

Niet aannemelijk is dat de score is gebaseerd op een inhoudelijk onjuiste motivering.

Ondeugdelijk gemotiveerd

Dan voert procesdeelnemer I nog als bezwaar aan dat de voorlopige gunningsbeslissingen ondeugdelijk zijn gemotiveerd. De motivering voldoet volgens procesdeelnemer I niet aan de vereisten die art. 2.130 Aw 2012 daaraan stelt.

Volgens procesdeelnemer I voldoet de motivering niet aan het hiervoor vermelde toetsingskader, omdat deze motivering veelal beperkt is tot de vage opmerking dat het plan van aanpak van procesdeelnemer I niet SMART is beschreven, zonder uit te leggen waarom dat zo is. De term 'niet-SMART', is, zo voert procesdeelnemer I verder aan, maar liefst 18 keer gebruikt ter onderbouwing van de scores van procesdeelnemer I. Procesdeelnemer I beroept zich in dit verband op de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 9 mei 2019 (ECLI:NL:RBAMS:2019:4206).

Het betoog van procesdeelnemer I dat de motivering met 'niet SMART' vaag blijft kan niet worden gevolgd. Ook de vergelijking met de uitspraak van de rechtbank Amsterdam gaat daarom niet op.

Conclusie

De conclusie is dat de bezwaren van procesdeelnemer I tegen de voorlopige gunningsbeslissingen niet opgaan en dat haar vorderingen moeten worden afgewezen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[procesdeelnemer I] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats 1],

hierna te noemen: [procesdeelnemer I],

eiseres

advocaten mrs. G. Verberne en L.A.W.M. Heinsman,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE ALMERE,

zetelend te Almere,

hierna te noemen: gemeente Almere,

gedaagde,

advocaten mrs. T. van Wijk en L. Bras,

met als tussenkomende partij

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[procesdeelnemer III] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats 2],

*hierna te noemen: [procesdeelnemer III],
advocaat mr. S.C. Brackmann.*

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

104

Vertrouwelijke bedrijfsinformatie

Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem

19 april 2022, 21/6350 en 21/6351,

ECLI:NL:RBNHO:2022:3310

(mr. drs. J.H.A.C. Everaerts)

Noot mr. M. Jonkers, mr. T. van Wijk

Bestuursrecht. (On-)geldigheid inschrijving. Vertrouwelijke bedrijfsinformatie.

[Aw 2012 art. 2.57; Wob art. 10]

Verweerder heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de levering en het onderhoud van 68 'Container Lifting Trucks' en 12 'Spreaders'. Verzoekster en een derde partij hebben zich ingeschreven voor de aanbesteding. De inschrijving van de derde partij is ongeleldig verklaard omdat zij niet aan alle vereisten voldeed. Uiteindelijk is de opdracht vergund aan verzoekster.

De derde partij heeft op 11 januari 2021 een Wob verzoek ingediend. De derde partij verwijst daarbij naar een contract wat verweerder met verzoekster heeft gesloten voor de levering en het onderhoud van 68 Container Lifting Trucks en 12 Spreaders. Verweerder heeft verzoekster op de hoogte gesteld van het Wob verzoek en in de gelegenheid gesteld een zienswijze in te dienen. Verzoekster heeft van die gelegenheid gebruik gemaakt. In die zienswijze stelt verzoekster dat de correspondentie na het sluiten van het contract met verweerder buiten de reikwijdte van het Wob verzoek valt. Voorts voert zij aan dat op grond van art. 2:57 Aw 2012 geen documenten kunnen worden verstrekt, omdat alle inhoud en de daaruit voortvloeiende briefwisselingen, mailverkeer en andere informatie vertrouwelijk is. Verder zou de verzochte informatie niet kunnen worden verstrekt op grond van art. 10, eerste lid, onder c en artikel 10, tweede lid, onder g Wob.

Verweerder heeft vervolgens beslist op het Wob verzoek en een aantal documenten (42 in totaal) aangetroffen die onder de reikwijdte van het Wob verzoek vielen. Verzoekster heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt dat door verweerder ongegrond is verklaard. Verzoekster is vervolgens onderhevig kortgedingsprocedure gestart.

Beoordeling van het verschil

Verzoekster stelt, voor zover relevant voor het Aanbestedingsrecht, dat art. 2.57 Aw 2012 onverkort in de weg staat aan openbaarmaking van document 6, 20 en 22. Verweerder heeft deze stukken ten onrechte gedeeltelijk openbaar gemaakt. Ter zitting heeft verzoekster toegelicht dat art. 2.57 Aw 2012 niet van toepassing is op de stukken van na de aanbesteding die zien op het beroep op overmacht.

Verweerder stelt zich op het standpunt dat document 20 en 22 onder de reikwijdte van art. 2.57 Aw 2012 vallen maar dat deze documenten ook informatie bevatten die eerder gepubliceerd is en al openbaar is, zodat die informatie wel openbaar wordt gemaakt. Verweerder stelt in de aanvullende reactie van 23 februari 2022 dat hetgeen verzoekster aanvoert aanleiding is om de informatie onder 3.4.8 op pagina 15 van document 20 niet openbaar te maken, omdat de informatie op dat onderdeel afwijkt van het Program of requirements zoals dat bij de aanbesteding op Negometrix is gepubliceerd. Onderdeel 3.4.8 van document 20 bevat daarmee vertrouwelijke (bedrijfs) informatie van verzoekster en deze informatie kan gebruikt worden om de mededinging te vervalsen.

In artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar maakt. In art. 2.57 lid 2 Aw 2012 is bepaald dat een aanbestedende dienst geen informatie uit aanbestedingsstukken of andere documenten die de dienst heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure openbaar maakt, indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.

Gelet op vaste rechtspraak van de Afdeling is in de Aw 2012 een aan de Wob derogerende regeling opgenomen. Op grond van art. 2.57 Aw 2012 dient dan ook te worden beoordeeld of aan het verzoek kan worden voldaan. Indien op grond van de Aw 2012 geen weigeringsgronden bestaan, wordt het verzoek aan de Wob getoetst. De voorzieningen-

rechter overweegt dat een aanbestedende dienst in beginsel informatie die door een ondernemer als vertrouwelijk wordt verstrekt (zowel tijdens als na afloop van de aanbestedingsprocedure) niet openbaar mag maken. De voorzieningenrechter verwijst daarbij naar de Memorie van Toelichting bij de Aw 2012.

Ten aanzien van document 6 overweegt de voorzieningenrechter dat verweerder de e-mail van 21 maart 2019 grotendeels heeft weggelakt. Er blijft een enkele zin staan. De voorzieningenrechter overweegt dat art. 2.57 Aw 2012 niet in de weg staat aan verstreking van deze informatie.

Ten aanzien van document 20 overweegt de voorzieningenrechter dat dit document voor het grootste deel is weggelakt met toepassing van art. 2.57 Aw 2012. Verweerder heeft in het bestreden besluit enkel pagina 15 van dit document openbaar gemaakt omdat die pagina ziet op informatie over de vereisten voor de motoren. Deze vereisten zijn opgenomen in punt 3.4.8 van het Program of Requirements waarin de voorwaarden voor de aanbesteding zijn vastgelegd en in paragraaf 5.4.2. van de Procurement Guidelines. Verweerder komt in de aanvullende reactie van 23 februari 2022 tegemoet aan het beroep van verzoekster, omdat onderdeel 3.4.8 van document 20 vertrouwelijke (bedrijfs)informatie van verzoekster bevat en deze informatie gebruikt kan worden om de mededinging te vervalsen. Het beroep ten aanzien van dit onderdeel is daarom gegrond.

Ten aanzien van document 22 overweegt de voorzieningenrechter dat alleen pagina 2 van document 22 deels openbaar is gemaakt. Op deze pagina zijn enkel de partijen weergegeven die de overeenkomst hebben gesloten. De voorzieningenrechter overweegt dat deze informatie niet vertrouwelijk door verzoekster is verstrekt en reeds bekend is bij partijen. Mede gelet hierop is de voorzieningenrechter van oordeel dat het verstrekken van deze informatie niet kan leiden tot vervalsing van de mededinging in de toekomst. Uit enkel de namen van de partijen kan immers ook geen bedrijfsgevoelige informatie worden afgeleid. Art. 2.57 Aw 2012 staat dan ook niet in de weg aan verstreking van deze informatie.

Conclusie

De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat onderdeel 3.4.8 van document 20 vertrouwelijke (bedrijfs)informatie van verzoekster bevat en deze informatie gebruikt kan worden om de me-

dedinging te vervalsen. Art. 2.57 Aw 2012 staat in de weg aan verstrekking van deze informatie. Verweerder heeft dit in de aanvullende reactie van 23 februari 2022 bevestigd. Het beroep ten aanzien van document 20 slaagt.

Voor de overige inhoudelijke beoordelingen van de voorzieningenrechter wordt verwezen naar het vonnis.

[verzoekster] B.V., uit Haarlem, verzoekster

*(gemachtigde: mr. B.J.W. Walraven),
en*

de Minister van Defensie, Directeur Juridische Zaken, verweerder

(gemachtigden: mr. M. Frishert en mr. D.I van Weerden).

Als derde-partij neemt aan het geding deel: [derde partij] B.V.,

(gemachtigde: mr. P.B.J. Van Oord).

Procesverloop

- In het besluit van 10 juni 2021 (primaire besluit) heeft verweerder beslist op het Wob verzoek van [derde partij] B.V.
- Verzoekster heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt.
- In het besluit van 22 november 2021 (bestreden besluit) heeft verweerder het bezwaar van verzoekster ongegrond verklaard.
- Verzoekster heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld. Zij heeft verder de voorzieningenrechter verzocht om een voorlopige voorziening te treffen.
- Bij brief van 16 december 2021 heeft verweerder de niet openbaar gemaakte stukken aan de voorzieningenrechter doen toekomen.
- Bij brieven van 31 december 2021 heeft [derde partij] de voorzieningenrechter toestemming verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) om kennis te nemen van de niet openbaar gemaakte stukken.
- De voorzieningenrechter heeft het verzoek op 20 januari 2022 op zitting behandeld. Verzoekster is vertegenwoordigd door haar gemachtigde en vergezeld door [naam 1] en [naam 2]. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigden. Derde-partij is vertegenwoordigd door haar gemachtigde en [naam 3].
- Ter zitting heeft verzoekster de aanvullende stukken behorende bij het aanvullend beroep

schrift van 18 januari 2022 ingetrokken. De voorzieningenrechter heeft het onderzoek ter zitting geschorst in afwachting van een nieuw aanvullend beroepschrift van verzoekster, zonder de niet openbaar gemaakte stukken. Op 3 februari 2022 heeft de voorzieningenrechter deze stukken ontvangen.

- Op 23 februari 2022 heeft de voorzieningenrechter een reactie van verweerder op deze stukken ontvangen.
- Op 23 februari 2022 heeft de voorzieningenrechter een reactie van [derde partij] op deze stukken ontvangen.
- Partijen hebben verklaard geen nieuwe zitting te wensen. De voorzieningenrechter heeft het onderzoek gesloten.

1. Overwegingen

Achtergrond

1.1. Verweerder heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de levering en het onderhoud van 68 'Container Lifting Trucks' en 12 'Spreaders'. Zowel [verzoekster] B.V. ([verzoekster]) en [derde partij] B.V. ([derde partij]) hebben zich ingeschreven voor de aanbesteding. De inschrijving van [derde partij] is ongeldig verklaard omdat zij niet aan alle vereisten voldeed. Uiteindelijk is de opdracht vergund aan [verzoekster].

1.2. [derde partij] heeft op 11 januari 2021 een verzoek op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) ingediend. [derde partij] verwijst daarbij naar een contract wat verweerder met [verzoekster] heeft gesloten voor de levering en het onderhoud van 68 Container Lifting Trucks en 12 Spreaders. [derde partij] heeft verzocht om de volgende informatie:

- De definitieve ondertekende overeenkomst, of de bladzijde waarop [verzoekster] als partij is weergegeven. Daarnaast in ieder geval de bladzijdes die over de vereisten van de motoren gaan;
- Een kopie van de door [verzoekster] ingevulde en ingediende Declaration of Consortium (Annex D);
- Een kopie van de door [verzoekster] ingevulde en ingediende Annex H over de prijs;
- Een kopie van de door [verzoekster] ingevulde en ingediende Guarantee Number Delivery (Annex J);
- Een kopie van het door [verzoekster] ingediende Project Realisation Plan (Annex N);

- De schriftelijke communicatie tussen verweerder en [verzoekster] voorafgaand en na het sluiten van de definitieve overeenkomst;
- De onder de definitieve overeenkomst geplaatste opdrachten en bestellingen;
- De door verweerder geplaatste opdrachten voor (tijdelijke) inhuur, inclusief de omvang van deze opdrachten en financiële waarde.

1.3. Verweerder heeft [verzoekster] op 20 april 2021 en 29 april 2021 op de hoogte gesteld van het Wob verzoek en in de gelegenheid gesteld een zienswijze in te dienen.

1.4. Op 14 mei 2021 heeft [verzoekster] een zienswijze ingediend. In die zienswijze stelt [verzoekster] dat de correspondentie na het sluiten van het contract met verweerder buiten de reikwijdte van het Wob verzoek valt. Voorts voert zij aan dat op grond van artikel 2:57 van de Aanbestedingswet geen documenten kunnen worden verstrekt, omdat alle inhoud en de daaruit voortvloeiende briefwisselingen, mailverkeer en andere informatie vertrouwelijk is. Verder zou de verzochte informatie niet kunnen worden verstrekt op grond van artikel 10, eerste lid, onder c en artikel 10, tweede lid, onder g Wob.

1.5. Op 10 juni 2021 (primair besluit) heeft verweerder beslist op het Wob verzoek. Verweerder heeft 42 documenten aangetroffen die onder de reikwijdte van het verzoek vallen.

- De documenten 1 tot en met 5, 7 tot en met 13, 15 tot en met 19 en 21 maakt verweerder op grond van artikel 2.57, eerste en tweede lid, van de Aanbestedingswet niet openbaar. Ook document 20 en 22 valt onder de reikwijdte van artikel 2.57 van de Aanbestedingswet. Verweerder maakt deze documenten gedeeltelijk openbaar en maakt hiervoor een uitzondering voor bladzijde 15 van document 20 en bladzijde 2 van document 22.
- Verweerder weigert document 23, 25, 33 tot en met 27, 41 en 42 openbaar te maken omdat deze documenten in vertrouwelijkheid zijn overgelegd en bedrijfs- en fabricagegegevens bevatten zoals bedoeld in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c van de Wob. Verweerder maakt de documenten 24, 26, 27, 39 en 40 gedeeltelijk openbaar.
- In de documenten 6, 14, 22, 24, 26 tot en met 32, 38, 39, 40 lakt verweerder namen, e-mailadressen, telefoonnummers en handtekeningen en andere tot een persoon herleidbare

gegevens weg onder verwijzing naar artikel 10, tweede lid, onder e, Wob.

- Verder lakt verweerder delen van de documenten 29 tot en met 31 en 39 weg, omdat deze documenten details bevatten over de planning en levering en inzicht geven in de werkwijze van [verzoekster]. Openbaarmaking van deze informatie kan daarom ertoe leiden dat [verzoekster] onevenredig wordt benadeeld zoals bedoeld in artikel 10, tweede lid, onder g Wob.

Feitelijke openbaarmaking vindt niet eerder plaats van twee weken na dagtekening van het besluit. [verzoekster] heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt.

2. Bestreden besluit

2. Bij het bestreden besluit van 22 november 2021 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard.

3. Wettelijk kader

3. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage.

4. Beslissen op het beroep

4. Na afloop van de zitting is de voorzieningenrechter tot de conclusie gekomen dat nader onderzoek niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak. De voorzieningenrechter doet daarom op grond van artikel 8:86 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) niet alleen uitspraak op het verzoek om voorlopige voorziening, maar ook op het beroep. Na met toepassing van artikel 8:29 van de Awb kennis te hebben genomen van de door verweerder overgelegde documenten overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

Gronden

7. Geen Wob Verzoek

7.1. [verzoekster] voert aan dat verweerder het verzoek van [derde partij] onterecht als Wob verzoek heeft gekwalificeerd. [verzoekster] verwijst daarbij naar de uitspraak van de Afdeling van 20 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1268.

7.2. Verweerder stelt zich op het standpunt dat het verzoek moet worden aangemerkt als een Wob verzoek. Dat [derde partij] mogelijk een zakelijk belang heeft bij de informatie leidt niet tot het oordeel dat het verzoek niet als een Wob verzoek valt te kwalificeren. Voorts doet zich niet een van de in de jurisprudentie geformuleerde uitzonderingen voor.

7.3. In de uitspraak van 20 mei 2020 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State haar rechtspraak over de kwalificatie van een informatieverzoek als Wob-verzoek gepreciseerd.¹ Daarbij heeft de Afdeling overwogen dat hoofdregel is dat wanneer iemand met een beroep op de Wob een verzoek om informatie vervat in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid tot een bestuursorgaan richt, zo'n verzoek een Wob-verzoek is.

Het enkele feit dat de verzoeker de informatie vraagt vanwege zijn persoonlijk belang bij kennisneming van de informatie en/of met het oog op het gebruik van de informatie in een procedure tegen het bestuursorgaan of derden, betekent niet dat geen sprake is van een Wob-verzoek. Dit is alleen anders indien uit de aard van het verzoek, uit de inhoud van het verzoek of uit uitlatingen van de verzoeker, blijkt dat de verzoeker geen Wob-verzoek heeft beoogd in te dienen.

7.4. De voorzieningenrechter constateert dat [verzoekster] haar verzoek uitdrukkelijk heeft gebaseerd op de Wob. Gelet op de aard en inhoud van het verzoek, is de voorzieningenrechter van oordeel dat [verzoekster] heeft beoogd een Wob-verzoek te doen. Hoewel het de voorzieningenrechter aannemelijk voorkomt dat [verzoekster] de informatie mede vraagt met het oog op het gebruik van de informatie in een eventuele toekomstige procedure tegen het bestuursorgaan of derden, betekent dat niet dat geen sprake is van een Wob-verzoek. De beroepsgrond slaagt niet.

8. Misbruik van recht

8.1. [verzoekster] voert aan dat voor zover wel sprake is van een Wob verzoek, het indienen van het verzoek misbruik van recht oplevert. Het doel van het verzoek is slechts gelegen in het eventueel voeren van een juridische procedure over de uitvoering van de vergunde opdracht. [verzoekster] verwijst daarbij naar de uitspraak van de Afdeling van 6 mei 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1443. [derde partij] wil dat verweerder de informatie aan haar verschaft omdat zij zich ook heeft ingeschreven voor de opdracht. Uit niets blijkt dat het de bedoeling is van [derde partij] om deze informatie openbaar te maken zodat een ieder daarvan kennis kan nemen.

1 Uitspraak van de Afdeling van 20 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1268.

8.2. Verweerder stelt zich op het standpunt dat het verzoek geen misbruik van recht oplevert. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan een verzoek om informatie met het oog op een andere procedure misbruik van recht opleveren. Van een dergelijke situatie is geen sprake.

8.3. De voorzieningenrechter stelt voorop dat de indiener van een Wob-verzoek ingevolge artikel 3, derde lid, van de Wob geen belang bij zijn verzoek hoeft te stellen. Het doel van een Wob-verzoek kan echter wel relevant zijn om te bepalen of sprake is van misbruik van recht, bijvoorbeeld om geldsommen te incasseren. Daarvan is in dit geval geen sprake.

8.4. Ingevolge artikel 13, gelezen in verbinding met artikel 15, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW), kan de bevoegdheid om bij de bestuursrechter beroep in te stellen niet worden ingeroepen voor zover deze bevoegdheid wordt misbruikt. Deze artikelen verzetten zich tegen inhoudelijke behandeling van een bij de bestuursrechter ingesteld beroep dat misbruik van recht behelst, en bieden een wettelijke grondslag voor niet-ontvankelijkverklaring van een zodanig beroep. Daartoe zijn zwaarwichtige gronden vereist, die onder meer aanwezig zijn indien rechten of bevoegdheden zodanig evident zijn aangewend zonder redelijk doel of voor een ander doel dan waartoe zij zijn gegeven, dat het aanwenden van die rechten of bevoegdheden blijk geeft van kwade trouw.² Slechts onder bijzondere omstandigheden kan een verzoek om informatie met het oog op een andere procedure misbruik van recht opleveren.³ Van dergelijke bijzondere omstandigheden is de voorzieningenrechter niet gebleken. De voorzieningenrechter is van oordeel dat hetgeen [verzoekster] aanvoert, onvoldoende is om misbruik van recht aan te nemen. De beroepsgrond slaagt niet.

9. Weigeringsgronden

De voorzieningenrechter heeft met toepassing van artikel 8:29, vijfde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kennis genomen van de niet openbaar gemaakte informatie. De voorzieningenrechter hanteert de nummering van de docu-

2 Uitspraak van de Afdeling van 3 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1198.

3 Uitspraak van de Afdeling van 20 mei 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1268.

menten zoals opgenomen in de inventarislijst bij het primaire besluit:

- Document 6 ‘ [...] ’
- Document 20 ‘ [...] ’
- Document 22 ‘ [...] ’
- Document 24 ‘ [...] ’
- Document 26 ‘ [...] ’
- Document 27 ‘ [...] ’
- Document 28 ‘ Reaction [...] ’
- Document 29 ‘ [...] ’
- Document 30 ‘ [...] ’
- Document 31 ‘ [...] ’
- Document 38 ‘ [...] ’
- Document 39 ‘ [...] ’
- Document 40 ‘ [...] ’

Reikwijdte artikel 2.57 Aanbestedingswet

9.1. In artikel 2.57, eerste lid, van de Aanbestedingswet is bepaald dat een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar maakt. In artikel 2.57, tweede lid, van de Aanbestedingswet is bepaald dat een aanbestedende dienst geen informatie uit aanbestedingsstukken of andere documenten die de dienst heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure openbaar maakt, indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.

9.2. [verzoekster] voert aan dat artikel 2.57 van de Aanbestedingswet onverkort in de weg staat aan openbaarmaking van document 6, 20 en 22. Verweerder heeft deze stukken ten onrechte gedeeltelijk openbaar gemaakt. Ter zitting heeft [verzoekster] toegelicht dat artikel 2.57 Aanbestedingswet niet van toepassing is op de stukken van na de aanbesteding die zien op het beroep op overmacht.

9.3. Verweerder stelt zich op het standpunt dat document 20 en 22 onder de reikwijdte van artikel 2.57 Aanbestedingswet vallen maar dat deze documenten ook informatie bevatten die eerder gepubliceerd is en al openbaar is, zodat die informatie wel openbaar wordt gemaakt. Verweerder stelt in de aanvullende reactie van 23 februari 2022 dat hetgeen [verzoekster] aanvoert aanleiding is om de informatie onder 3.4.8 op pagina 15 van document 20 niet openbaar te maken, omdat de informatie op dat onderdeel afwijkt van het Program of requirements zoals dat bij de aanbesteding op Negometrix is gepubliceerd. Onderdeel 3.4.8 van document 20 bevat daarmee vertrouwelijke (bedrijfs)informatie van [verzoekster]

en deze informatie kan gebruikt worden om de mededinging te vervalsen.

9.3. Gelet op vaste rechtspraak van de Afdeling⁴ is in de Aanbestedingswet een aan de Wob derogerende regeling opgenomen. Op grond van artikel 2.57 van de Aanbestedingswet dient dan ook te worden beoordeeld of aan het verzoek kan worden voldaan. Indien op grond van de Aanbestedingswet geen weigeringsgronden bestaan, wordt het verzoek aan de Wob getoetst. De voorzieningenrechter overweegt dat een aanbestedende dienst in beginsel informatie die door een ondernemer als vertrouwelijk wordt verstrekt (zowel tijdens als na afloop van de aanbestedingsprocedure) niet openbaar mag maken. De voorzieningenrechter verwijst daarbij naar de Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet.⁵

Document 6

9.4.1. De voorzieningenrechter overweegt dat verweerder de e-mail van 21 maart 2019 grotendeels heeft weggelakt. Er blijft een enkele zin staan. De voorzieningenrechter overweegt dat artikel 2.57 van de Aanbestedingswet niet in de weg staat aan verstrekking van deze informatie.

Document 20

9.4.2. De voorzieningenrechter overweegt dat verweerder document 20 voor het grootste deel heeft weggelakt met toepassing van artikel 2.57 Aanbestedingswet. Verweerder heeft in het bestreden besluit enkel pagina 15 van dit document openbaar gemaakt omdat die pagina ziet op informatie over de vereisten voor de motoren. Deze vereisten zijn opgenomen in punt 3.4.8 van het Program of Requirements waarin de voorwaarden voor de aanbesteding zijn vastgelegd en in paragraaf 5.4.2. van de Procurement Guidelines. Verweerder komt in de aanvullende reactie van 23 februari 2022 tegemoet aan het beroep van [verzoekster], omdat onderdeel 3.4.8 van document 20 vertrouwelijke (bedrijfs)informatie van [verzoekster] bevat en deze informatie gebruikt kan worden om de mededinging te vervalsen. Het beroep ten aanzien van dit onderdeel is daarom gegrond.

4 Uitspraken de Afdeling van 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888 en 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1808.

5 Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 69.

Document 22

9.4.3. De voorzieningenrechter overweegt dat alleen pagina 2 van document 22 deels openbaar is gemaakt. Op deze pagina zijn enkel de partijen weergegeven die de overeenkomst hebben gesloten. De voorzieningenrechter overweegt dat deze informatie niet vertrouwelijk door [verzoekster] is verstrekt en reeds bekend is bij partijen. Mede gelet hierop is de voorzieningenrechter van oordeel dat het verstrekken van deze informatie niet kan leiden tot vervalsing van de mededinging in de toekomst. Uit enkel de namen van de partijen kan immers ook geen bedrijfsgevoelige informatie worden afgeleid. Artikel 2.57 van de Aanbestedingswet staat dan ook niet in de weg aan verstrekking van deze informatie.

9.5. De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat onderdeel 3.4.8 van document 20 vertrouwelijke (bedrijfs)informatie van [verzoekster] bevat en deze informatie gebruikt kan worden om de mededinging te vervalsen. Artikel 2.57 van de Aanbestedingswet staat in de weg aan verstrekking van deze informatie. Verweerder heeft dit in de aanvullende reactie van 23 februari 2022 bevestigd. Het beroep ten aanzien van document 20 slaagt.

10. Bedrijfs- en fabricagegegevens

10.1. In artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob is bepaald dat het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege blijft voor zover dit bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegeedeeld.

10.2. [verzoekster] voert aan dat het beroep op overmacht dat zij heeft gedaan, alle informatie ter onderbouwing daarvan en alle verdere correspondentie daarover moeten worden beschouwd als vertrouwelijk meegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens. [verzoekster] voert aan dat verweerder ten onrechte document 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 38, 39 en 40 (gedeeltelijk) openbaar heeft gemaakt, omdat openbaarmaking van die informatie achterwege moet blijven op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob.

10.3. Verweerder stelt zich op het standpunt dat het beroep op overmacht niet beschouwd moet worden als vertrouwelijk meegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens. Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob dient restrictief te worden toegepast. Alleen heel algemene informa-

tie over het beroep op overmacht wordt openbaar gemaakt. In de aanvullende reactie van 23 februari 2022 stelt verweerder dat de passages die niet openbaar worden gemaakt meer gedetailleerde informatie over de planning en de levering bevatten dan wel meer gedetailleerde informatie over de achtergrond van het beroep op overmacht. De beoordeling ten aanzien van bepaalde onderdelen van documenten is daarom anders uitgevallen dan bij andere onderdelen van diezelfde of andere documenten. Voor zover [verzoekster] ten aanzien van document 28 aanvoert dat de informatie niet juist is, stelt verweerder dat dit niet met zich brengt dat de informatie niet openbaar moet worden gemaakt. Voorts stelt verweerder dat document 30, 38 en 40 schriftelijke communicatie tussen het ministerie en [verzoekster] betreft na sluiting van de overeenkomst, zodat die documenten binnen de reikwijdte van het wob-verzoek vallen.

10.4. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling⁶ moet het begrip bedrijfs- of fabricagegegevens naar zijn aard restrictief worden uitgelegd. Van bedrijfs- en fabricagegegevens is slechts sprake, indien en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers. Het belang van het beschermen van bedrijfs- en fabricagegegevens is bedoeld om te voorkomen dat gegevens die bedrijven met het oog op concurrentie geheim willen houden, maar wel aan bestuursorganen moeten verstrekken, openbaar worden gemaakt.⁷

10.5. [verzoekster] stelt dat alle informatie die betrekking heeft op het beroep op overmacht moet worden beschouwd als vertrouwelijk meegedeelde bedrijfs- en fabricagegegevens. De voorzieningenrechter volgt [verzoekster] niet in dit standpunt. Uit de rechtspraak van de Afdeling, zoals aangehaald in noot 6, moet de weigeringsgrond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob immers restrictief worden uitgelegd. Dit sluit echter niet uit dat de openbaar te maken documenten bedrijfs- en fabricagegegevens kun-

6 Uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1675.

7 Uitspraak van de Afdeling van 22 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1675.

nen bevatten. De voorzieningenrechter beoordeelt hieronder per document of sprake is van bedrijfs- en fabricagegegevens en of verweerder ten onrechte heeft nagelaten om passages weg te lakken.

Document 24

10.6.1. De voorzieningenrechter is van oordeel dat document 24 slechts algemene informatie over vertragingen vanwege corona en de planning bevat. Hoewel in de derde alinea de landen worden genoemd waarbinnen de fabrieken van leveranciers zijn gelegen, is deze informatie onvoldoende om de identiteit van leveranciers te achterhalen. Voorts geeft de derde alinea geen concrete informatie over de verwachte afzet of het soort product. Er wordt in het document geen concurrentiegevoelige informatie inzake de afzet verstrekt, zoals de productomschrijving, concrete aantallen of productprijzen. De voorzieningenrechter is van oordeel dat [verzoekster] onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van commercieel vertrouwelijke informatie die valt aan te merken als bedrijfs- of fabricagegegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onder c van de Wob, dan wel dat de openbaarmaking van die informatie zou leiden tot onevenredige benadeling (artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g van de Wob).

Document 26

10.6.2. De voorzieningenrechter stelt vast dat in document 26 informatie uit document 24 wordt herhaald. Het bericht van het Ministerie van Defensie is een reactie op het bericht van 8 april 2020 van [verzoekster]. Omdat de voorzieningenrechter van oordeel is dat deze informatie geen bedrijfs- of fabricagegegevens bevat, hoeft verweerder deze informatie niet weg te lakken.

Document 27

10.6.3. De voorzieningenrechter overweegt dat verweerder document 27 voor het grootste deel heeft weggelakt. Uit de onderwerpregels en vragen uit de mails gegevens kan geen informatie worden afgeleid met betrekking tot bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob. Daarom kan verweerder de openbaarmaking op grond van deze grond niet weigeren. Dat de tekst door het weglakken van de antwoorden geen zinvolle informatie oplevert, doet hier niet aan af.

Document 28

10.6.4. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de e-mail van 26 maart 2020 geen bedrijfs- en

fabricagegegevens bevat. [verzoekster] van de gegevens is onvoldoende om de identiteit van de leverancier te achterhalen. Voorts wordt in de e-mail in zijn algemeenheid de ontstane vertraging door de corona pandemie besproken. De voorzieningenrechter is van oordeel dat hiermee alleen algemene informatie over het beroep op overmacht openbaar wordt gemaakt. [verzoekster] voert aan dat de informatie in document 28 niet juist is. De voorzieningenrechter is van oordeel dat verweerder hierin geen aanleiding heeft hoeven zien de informatie niet openbaar te maken.

Document 29

10.6.5. De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit de brief van 28 april 2020 onder 3 geen informatie kan worden afgeleid met betrekking tot bedrijfs- en fabricagegegevens. Voor zover in deze alinea het huren van machines als alternatief wordt aangeboden voor de ontstane vertraging, wordt hiermee geen concrete informatie gegeven over de te verwachten afzet. Daarom kan verweerder de openbaarmaking niet weigeren.

Document 30

10.6.6. De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit pagina 1 en 3 van de brief van 13 mei 2020, voor zover deze passages niet zijn weggelakt, geen informatie kan worden afgeleid met betrekking tot bedrijfs- en fabricagegegevens. De voorzieningenrechter overweegt dat pagina 2 in zijn geheel is weggelakt. Op pagina 1 en 3 wordt verwezen naar 'reference 1' en 'reference 2' maar wordt de inhoud van deze references niet weergegeven. Uit de gedeelten die verweerder heeft besloten wel openbaar te maken kunnen geen wetenswaardigheden worden afgeleid over de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers. Dit betekent dat er geen reden is om de brief in zijn geheel te weigeren krachtens artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob. Voor zover verzoekster aanvoert dat de inhoud van de brief buiten de reikwijdte van het Wob-verzoek valt, heeft [verzoekster] dit niet onderbouwd. De voorzieningenrechter is van oordeel dat document 30 binnen de reikwijdte van het wob-verzoek valt. Daarom kan verweerder de openbaarmaking niet weigeren.

Document 31

10.6.7. De voorzieningenrechter is van oordeel dat in de brief van 1 september 2020 slechts algemene informatie over het beroep op overmacht

openbaar wordt gemaakt. Voor zover in document 31 de ontstane vertraging door de corona pandemie besproken, overweegt de voorzieningenrechter dat algemeen bekend is dat de corona pandemie voor uitdagingen voor producenten en leveranciers heeft gezorgd.

Document 38

10.6.8. De voorzieningenrechter is van oordeel dat in de brief van 1 december 2020, voor zover deze passages niet zijn weggelakt, geen informatie kan worden afgeleid met betrekking tot bedrijfs- en fabricagegegevens. De voorzieningenrechter overweegt dat een enkele verwijzing naar het Quality Management Plan (QMP) geen bedrijfs- en fabricagegegevens bevat. Daarom kan verder de openbaarmaking niet weigeren.

Voor zover verzoekster aanvoert dat de inhoud van de brief buiten de reikwijdte van het Wob-verzoek valt, heeft [verzoekster] dit niet onderbouwd. Document 38 betreft informatie van na de totstandkoming van de overeenkomst. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit document binnen de reikwijdte van het wob-verzoek valt.

Document 39

10.6.9. De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit de laatste twee alinea's op pagina 1 van de brief van 7 januari 2021 geen informatie kan worden afgeleid met betrekking tot bedrijfs- en fabricagegegevens. In deze alinea's staat algemene informatie over de planning maar wordt geen informatie verstrekt over aantallen af te leveren producten. Voor zover [verzoekster] stelt dat verder informatie niet consequent heeft weggelakt, is de voorzieningenrechter van oordeel dat dit niet tot de conclusie leidt dat verweerder artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob onzorgvuldig heeft toegepast.

Document 40

10.6.10. De voorzieningenrechter overweegt dat document 40 ziet op een overeenkomst voor een training. Verweerder heeft het in rekening gebrachte bedrag voor deze training en tot de persoon herleidbare gegevens weggelakt. De voorzieningenrechter is van oordeel dat uit de overige passages geen informatie kan worden afgeleid met betrekking tot bedrijfs- en fabricagegegevens. Verder is de voorzieningenrechter van oordeel dat dit document binnen de reikwijdte van het wob-verzoek valt, omdat het informatie is van na de sluiting van de overeenkomst.

10.7. De voorzieningenrechter komt tot de conclusie dat de openbaar te maken documenten geen bedrijfs- en fabricagegegevens bevatten zoals bedoeld in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob. De beroepsgrond slaagt niet.

11. Het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling

11.1. Op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob blijft het verstrekken van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

11.2. [verzoekster] voert aan dat het belang van openbaarmaking niet opweegt tegen het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen, rechtspersonen of derden, zoals bedoeld in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob. [verzoekster] voert aan dat geen publiek belang is gediend met openbaarmaking van de gegevens, terwijl de openbaarmaking er wel toe leidt dat bedrijfs- en fabricagegegevens op straat komen te liggen en [verzoekster] kan benadelen.

11.3. Verweerder stelt zich op het standpunt dat verweerder artikel 10, tweede lid, onder g Wob terecht niet op de openbaar te maken informatie heeft toegepast. Dit betreft meer algemene informatie, waaruit niet is af te leiden hoe [verzoekster] te werk gaat. Voorts moet de openbaarmaking van de informatie niet alleen nadelig maar ook onevenredig nadelig zijn. Omdat het informatie betreft over het aanwenden van publieke middelen prevaleert het algemeen belang van een goede en democratische bestuursvoering dat door de Wob wordt gediend boven het belang van [verzoekster]. In de aanvullende reactie van 23 februari 2022 stelt verweerder dat de algemene informatie over de omstandigheden die geleid hebben tot de gestelde overmachtssituatie algemeen bekende informatie is die niet specifiek is voor [verzoekster].

11.4. Het recht op openbaarmaking op grond van de Wob dient uitsluitend het algemeen belang van een goede en democratische bestuursvoering.

⁸Gelet op de aard van het belang dat wordt beschermd door de in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob opgenomen uitzonderingsgrond, kan er volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling niet aan worden ontkomen om per document de vraag te beantwoorden of aan dat belang een zodanig gewicht toekomt dat openbaarmaking van de gevraagde gegevens achterwege mag blijven.⁹ Gelet op de omvang van de documenten moet per onderdeel van ieder document worden bepaald of openbaarmaking ertoe kan leiden dat [verzoekster] wordt benadeeld en zo ja, of daaraan zodanig gewicht moet worden toegekend dat het belang van openbaarmaking daarvoor moet wijken.

11.5. De voorzieningenrechter is van oordeel dat verweerder zich in dit geval in redelijkheid op het standpunt heeft gesteld dat het verstrekken van informatie niet achterwege hoeft te blijven gelet op het belang genoemd in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob. Verweerder heeft in het bestreden besluit per document een afwijging gemaakt over de openbaarmaking gemaakt. De voorzieningenrechter volgt verweerder in zijn standpunt dat alleen algemene informatie bekend is gemaakt. Niet gebleken is dat het openbaar maken van deze de informatie ertoe leidt dat de concurrentiepositie van [verzoekster] in het gedrang komt en dat zij daardoor schade zal lijden. Verweerder mocht zich daarom op het standpunt stellen dat het algemeen belang van een goede en democratische bestuursvoering dat door de Wob wordt gediend prevaleert boven het belang van [verzoekster]. Niet gebleken is dat de informatie zodanig concurrentiegevoelig is dat het belang van openbaarmaking van deze informatie daarvoor moet wijken. De beroepsgrond slaagt niet.

12. De beslissing van de voorzieningenrechter

12.1. Gelet op rechtsoverweging 9.5 is het beroep ten aanzien van document 20 gegrond en komt het bestreden besluit wegens strijd met artikel 2.57 Aanbestedingswet in zoverre voor vernietiging in aanmerking. Gelet hierop ziet de voorzieningenrechter aanleiding om met toepassing van artikel 8:72, derde lid, aanhef en onder a van de

Awb zelf in de zaak te voorzien, door het primaire besluit te herroepen en het bezwaarschrift van [verzoekster] alsnog gegrond te verklaren, in die zin dat onderdeel 3.4.8 op pagina 15 van document 20 alsnog wordt weggelakt. Verder ziet de voorzieningenrechter aanleiding om te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit, voor zover dat is vernietigd.

12.2. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding voor het treffen van een voorlopige voorziening. Het verzoek daartoe wordt afgewezen.

12.3. Omdat de voorzieningenrechter het beroep gegrond verklaart, bepaalt de voorzieningenrechter dat verweerder het door [verzoekster] betaalde griffierecht vergoedt.

12.4. De voorzieningenrechter veroordeelt verweerder in de door [verzoekster] gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de voorzieningenrechter op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 2037,- (1 punt voor het indienen van een bezwaarschrift, met een waarde van € 541,- en 1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van € 748,- en een wegingsfactor 1).

13. Beslissing

De voorzieningenrechter:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit van 7 november 2019;
- verklaart het bezwaar van verzoekster gegrond en herroept het primaire besluit van 10 juni 2021;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit van 22 november 2021;
- wijst het verzoek om voorlopige voorziening af;
- bepaalt dat verweerder aan verzoekster het door haar betaalde griffierecht van € 181,- vergoedt;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten van verzoekster tot een bedrag van €2037,-.

14. Bijlage

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 4:8

1. Voordat een bestuursorgaan een beschikking geeft waartegen een belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwach-

⁸ Uitspraak van de Afdeling van 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1079.

⁹ Zie onder meer de uitspraak van de Afdeling van 28 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8477.

ting bedenkings zal hebben, stelt het die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien:

- a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en
- b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.

2. Het eerste lid geldt niet indien de belanghebbende niet heeft voldaan aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken.

Aanbestedingswet 2012

Artikel 2.57

1. Onverminderd het in deze wet bepaalde maakt een aanbestedende dienst informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar.

2. Onverminderd het in deze wet bepaalde maakt een aanbestedende dienst geen informatie openbaar uit aanbestedingsstukken of andere documenten die de dienst heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure, indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.

Wet openbaarheid van bestuur

Artikel 2

1. Een bestuursorgaan verstrekt bij de uitvoering van zijn taak, onverminderd het elders bij wet bepaalde, informatie overeenkomstig deze wet en gaat daarbij uit van het algemeen belang van openbaarheid van informatie.

2. Het bestuursorgaan draagt er zo veel mogelijk zorg voor dat de informatie die het overeenkomstig deze wet verstrekt, actueel, nauwkeurig en vergelijkbaar is.

Artikel 3

1. Een ieder kan een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke gelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.

(...)

Artikel 6

(...)

5. Indien het bestuursorgaan heeft besloten informatie te verstrekken, wordt de informatie verstrekt tegelijk met de bekendmaking van het besluit, tenzij naar verwachting een belanghebbende bezwaar daar tegen heeft, in welk geval de informatie niet eerder wordt verstrekt dan twee weken nadat de beslissing is bekendgemaakt.

(...)

Artikel 10

1. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit:

(...)

c. bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld;

(...)

2. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

(...)

e. de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer;

(...)

g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

(...)

NOOT

De vertrouwelijkheid van aanbestedingsstukken onder de Wob/Woo

Inleiding

De informatiepositie van een verliezende inschrijver op een aanbesteding wiens bezwaren tegen de gunningsbeslissing samenhangen met de inschrijving van de winnaar, is precair. Hij is sterk afhankelijk van de informatie die de aanbestedende dienst hem heeft verstrekt en hetgeen uit openbare bronnen kenbaar is. Het Wob-verzoek dat de verliezende inschrijver in de geannoteerde uitspraak indiende, is een van de middelen die een afgewezen inschrijver kan inzetten om informatie over de inschrijving van de winnende inschrijver te verkrijgen. In deze noot staat centraal hoe een Wob-verzoek (vanaf 1 mei 2022 een Woo-verzoek; daarover later meer) zich verhoudt tot de bescherming van gegevens van een inschrijver op basis van de Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.57 Aw 2012). Tevens wordt ingegaan op de betekenis van Europese jurisprudentie voor de wijze waarop een Wob/Woo-verzoek moet worden beoordeeld.

Een informatieverzoek in het licht van artikel 2.57 Aw 2012

Een informatieverzoek dat door een (verliezende) inschrijver bij een bestuursorgaan wordt ingediend en dat ziet op informatie die onderdeel is van een aanbestedingsprocedure, kan (deels) afstuiten op de vertrouwelijkheid en concurrentiegevoeligheid daarvan. Gegevens mogen namelijk niet openbaar worden gemaakt als een inschrijver deze als vertrouwelijk heeft verstrekt of als de informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen (artikel 2.57 lid 1 en 2 Aw 2012).¹

Artikel 2.57 Aw 2012 prevaleerde boven de Wet openbaarheid van bestuur (Wob).² De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('de Afdeling') oordeelde reeds in 2013 dat artikel 2.57 Aw 2012 zich als *lex specialis* tot de Wob verhoudt.³ Alleen indien op grond van de Aanbestedingswet geen weigeringsgronden bestaan, werd het verzoek aan de regels in de Wob getoetst.

Op 1 mei 2022 is de Wob ingetrokken en is de Wet open overheid (Woo) grotendeels in werking getreden.⁴ De Woo bevat het toetsingskader voor Woo-verzoeken die na inwerkingtreding van deze wet zijn ingediend, maar ook voor Wob-verzoeken die vóór 1 mei 2022 zijn ingediend en waarop na die datum een beslissing wordt genomen. De Woo kent namelijk geen overgangsrecht. De

Afdeling heeft dit in meerdere uitspraken ook bevestigd.⁵

De Woo laat het toetsingskader voor informatieverzoeken met betrekking tot stukken die vallen onder de reikwijdte van artikel 2.57 Aw 2012 ongewijzigd. Ook ten opzichte van de Woo is de regeling in de Aanbestedingswet derogerend.⁶ In de toelichting op de Woo is expliciet bepaald dat de Aanbestedingswet 2012 een eigen openbaar-makingsregime kent, zodat de verplichtingen tot actieve openbaarmaking (artikel 3.3 Woo) en openbaarmaking op verzoek (artikel 4.1 Woo) niet gelden als het gaat om door een ondernemer als vertrouwelijk aangemerkte informatie.⁷ Hetzelfde geldt voor informatie die kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen. Hiermee doet de wetgever recht aan de bijzondere aard van de aanbestedingsprocedure, waarin inschrijvers vertrouwelijke, concurrentiegevoelige informatie aan aanbesteders verstrekken.

De rechtbank Noord-Holland hanteert gelet op het voorgaande terecht artikel 2.57 Aw 2012 als toetsingskader. Ten aanzien van een specifiek document (document 20) oordeelt de rechtbank dat het document niet kan worden verstrekt, omdat het stuk vertrouwelijke (bedrijfs)informatie bevat en de informatie gebruikt kan worden om de mededinging te vervalsen.⁸ De uitspraak laat in het midden of het gaat om informatie die de verzoek-

1 Met die informatie worden met name 'fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen' bedoeld; *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 69 (MvT) en artikel 21 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU.

2 *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 69. Zie tevens de rechtbank in de geannoteerde uitspraak, Rb. Noord-Holland 19 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3310, r.o. 9.3.

3 ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888, r.o. 3.1. Bevestigd in ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1808, r.o. 3.3 en 3.4. Als artikel 2.57 Aw 2012 geen weigeringsgrond oplevert, dan moet een verzoek aan de Wob worden getoetst; Rb. Limburg 21 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1300, r.o. 14.

4 De Wob is per 1 mei 2022 ingetrokken o.g.v. artikel 10.1 Woo. De Woo is m.u.v. de verplichting tot actieve openbaarmaking per 1 mei 2022 in werking getreden; Stb. 2021/499 en 500 en zie de artikelen 3.3 lid 1 en 2 jo. artikel 10.3 lid 1 en 2 Woo.

5 Zie bijv. ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1223, r.o. 11 en ABRvS 22 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1743, r.o. 1.2.

6 Onder de Woo volgt dit uit (de bijlage bij) artikel 8.8 Woo, aanhef en onder de eerste bullet.

7 *Kamerstukken II* 2018/19, 35112, nr. 3 (herdruk), p. 17. Blijkens de toelichting op de Woo gaat de wetgever ervan uit dat "het aanbestedingstraject op zichzelf transparant moet zijn, maar dat de uiteindelijk overeengekomen prijs uit concurrentieoverwegingen niet openbaar mag zijn". In civielrechtelijke aanbestedingskort gedingen wordt hier wisselend mee omgegaan. Er zijn rechters die oordelen dat de prijs wél bekendgemaakt moet worden (bijv. Hof 's-Hertogenbosch (vzr.) 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943, r.o. 6.23) en rechters die oordelen dat prijs vertrouwelijk/geheim moet blijven (bijv. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5272 en Rb. Rotterdam (vzr.) 28 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1708).

8 Rb. Noord-Holland 19 april 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:3310, r.o. 9.4.2 en 9.5.

ker in het kader van de aanbestedingsprocedure vertrouwelijk aan verweerder heeft verstrekt. Ook al zou daarvan geen sprake zijn, dan maakt dat in dit geval niet uit. De vaststelling dat de informatie gebruikt kan worden om de mededinging te vervalsen, is immers een zelfstandige grond om de informatie niet openbaar te maken (artikel 2.57 lid 2 Aw 2012).

De beperking van het recht op (bescherming van) informatie

Het doel van de Woo is een transparante en actief openbaar makende overheid.⁹ Artikel 2.57 Aw 2012 staat hiermee op gespannen voet, omdat die bepaling ‘de overheid’ juist verbiedt bepaalde informatie openbaar te maken en daarmee actieve openbaarmaking tegengaat. Een aanbestedende dienst mag de vertrouwelijke aspecten van een inschrijving in beginsel niet bekendmaken, aldus het Europese Hof van Justitie.¹⁰ Het is aan de inschrijver wiens gegevens het betreft om het vertrouwelijke karakter van de informatie aan te tonen.¹¹ Vervolgens is het aan het bestuursorgaan waar (als gevolg van een informatieverzoek) de vraag voorligt of bepaalde gegevens aan de verzoeker moeten worden medegedeeld, om de gevraagde informatie op vertrouwelijkheid te beoordelen. Daarbij moet het belang van de inschrijver die de informatie heeft verstrekt bij bescherming van die gegevens en het belang van de inschrijver die de toegang tot de informatie wenst, tegen elkaar worden afgewogen.¹² Hoewel uit de tekst van artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 lijkt te volgen dat alle informatie die een inschrijver als vertrouwelijk heeft verstrekt ook als zodanig moet worden behandeld, ligt dat dus genuanceerder.¹³

In menig aanbestedingsdocument is een passage opgenomen dat alle door inschrijvers verstrekte informatie vertrouwelijk wordt behandeld en dat inschrijvers door in te schrijven akkoord gaan met hetgeen in de aanbestedingsstukken is gesteld. Ons inziens heeft deze passage en “instemming” weinig meerwaarde in de beoordeling van een Woo-verzoek door de bestuursrechter. Bepalend daarvoor is dat een dergelijke passage in principe nog ruimte laat voor de uitleg dat onder vertrouwelijke behandeling (nog steeds) wordt verstaan dat een beoordeling en afweging wordt gemaakt waarna bedrijfsvertrouwelijke informatie niet openbaar wordt gemaakt. Daarnaast kan eenieder een Woo-verzoek indienen. Ook iemand zonder belang, zodat verdedigbaar is dat daaronder ook wordt verstaan iemand die zijn rechtsoverdracht daartoe heeft prijsgegeven door in te stemmen. Zou het bestuursorgaan een informatieverzoek op die grond afwijzen, dan leidt dat bovendien tot een onwenselijke praktijk waarbij een Woo-verzoeker die op de betreffende aanbesteding heeft ingeschreven, geen of minder informatie ontvangt dan een Woo-verzoeker die niet bij de aanbesteding is betrokken. Een dergelijke belemmering is bovendien eenvoudig te omzeilen door als afgewezen inschrijver een andere (rechts)persoon (die niet met de aanbesteding heeft meegedaan) het Woo-verzoek te laten indienen.

Met de hiervoor besproken afweging van belangen in lijn is het oordeel van het Hof dat de verplichting voor een aanbestedende dienst om een afwijzingsmededeling te motiveren, niet tot gevolg heeft dat de afgewezen inschrijver over volledige informatie betreffende de kenmerken van de door de aanbestedende dienst gekozen offerte moet kunnen beschikken. Voor zover mogelijk en voor zover die mededeling de vertrouwelijkheid niet schaadt, moet op neutrale wijze de essentie van de inhoud ervan worden medegedeeld aan de inschrijver die erom verzoekt.¹⁴ Wordt tegen een Wob/Woo-besluit beroep ingesteld, dan dient de bestuursrechter evenals het betrokken bestuursorgaan de belangen af te wegen van de verzoeker en van de inschrijver die de

9 *Kamerstukken II* 2018/19, 35112, nr. 3 (herdruk), p. 1.

10 HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, punt 101 (Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras).

11 HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, punt 117-119 (Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras).

12 HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, punt 137 (Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras).

13 Anders: C.N. van der Sluis, ‘De bijzondere regeling van de Aanbestedingswet 2012 in verhouding tot de Wet openbaarheid van bestuur’, Gst. 2015/133, punt 5: “Het eerste lid (TvW/MJ: van artikel 2.57 Aw 2012) heeft een duidelijk kader voor de door de onderneming vertrouwelijk aangeleverde informatie. Der-

gelijke informatie wordt niet verstrekt, geen discussie mogelijk.”

14 HvJ EU 15 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:601, punt 112, 123 (Commissie/Landesbank Baden-Württemberg).

informatie heeft verstrekt. Ingevolge het beginsel van hoor en wederhoor hebben de procespartijen en in de regel het recht kennis te nemen van de bewijzen en de opmerkingen die aan de rechter zijn voorgelegd, maar dat recht kan met het oog op de belangen van derden (lees hier: de inschrijver wiens informatie het betreft) worden beperkt.¹⁵ Uit het beginsel van hoor en wederhoor vloeit dus voor een Wob/Woo-verzoeker niet het recht voort op onvoorwaardelijke en onbeperkte toegang tot alle beschikbare informatie.¹⁶ Sinds kort bestaat hiervoor een duidelijke wettelijke grondslag. Inzake een beroep tegen een besluit op grond van de Wob/Woo neemt uitsluitend de bestuursrechter kennis van de stukken waarvan op grond van de Wob/Woo om openbaarmaking of verstrekking is verzocht (artikel 8:29 lid 6 Awb).

Motiveringseisen

Afsluitend merken wij op dat het besluit om bepaalde informatie al dan niet te verstrekken moet worden gemotiveerd, zodat belanghebbenden hun rechtspositie goed kunnen bepalen.¹⁷ Voor zover bekend bevatte het besluit dat in de geannoteerde uitspraak centraal staat geen motiveringsgebrek, maar dat gaat niet altijd goed. De rechtbank Limburg oordeelde onlangs dat de gemeente Venlo tekortschoot in de motivering van een besluit op een Wob-verzoek, omdat niet specifiek werd genoemd welke stukken onder de reikwijdte van artikel 2.57 Aw 2012 zouden vallen.¹⁸ Ook is het noodzakelijk om te motiveren waarom de stukken niet openbaar worden gemaakt.¹⁹ Een algemene verwijzing naar artikel 2.57 Aw 2012 volstaat dus niet.

Conclusies

Samengevat komen wij tot de volgende conclusies over de positie van artikel 2.57 Aw 2012 binnen Wob- en Woo-procedures:

- Artikel 2.57 Aw 2012 prevaleert boven de Wob/Woo voor informatieverzoeken met betrekking tot stukken die vallen onder de reikwijdte van artikel 2.57 Aw 2012. Alleen als op grond van de Aanbestedingswet geen weigeringsgronden bestaan, wordt een informatieverzoek aan de Wob/Woo getoetst.
- Het belang van een afgewezen inschrijver die een Woo-verzoek indient, moet worden afgewogen tegen het recht van de concurrent (winnende inschrijver) op bescherming van zijn vertrouwelijke informatie.
- Komt een Wob/Woo-verzoeker in beroep op tegen een Wob/Woo-besluit, dan bestaat er voor hem geen recht op onvoorwaardelijke en onbeperkte toegang tot alle beschikbare informatie. Bij een dergelijke beroepsprocedure neemt uitsluitend de bestuursrechter kennis van de stukken waarop het Woo-verzoek ziet.
- Het besluit om bepaalde informatie niet te verstrekken moet worden gemotiveerd en duidelijk moet zijn welke documenten onder de reikwijdte van artikel 2.57 Aw 2012 vallen.

mr. M. Jonkers
advocaat bij Dirkwager legal & tax

mr. T. van Wijk
advocaat bij Dirkwager legal & tax

15 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91, punt 47 (Varec). Het beginsel van hoor en wederhoor vindt grondslag in artikel 6 EVRM (punt 45).

16 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91, punt 51 (Varec).

17 HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, punt 120 (Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras).

18 Rb. Limburg 21 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1300, r.o. 10.2.

19 Idem.

105

Geen ongeldig verklaring winnende inschrijving

Rechtbank Den Haag
20 april 2022, C-09-624568-KG ZA 22-95,
ECLI:NL:RBDHA:2022:3615
(mr. H.J. Vetter)

Heraanbesteding. Knock-out criteria. (On-) geldigheid inschrijving. Rechtsverwerking. Referentie-eisen. Uitsluiting. Vertrouwelijke informatie.

[Aw 2012 art. 2.57; Rv art. 843a]

Een aantal gemeenten (hierna: de gemeenten) heeft een Europese openbare aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de inkoop van een meetinstrument waarmee met het oog op het vaststellen van de hoogte van loonkostensubsidies de loonwaarde van een werknemer met een arbeidsbeperking kan worden bepaald. Dariuz en CompetenSYS hebben tijdig een inschrijving ingediend. De gemeenten hebben aan Dariuz bericht dat de Opdracht voorlopig wordt gegund aan CompetenSYS.

Nadat Dariuz bezwaar had gemaakt tegen de voorlopige gunningsbeslissing van de gemeenten, heeft zij onderhavige kortgedingprocedure aanhangig gemaakt. Primair vordert Dariuz de gemeenten te gebieden de gunningsbeslissing in te trekken en de opdracht aan Dariuz te gunnen. Subsidiair vordert Dariuz de gemeenten te gebieden een heraanbesteding te organiseren.

De primaire vordering van Dariuz is gestoeld op enerzijds de stelling dat de inschrijving van CompetenSYS ongeldig moet worden verklaard vanwege het niet voldoen aan de knock-out-eisen 4, 18 en 26 uit hoofdstuk 8 van de Aanbestedingsleidraad en anderzijds de stelling dat CompetenSYS niet voor gunning in aanmerking kan komen omdat door haar niet wordt voldaan aan de geschiktheidseisen C1 en C3. Ter onderbouwing van haar subsidiaire vordering stelt Dariuz dat de voorlopige gunningsbeslissing niet in stand kan blijven omdat de aanbestedingsvoorwaarden 'laattijdig' zijn gewijzigd

Beoordeling van het geschil

Beoordeeld moet worden of er op grond van hetgeen door Dariuz is aangevoerd aanleiding bestaat om in te grijpen in de onderhavige aanbestedingsprocedure. Hoewel de subsidiaire vordering strekt tot heraanbesteding en daarmee door Dariuz een meer verstrekkend rechtsgevolg wordt beoogd dan met de primair door haar gevorderde intrekking van de gunningsbeslissing en gunning van de Opdracht aan Dariuz, zal de voorzieningenrechter hierna de vorderingen bespreken in de volgorde waarin Dariuz deze heeft ingesteld.

De primaire vordering is naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter op geen van de aangevoerde gronden toewijsbaar. Vooropgesteld wordt dat de beoordeling van de inschrijvingen is voorbehouden aan de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst mag in het kader van die beoordeling in beginsel uitgaan van de juistheid van (verklaringen van de inschrijver in) de inschrijvingen. Pas in geval van gerede twijfel aan een gestelde eis wordt voldaan, rust op de aanbestedende dienst de verplichting om ter zake nader onderzoek te verrichten. Met het indienen van haar inschrijving heeft CompetenSYS verklaard dat zij voldoet aan alle in de Aanbestedingsleidraad gestelde eisen. Volgens de gemeenten voldoet de inschrijving van CompetenSYS aan de knock-out-eisen 4, 18 en 26 uit hoofdstuk 8 van de Aanbestedingsleidraad en is er in dit verband van gerede twijfel geen sprake. Niettemin hebben de gemeenten een externe commissie van het Arbeidsdeskundig Kennis Centrum (AKC) verzocht te beoordelen of het loonwaarderapport van CompetenSYS, voldoet aan de vigerende wet- en regelgeving. De gemeenten zijn hiermee - in hun visie onverplicht - dus overgegaan tot het verrichten van het door Dariuz verlangde verificatieonderzoek. De gemeenten hebben naar het oordeel van de voorzieningenrechter met de uitkomsten van dit onderzoek genoegzaam mogen nemen. Het is aan Dariuz om voldoende concrete feiten of omstandigheden aan te dragen, waaruit blijkt van gerede twijfel aan de juistheid van de conclusie van het onderzoek. Dariuz is daar niet in geslaagd.

Dariuz kan evenmin worden gevolgd in haar betoog dat CompetenSYS moet worden uitgesloten omdat zij niet voldoet aan de referentie-eisen C1 en C3. De gemeenten dienden aan de hand van de