] opgestelde documenten in een voor de inschrijvers toegankelijke digitale dataroom heeft geplaatst. Dat RWS - zoals hij ter zitting heeft verklaard - ter voorkoming van 'vervuiling' van de dataroom hierin uitsluitend de in zijn ogen relevante documenten heeft geplaatst, komt de voorzieningenrechter niet onlogisch voor. Op verzoek van BBV24 heeft RWS de in zijn ogen niet-relevante documenten in december 2016 eveneens (alsnog) in de digitale dataroom geplaatst. Het niet eerder in de dataroom plaatsen van deze documenten kan niet worden aangemerkt als een schending van het in de Nota Scheiding van Belang neergelegde beleid en rechtvaardigt niet de conclusie dat sprake is van ongeoorloofde voorkennis en belangenverstrengeling. In dit verband is onder meer relevant dat BBV24 niet aannemelijk heeft gemaakt dat het aanvankelijk niet kunnen beschikken over de in december 2016 alsnog door RWS in de dataroom geplaatste documenten voor haar enig nadeel heeft opgeleverd. In deze procedure heeft BBV24 nog een aantal documenten genoemd (productie 44) dat volgens haar door RWS in de dataroom geplaatst had moeten worden. Met RWS is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat BBV24 niet inzichtelijk heeft gemaakt dat het hier gaat om relevante documenten. Integendeel, de omstandigheid dat BBV24 niet eerder om plaatsing van deze documenten in de dataroom heeft gevraagd, hetgeen bij relevante documenten wel van haar mocht worden verwacht, impliceert juist dat het om niet-relevante documenten gaat.

5.3.3. Zoals onder meer volgt uit de verklaring van [X] van 9 oktober 2017 en door RWS ter zitting is bevestigd, is door [X] een Belangenbeschermingsplan opgesteld, dat op 6 juni 2016 door RWS is goedgekeurd. Nu niet ter discussie staat dat [X] haar werkzaamheden voor BAAK heeft aangevangen op 4 juli 2016, is aldus onjuist de ter zitting door BBV24 ingenomen stelling dat [X] bedoelde werkzaamheden voor BAAK is gaan uitvoeren zonder dat een Belangenbeschermingsplan van kracht was. [X] heeft in haar verklaring van 9 oktober 2017 toegelicht dat haar Belangenbeschermingsplan voorziet in organisatorische compartimentering, digitale afscherming, fysieke afscherming van teams, geheimhoudingsovereenkomsten en contractuele borging, hetgeen RWS ter zitting heeft bevestigd. Zoals RWS en BAAK met juistheid hebben betoogd, staan de begrijpelijkerwijs in dit rapport opgenomen bedrijfsvertrouwelijke gegevens en de uitdrukkelijke wens van [X] om deze bedrijfsvertrouwelijkheid te respecteren eraan in de weg dat de inhoud van het Belangenbeschermingsplan met derden wordt gedeeld. Daarbij komt dat het - zoals RWS met juistheid heeft opgemerkt - aan de aanbestedende dienst en niet aan de inschrijvers is om een Belangenbeschermingsplan inhoudelijk te toetsen. RWS heeft BBV24 op 6 februari 2017 desgevraagd naar aanleiding van geuite zorgen over de eerdere betrokkenheid van [X] bericht dat overeenkomstig het door hem gehanteerde beleid door [X] een Belangenbeschermingsplan is opgesteld en dat dit plan door hem is goedgekeurd. Het lag vervolgens op de weg van BBV24 om actie te ondernemen indien volgens haar het door RWS gehanteerde beleid dan wel de uitvoering hiervan onvoldoende waarborgen biedt om vervalsing van de mededinging in deze aanbesteding te voorkomen. De Aanbestedingsleidraad verplicht inschrijvende partijen hier in § 1.1 ook

uitdrukkelijk toe. Zoals RWS terecht heeft gesteld, kan een inschrijver die nalaat om de aanbestedende dienst tijdig te attenderen op tegenstrijdigheden, onvolkomenheden of eventuele inbreuken op wettelijke voorschriften, hier later geen beroep meer op doen (vgl. HvJEG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossman)). In zoverre is BBV24 aldus te laat met haar overigens niet nader onderbouwde betoog dat de in het Beschermingsplan opgenomen maatregelen in zijn algemeenheid onvoldoende bescherming beiden tegen vervalsing van de mededinging. Zulks geldt eveneens ten aanzien van de documenten waarvan BBV24 eerst in deze procedure plaatsing in de digitale dataroom heeft verlangd. Door BBV24 zijn geen feiten of omstandigheden aangevoerd die de conclusie kunnen rechtvaardigen dat [X] haar Belangenbeschermingsplan niet heeft nageleefd en dat BAAK als gevolg hiervan een ongeoorloofde kennisvoorsprong heeft gehad waardoor de concurrentie is vervalst. Meer in het bijzonder heeft BBV24 niet inzichtelijk gemaakt over welke informatie zij niet en BAAK als gevolg van de betrokkenheid aan haar zijde van [X] wel heeft kunnen beschikken en, in het verlengde daarvan, hoe die kennis tot een ongeoorloofde voorsprong heeft kunnen leiden. BBV24 heeft aangevoerd dat [X] uit hoofde van haar voor RWS verrichte werkzaamheden intensief overleg heeft gevoerd met alle stakeholders. RWS heeft in dit verband met juistheid opgemerkt dat vanwege het feit dat in deze aanbestedingsprocedure is gekozen voor de concurrentiegerichtete dialoog, ook BBV24 ruimschoots de gelegenheid heeft gehad om met de stakeholders overleg te voeren en dat reeds om die reden van een kennisvoorsprong van BAAK geen sprake is. BBV24 heeft daarnaast gesteld dat het opmerkelijk is dat BAAK op een aanzienlijk aantal EMVI-criteria maximaal heeft gescoord, hetgeen volgens haar impliceert dat [X] in strijd met het Belangenbeschermingsplan informatie met BAAK moet hebben gedeeld, waarover zij niet heeft kunnen beschikken. Dit is naar het oordeel van de voorzieningenrechter echter een conclusie die op basis van de beschikbare feiten niet kan worden getrokken, zodat ook die stelling wordt gepasseerd.

5.3.4. Doordat RWS blijkens het voorgaande overeenkomstig zijn in de Aanbestedingsleidraad genoemde beleid heeft gehandeld, is met het Belangenbeschermingsplan van [X] het vermoeden van voorkennis en belangenverstremgeling dat de dubbelrol van [X] met zich brengt, weggenomen. Nu daarnaast niet is gebleken dat [X] haar door RWS goedgekeurde Belangenbeschermingsplan niet heeft nageleefd, bestond voor RWS geen verplichting om BAAK vanwege een onaanvaardbare kennisvoorsprong van de onderhavige aanbesteding uit te sluiten. Evenmin bestaat aanleiding om RWS te verplichten om ter zake alsnog een diepgravend onderzoek uit te voeren. Anders dan in het door BBV24 aangehaalde e-Vigilo-arrest het geval is, heeft [X] geen bemoeienis gehad met de beoordeling van de inschrijvingen, zodat het beroep van BBV24 op dit arrest in deze procedure ter onderbouwing van de gestelde verplichting tot het uitvoeren van diepgravend onderzoek faalt.

5.3.5. BBV24 heeft tevens betoogd dat BAAK van de aanbesteding dient te worden uitgesloten omdat zij de betrokkenheid van [X] bij haar aanmelding op 20 juni 2016 niet in de Aanvullende eigen verklaring heeft gemeld. Evenmin heeft BAAK volgens BBV24 ten tijde van het indienen van het kwantitatieve deel van haar inschrijving op 12 juli 2017, waarbij zij heeft moeten verklaren dat de Aanvullende eigen verklaring nog met de werkelijkheid overeenstemt, haar Aanvullende eigen verklaring voor wat betreft de betrokkenheid van [X] gecorrigeerd. Daarmee heeft BAAK naar de mening van BBV24 niet geldig ingeschreven althans een valse verklaring afgelegd, zodat op grond van artikel 2.87, eerste lid, sub h, Aw 2012 uitsluiting moet plaatsvinden. In dit betoog kan BBV24 niet worden gevolgd. Daartoe is redengevend dat moet worden aangenomen dat BAAK in haar Aanvullende eigen verklaring de vragen onder 1.3 en 1.4 naar waarheid heeft ingevuld. Zoals volgt uit de verklaring van [X] zijn de gesprekken tussen haar en BAAK op 21 juni 2016 gestart. Ter zitting hebben RWS en BAAK verklaard dat de verklaring van [X] op dit punt onjuist is, nu deze gesprekken volgens hen in werkelijkheid op 24 juni 2016 zijn gestart. Door BBV24 is laatstgenoemde datum niet gemotiveerd weersproken, zodat in deze procedure van deze datum kan worden uitgegaan. Hieruit volgt dat op 20 juni 2016 [X] nog niet door BAAK als adviseur was ingeschakeld, terwijl evenmin kan worden aangenomen dat op die datum reeds vaststond dat BAAK [X] zou gaan inschakelen. Op dat moment had immers nog geen contact tussen BAAK en [X] plaatsgevonden. Ter zitting is van de zijde van RWS en BAAK toegelicht dat BAAK aan RWS melding heeft gedaan van de inschakeling van [X] en dat RWS op 6 september 2016 te kennen heeft gegeven hiertegen geen bezwaar te hebben. BBV24 heeft dit als zodanig niet weersproken. Bij die stand van zaken kan BAAK bezwaarlijk een verwijt worden gemaakt van het feit dat zij bij het indienen van het kwantitatieve deel van haar inschrijving RWS niet uitdrukkelijk op de inschakeling van [X] als

adviseur heeft gewezen. RWS was hiermee op dat moment immers reeds geruime tijd bekend.  
(...)

5.7. Uit al het voorgaande volgt dat de vordering van BBV24 dient te worden afgewezen.

5.8. Nu RWS voornemens is de opdracht ook definitief te gunnen aan BAAK, brengt voormelde beslissing mee dat BAAK geen belang (meer) heeft bij toewijzing van haar vorderingen, zodat deze worden afgewezen. Dit geldt echter niet voor de vordering van BAAK ex artikel 29 Rv. Op basis van hetgeen BBV24 in deze procedure heeft aangevoerd, kan niet worden uitgesloten dat zij thans beschikt over bedrijfsvertrouwelijke informatie van BAAK. In het beperkte bestek van deze kortgedingprocedure kan niet worden vastgesteld of - zoals BAAK suggereert - BBV24 deze informatie op onrechtmatige wijze heeft verkregen. De op voorhand niet irreële mogelijkheid dat BBV24 beschikt over bedrijfsvertrouwelijke informatie van BAAK, brengt met zich dat BAAK thans belang heeft bij het jegens BBV gevorderde verbod om deze informatie met derden te delen. Deze vordering is daarmee in dit kortgeding toewijsbaar. Oplegging van een dwangsom, als stimulans tot naleving van het op te leggen verbod, is aangewezen. De op te leggen dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd. Voorts zal er worden bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

5.9. BAAK zal worden veroordeeld in de kosten van RWS, welke kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat RWS als gevolg van de vorderingen van BAAK extra kosten heeft moeten maken. BBV24 zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van RWS. Tevens bestaat aanleiding om BBV24 te veroordelen in de proceskosten aan de zijde van BAAK.

5.10. Voor veroordeling van BBV24 in de door RWS en BAAK gevorderde nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BL1116](#) , NJ 2011/237). (*Enz., enz. Red.*)

## **Noot**

### Inleiding

1. De betrokkenheid van een adviesbureau bij zowel de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure als het opstellen van een inschrijving vormt een bedreiging voor de eerlijke mededinging. Een aanbestedende dienst zal in voorkomend geval maatregelen moeten nemen om vervalsing van de mededinging te voorkomen. Over de vraag of die maatregelen ver genoeg gaan, of juist te ver, kan gemakkelijk discussie ontstaan. In bovenstaande uitspraak beslecht de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag een dergelijke discussie ter zake van de gunning van de realisatie van de Blankenburgverbinding, een omvangrijk project van Rijkswaterstaat.<sup>2</sup>

### Toepasselijk recht

2. Uit de door de voorzieningenrechter vastgestelde feiten blijkt dat de aanbestedingsprocedure op 19 mei 2016 was aangekondigd (r.o. 3.1.). Op deze datum was de wet die strekt tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen nog niet in werking getreden.<sup>3</sup> Op grond van artikel 4.33 van de herziene Aanbestedingswet 2012 was daarom in principe oud recht van toepassing. Omdat de implementatietermijn van Richtlijn 2014/24/EU op de dag van de aankondiging al wel was verstreken,<sup>4</sup> kon deze richtlijn door middel van directe werking en richtlijnconforme interpretatie in het nationale recht doorwerken. Aan de hoofdbrekens die deze doorwerkingsmechanismen de rechtspraktijk kan bezorgen,<sup>5</sup> wordt in de uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag geen

aandacht besteed. Hierin lijkt te zijn uitgegaan van de toepasselijkheid van het recht dat geldt sinds 1 juli 2016.<sup>6</sup> In deze noot wordt ook uitgegaan van het huidige recht.

### Belangenconflict versus kennisvoorsprong

3. De betrokkenheid van een gegadigde, een inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure houdt in de eerste plaats het risico op een kennisvoorsprong bij deze gegadigde of inschrijver in dat haar bevoordeelt ten opzichte van andere gegadigden of inschrijvers. Zij kan in de tweede plaats leiden tot een belangenconflict. Een gegadigde of inschrijver die voorbereidende werkzaamheden heeft verricht, zou namelijk, al dan niet bewust, de voorwaarden van de overheidsopdracht in voor haar gunstige zin kunnen hebben beïnvloed, zo overwoog het HvJ EU in het *Fabricom*-arrest.<sup>7</sup> Een dergelijk belangenconflict houdt net als een kennisvoorsprong het risico op bevoordeling van de betreffende gegadigde of inschrijver in. Artikel 2.51 van de Aanbestedingswet 2012, waarin artikel 41 van Richtlijn 2014/24/EU is geïmplementeerd, bevat regels om vervalsing van de mededinging als gevolg van betrokkenheid bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure te vermijden. Alleen in het uiterste geval, indien er geen andere middelen zijn om naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren, kan de betrokken gegadigde of inschrijver van deelneming aan de aanbestedingsprocedure worden uitgesloten, maar niet voordat hij in de gelegenheid is gesteld te bewijzen dat zijn betrokkenheid de mededinging niet kan verstoren.<sup>8</sup>

4. Artikel 1.10b van de Aanbestedingswet 2012, waarin artikel 26 van Richtlijn 2014/24/EU is geïmplementeerd, bevat ook regels over belangenconflicten. Het eerste lid van artikel 1.10b van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst passende maatregelen moet nemen om belangenconflicten tijdens een aanbestedingsprocedure doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, om vervalsing van de mededinging te vermijden, de transparantie van de procedure te waarborgen en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren. Met deze bepaling heeft de (Europese) wetgever primair een ander soort belangenconflict op het oog gehad dan het hiervoor besproken geval, namelijk situaties waarin personen die betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of invloed kunnen hebben op de uitkomst daarvan financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die afbreuk doen aan hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid.<sup>9</sup> Dergelijke belangenconflicten houden het risico in dat de aanbestedende dienst zich laat leiden door overwegingen die niets met de betrokken opdracht van doen hebben en dat door dit feit alleen de voorkeur wordt gegeven aan een bepaalde inschrijver.<sup>10</sup>

5. De nauwe samenhang tussen artikel 2.51 en artikel 1.10b van de Aanbestedingswet 2012 blijkt uit bovenstaande uitspraak over de aanbesteding van de Blankenburgtunnel. Beide aspecten worden gezamenlijk behandeld, zonder dat daarbij aandacht wordt besteed aan de specifieke risico's die betrokkenheid van het adviesbureau bij zowel de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure als het opstellen van een inschrijving in dit geval meebracht. Dit kan te maken hebben met de nota Scheiding van belang,<sup>11</sup> die de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken van toepassing had verklaard. In deze nota wordt belangenverstremgeling ruim opgevat. Met de nota is beoogd vervalsing van de mededinging als gevolg van zowel een kennisvoorsprong als belangenconflicten in ruime zin te bestrijden.<sup>12</sup>

6. Vaststond dat het adviesbureau dat een van de inschrijvers had ondersteund bij het opstellen van een inschrijving, in een eerder stadium in opdracht van de aanbestedende dienst het referentieontwerp had vervaardigd. De klagende inschrijver had gesteld dat het betreffende adviesbureau tevens betrokken was bij de beoordeling van de ontvangen inschrijvingen, maar dit heeft zij naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet aannemelijk gemaakt (r.o. 5.3.1.). Daarvan uitgaande bracht de dubbelrol van het adviesbureau in mijn ogen vooral een risico op een kennisvoorsprong mee. De overwegingen van de voorzieningenrechter spitsen zich ook toe op de vraag of de aanbestedende dienst een mogelijke kennisvoorsprong heeft geneutraliseerd. De voorzieningenrechter oordeelt dat dit het geval is. De aanbestedende dienst had - kort samengevat - de door het betrokken adviesbureau opgestelde relevante documenten tijdig in een digitale

dataroom geplaatst. Voorts had het adviesbureau een zogenaamd belangenbeschermingsplan ingediend, dat door de aanbestedende dienst was goedgekeurd. De voorzieningenrechter oordeelt dat de aanbestedende dienst conform de in de aanbestedingsstukken van toepassing verklaarde nota Scheiding van belang heeft gehandeld, waarmee het vermoeden van voorkennis en belangenverstrengeling is weggenomen. Omdat tot slot niet is gebleken dat het betrokken adviesbureau het goedgekeurde belangenbeschermingsplan niet heeft nageleefd, bestond voor de aanbestedende dienst geen verplichting om de inschrijver die bij het opstellen van haar inschrijving gebruik had gemaakt van de diensten van dit adviesbureau vanwege een onaanvaardbare kennisvoorsprong van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten, aldus de voorzieningenrechter (r.o. 5.3.2.- 5.3.4.).

## Bewijslast

7. De bewijslast is een heikel onderwerp in geschillen over mogelijke vervalsing van de mededinging als gevolg van een kennisvoorsprong of een belangenconflict. Met name in de wat oudere jurisprudentie werd de bewijslast - voor zover daarvan in een kortgedingprocedure kan worden gesproken - bij de klagende gegadigde of inschrijver gelegd.<sup>13</sup> In het *eVigilo*-arrest oordeelde het HvJ EU dat indien een inschrijver objectieve gegevens verstrekt op basis waarvan de onpartijdigheid van een deskundige van de aanbestedende dienst kan worden betwijfeld, het aan de aanbestedende dienst is om alle relevante omstandigheden te onderzoeken die hebben geleid tot de gunningsbeslissing hebben geleid, teneinde de belangenconflicten te voorkomen, te onderkennen en te beëindigen. Zo nodig dient de aanbestedende dienst partijen te verzoeken om informatie en bewijsmateriaal te verstrekken.<sup>14</sup> Het HvJ EU leidde deze regel van bewijsrecht in de eerste plaats af uit de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie, bij de toepassing waarvan aanbestedende diensten een actieve rol vervullen. Het zou volgens het HvJ EU onverenigbaar met die actieve rol zijn om de afgewezen inschrijver te verplichten concreet aan te tonen dat de door de aanbestedende dienst aangewezen deskundigen partijdig zijn. Die oplossing zou bovendien in strijd zijn met het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming.<sup>15</sup> Het *eVigilo*-arrest is gewezen onder Richtlijn 2004/18/EG,<sup>16</sup> maar is nog steeds relevant.

8. De door het HvJ EU in dit arrest geformuleerde uitgangspunten gelden naar mijn mening ook voor situaties waarin een gegadigde, een inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure betrokken is geweest. In deze situaties geldt evenzeer dat de aanbestedende dienst een actieve rol vervult bij het waarborgen bij een gelijk speelveld.<sup>17</sup> Die actieve rol komt inmiddels expliciet tot uitdrukking in artikel 41 van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.51 van de herziene Aanbestedingswet 2012, waarin de aanbestedende dienst wordt opgedragen passende maatregelen te nemen om vervalsing van de mededinging te voorkomen. Het is daarom in beginsel aan de aanbestedende dienst om aan te tonen dat de mededinging niet is vervalst door de betrokkenheid van een gegadigde, een inschrijver of een met een gegadigde of inschrijver verbonden onderneming bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure.

9. Als een lid van de commissie die belast is met de toetsing van inschrijvingen aan de gunningscriteria onverwacht familiale banden blijkt te hebben met een van de inschrijvers, heeft de aanbestedende dienst het in zijn macht om dit belangenconflict op te lossen. Vaak zullen maatregelen ter voorkoming van een ontoelaatbare kennisvoorsprong of een belangenconflict (tevens) door de betreffende gegadigde of inschrijver moeten worden genomen.<sup>18</sup> De casus die aan bovenstaande uitspraak ten grondslag ligt is daar een goed voorbeeld van. Een aanbestedende dienst is naar mijn mening in deze situaties bevoegd de bewijslast van de omstandigheid dat de mededinging *niet* is vervalst te alloceren bij de betrokken gegadigde of inschrijver. Deze risicoallocatie kan deel uitmaken van de in de artikelen 10.1.10b lid 1 en 2.51 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde passende maatregelen, naast de in het tweede lid van artikel 2.51 genoemde maatregelen. Deze oplossing sluit aan bij artikel 2.51 lid 4 van de Aanbestedingswet 2012, op grond waarvan de aanbestedende dienst de bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure betrokken gegadigde of inschrijver de gelegenheid moet bieden te

bewijzen dat zijn betrokkenheid de mededinging niet kan verstoren, alvorens hij de betreffende gegadigde of inschrijver van de aanbestedingsprocedure uitsluit.<sup>19</sup> De oplossing lijkt tevens op goedkeuring van het HvJ EU te kunnen rekenen. Het verzoeken van partijen om informatie en bewijsmateriaal te verstrekken is door het HvJ EU in het *eVigilo*-arrest uitdrukkelijk genoemd als voorbeeld van door de aanbestedende dienst te nemen maatregelen om een belangenconflict te voorkomen, onderkennen en op te lossen.<sup>20</sup>

10. De Nota scheiding van belang alloceert ook de bewijslast van de omstandigheid dat de mededinging *niet* is vervalst als gevolg van belangenverstrengeling bij gegadigden en inschrijvers. In situaties waarin inschrijving in principe is toegestaan, wordt een vermoeden van vervalsing van de mededinging aangenomen, dat door de betrokkenen moet worden weerlegd.<sup>21</sup> De voorzieningenrechter laat zich er helaas niet over uit of de in de Nota scheiding van belang beschreven maatregelen voldoende waarborgen bieden tegen vervalsing van de mededinging. De bezwaren van de klagende inschrijver daartegen zijn naar het oordeel van de voorzieningenrechter tardief en worden onder verwijzing naar het *Grossmann*-arrest verworpen (r.o. 5.3.3.).<sup>22</sup>

A.J. van Heeswijck

- 1 Arthur van Heeswijck is zelfstandig advocaat en als docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.
- 2 [ECLI:NL:RBDHA:2017:12772](#) , zie ook *JAAN* 2017/272, m.nt. Oudenhoven, Saric en Linssen.
- 3 Wet van 22 juni 2016 tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, *Stb.* 2016/241.
- 4 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2014, L 94/65).
- 5 Zie hierover A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 49-55.
- 6 De klagende inschrijver deed blijkens r.o. 4.2.1. een beroep op art. 2.87 lid 1 sub e van de Aanbestedingswet 2012, dat op 1 juli 2016 in werking is getreden.
- 7 HvJ EG 3 maart 2005, de gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03, [ECLI:EU:C:2005:127](#) (*Fabricom*), r.o. 30.
- 8 Art. 2.51 lid 3 en lid 4 Aw 2012. Zie ook de facultatieve uitsluitingsgrond van art. 2.87 lid 1 sub f Aw 2012.
- 9 Art. 1.10b lid 2 Aw 2012.
- 10 HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, [ECLI:EU:C:2015:166](#) , *JAAN* 2015/60 (*eVigilo*), m.nt. Verweij r.o. 35.
- 11 Voluit 'Scheiding van belang. Beleid tegen belangenverstrengeling bij de aanbesteding' d.d. 14 september 2007. Uitgebreid over de nota Scheiding van belang D.J.L. van Ee, 'Belangenverstrengeling bij aanbestedingen', *TBR* 2010/176 .
- 12 Nota Scheiding van belang, p. 3.
- 13 Zie o.a. Vzngr. Rb. Leeuwarden 24 november 2010, [ECLI:NL:RBLEE:2010:BO7626](#) , m.nt. Janssen en Blaisse Verkooyen, *TBR* 2011/110 ; Vzngr. Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, [ECLI:NL:RBNNE:2014:1360](#) , *JAAN* 2014/105 m.nt. Van Hulsteijn, r.o. 6.4.-6.5; Vzngr. Rb. Den Haag 3 december 2014, [ECLI:NL:RBDHA:2014:16365](#) , *JAAN* 2015/42, r.o. 4.1; RvA 3 juni 1997, *BR* 1998, p. 343, bekrachtigd in hoger beroep RvA 14 oktober 1997, *BR* 1998, p. 347, m.nt. Van Wassenaer; CvAE 15 juli 2014, advies 111. Anders: Vzngr. Rb. Amsterdam 8 april 2010, [ECLI:NL:RBAMS:2010:BM1229](#) , m.nt. Ritsema van Eck, *BR* 2010/115; Vzngr. Rb. Gelderland 14 september 2015, [ECLI:NL:RBGEL:2015:8310](#) , *JAAN* 2016/77, m.nt. Broeders, r.o. 4.7.
- 14 HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, [ECLI:EU:C:2015:166](#) (*eVigilo*) r.o. 44. Het in dit arrest beschreven juridisch kader is toegepast in CvAE 7 juni 2016, advies 233.
- 15 HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, [ECLI:EU:C:2015:166](#) (*eVigilo*) r.o. 42-43.
- 16 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PbEU* L 134/114.



- 17 Zie ook *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3 (MvT)*, p. 49.
- 18 ?Zie ook *Kamerstukken II 2015/16, 34 329, nr. 3 (MvT)*, p. 49-50, waarin wordt opgemerkt dat middelen ter voorkoming van vervalsing van de mededinging als gevolg van betrokkenheid bij de voorbereiding van een aanbestedingsprocedure zowel in de invloedssfeer van de ondernemer als die van de aanbestedende dienst kunnen liggen.
- 19 Zie ook J.M. Hebly, 'Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht. Enkele beschouwingen over nieuwe aanbestedingsregels uit Brussel', in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Een kwart eeuw. Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 152.
- 20 HvJ EU 12 maart 2015, zaak C-538/13, [ECLI:EU:C:2015:166](#) (*eVigilo*) r.o. 44.
- 21 Nota Scheiding van belang, p. 10.
- 22 HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02, [ECLI:EU:C:2004:93](#) (*Grossmann Air Service*).