



Mr. L.C. van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

Inleiding¹

1. Over aanbestedingen wordt veelvuldig geprocedeerd. Een korte blik op rechtspraak.nl levert voor 2009 al 292 gepubliceerde uitspraken op die op aanbestedingen betrekking hadden. Over de eerste vijf maanden van dit jaar staat het aantal op die wijze gepubliceerde uitspraken op 112.² Het voortduren van de economische crisis (waarbij de verwachtingen voor de bouwsector nog somber zijn) draagt daar zeker aan bij. Waar er sprake is van werkschaarste wordt de uitkomst van aanbestedingsprocedures voor marktpartijen steeds belangrijker. Vaak wordt er dan ook op het scherpst van de snede geprocedeerd om alsnog kans te maken op een opdracht. In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op één van de aspecten van die geschillen en wel op de zogenoemde 'fishing expedition'.

2. Van een 'fishing expedition'³ is vooral sprake in aanbestedingsgeschillen waarin de inzet is dat een inschrijver meent dat zijn concurrent niet voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen of dat er ten aanzien van die concurrent zich een uitsluitingsgrond voordoet.⁴ Wanneer die inschrijver daartoe onvoldoende feitelijke informatie kan aanvoeren om aan zijn stelplicht als eisende partij te voldoen, kan hij trachten die informatie van de aanbesteder te verkrijgen. Waar dit op gespannen voet staat met het niet aan concurrenten verschaffen van bedrijfsgevoelige informatie wordt wel van een 'fishing expedition' gesproken.

Bedrijfsvertrouwelijke informatie in aanbestedingen

3. In het kader van aanbestedingen moeten inschrijvers doorgaans veel informatie indienen. Enerzijds dienen zij aan de aanbesteder aan te tonen dat zij voldoende kennis en kunde en financiële middelen in huis hebben om de opdracht aan te kunnen. Anderzijds dienen zij vaak in het kader van de gunningcriteria of de dialoog met de opdrachtgever oplossingen – indien het gunningcriterium dat van de economisch meest voordelige inschrijving is – aan te dragen. Deze informatie bevat in feite het curriculum vitae van de onderneming en laat ook de nodige kennis en kunde van de onderneming zien. Waar deze informatie niet alleen essentieel is om inschrijvers en inschrijvingen te kunnen beoordelen maar ook om vast te stellen of de aanbesteder zijn eigen criteria wel consequent heeft toegepast, is deze informatie ook voor concurrenten van belang in het kader van een effectieve rechtsbescherming bij aanbestedingen. Daarbij is echter sprake van een spanningsveld tussen enerzijds de doelstelling van een effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken en anderzijds het vertrouwelijk houden van vertrouwelijke informatie van inschrijvers.

4. In artikel 6 Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO) wordt een regeling gegeven voor dit spanningsveld. Die regeling luidt:

'Onverminderd de artikelen 29, 35, 36 en 41 en met inachtneming van de Wet openbaarheid van bestuur maakt een aanbestedende dienst de vertrouwelijke informatie die hem door de ondernemer is verstrekt niet openbaar.'

Deze regeling wordt nog aangevuld in artikel 35 lid 17⁵ en artikel 41 lid 5 BAO. Die artikelen zien op de aankondigingen die de aanbesteder in het kader van een aanbesteding moet doen, vooral op de aankondiging van de gunning zelf. Kort gezegd komen deze regelingen erop neer dat de aanbesteder van de mededeling van be-

paalde gegevens betreffende de gunning af kan zien indien bekendmaking – onder meer – de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden of afbreuk zou doen aan de eerlijke mededinging.

5. De regelingen van artikel 35 lid 17 en artikel 41 lid 5 BAO lijken wat overbodig nu artikel 6 BAO immers al bepaalt dat dat wat vertrouwelijk aan de aanbesteder ter hand is gesteld, vertrouwelijk moet blijven. Daarmee zouden de gerechtvaardigde commerciële belangen van de inschrijvers al gedekt moeten zijn. Onduidelijk is immers welk gerechtvaardigd commercieel belang geschonden wordt door de mededeling – door de aanbesteder aan derden – van informatie die nimmer vertrouwelijk is medege-deeld.

6. Een complicatie schuilt verder in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). In een uitspraak van 14 april 2010⁶ oordeelde de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State namelijk dat nu het BAO geen wet in formele zin maar een AMvB is, de Wob niet voor het BAO wijkt. Hoewel op zich artikel 6 BAO dat zelf ook al impliceert, kan een aanbesteder ter afwering van een verzoek om informatie op grond van de Wob dus niet naar het BAO verwijzen. Hoofddregel van de Wob is dat informatie op verzoek wordt verstrekt tenzij zich een uitzonderingsgrond voordoet als genoemd in de Wob. Voor aanbestedingszaken zijn met name artikel 10 lid 1 onder a en lid 2 onder g Wob van belang. De eerste regeling ziet op bedrijfs- en fabricagegegevens die door personen vertrouwelijk aan de overheid zijn medege-deeld. De tweede op de situatie waarin het belang bij bekendmaking niet opweegt tegen het voorkomen van onevenredige bevor- of benadeling van derden.

7. De regels lijken dus te zijn dat onder het BAO alles wat door inschrijvers vertrouwelijk wordt medege-deeld aan een aanbesteder in het kader van een aanbesteding vertrouwelijk blijft, waarbij op grond van de Wob echter wel sprake dient te zijn

van bedrijfs- en fabricagegegevens of van gegevens waarvan publicatie onevenredig nadelig zou zijn voor de verstrekker. Daarbij rijst de vraag wat dan wel als vertrouwelijk verstrekte gegevens moet worden aangemerkt.

8. Deze vraag is in de rechtspraak veelvuldig aan de orde geweest. Op Europees niveau is er het arrest *Varec*⁷ waarin werd geoordeeld:

‘...dat de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instantie in de zin van voornoemd artikel 1, lid 1, de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen moet waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervaardigd door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende dienst, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het staat aan deze instantie om te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en, in het geval van een beroep bij een rechter of bij een instantie die een gerecht is in de zin van artikel 234 EG, met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.’

9. Dit arrest laat een grote rol aan de beroepsinstantie/rechter. In aanbestedingsgeschillen is dat doorgaans de voorzieningenrechter. Recent oordeelde de Rechtbank Den Bosch (Voorzieningenrechter)⁸ over een vordering tot inzage bewijsstukken die het voldoen aan ervaringseisen zouden moeten rechtvaardigen:

‘Los van het feit dat deze vordering te vaag geformuleerd is, is een dergelijke ruime controlebevoegdheid, hoewel de voorzieningenrechter kan begrijpen dat [eiseres] deze graag zou hebben, in casu niet gerechtvaardigd. Daar komt nog bij dat voor de door

[eiseres] gevorderde informatie geldt dat deze naar zijn aard zeer concurrentiegevoelig kan zijn en bekendmaking daarvan zou dan ook afbreuk kunnen doen aan de commerciële belangen van [inschrijver]. Voorts is de eerlijke mededinging erbij gebaat dat inschrijvers niet op de hoogte zijn van het marktgedrag van hun concurrenten.’

10. Deze overweging komt in veel vonnissen voor (vaak in vrijwel dezelfde bewoordingen).⁹ Daarbij wordt vaak eerst geconstateerd dat de eiser in kwestie onvoldoende gesteld heeft om aan te nemen dat er fouten gemaakt waren bij de beoordeling van de inschrijving van de concurrent. Ook in een groot aantal andere uitspraken kwamen voorzieningenrechters tot het oordeel dat een inschrijver in beginsel geen recht heeft op de door zijn concurrent in het kader van een aanbesteding ingediende gegevens.¹⁰ Steeds is daarbij de overweging dat een inschrijver die inschrijvingsgegevens van een concurrent wil inzien eerst aannemelijk moet maken dat er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat de beoordeling van die gegevens door de aanbesteder onjuist is. Overigens komen voorzieningenrechters in het algemeen ook tot die slotsom indien inschrijvers de weg van artikel 843a Rv kiezen en inzage in stukken vorderen.¹¹

Slotsom

11. De rechtspraak laat zien dat ‘fishing expeditions’ slechts zeer zelden succesvol zijn. Daarbij lijkt zeer snel te worden aangenomen dat gegevens vertrouwelijk worden overgelegd aan de aanbesteder. Merkwaardig is daarbij dat door de rechter vrijwel altijd gebruikgemaakt wordt van de weg van de belangenafweging in die zin dat geoordeeld wordt dat gegevens vertrouwelijk moeten blijven nu niet is aangetoond dat de beoordeling daarvan door de aanbesteder gebreken vertoont. De merkwaardigheid ligt daarin dat gegevens ofwel vertrouwelijk zijn (en dan op grond van arti-

kel 10 lid 1 onder a Wob en artikel 6 BAO al bescherming verdienen) ofwel dat niet zijn. Aan de afweging van de belangen van inschrijvers zou dan eigenlijk niet meer toegekomen moeten worden. Waar het arrest *Varec* (en ook de recent ingevoerde Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteden (Wira)) laten zien dat er wel sprake dient te zijn van een effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken en die rechtsbescherming vaak een bepaald kennisniveau over de mede-inschrijvers vereist, valt vanuit een praktisch oogpunt echter veel voor de benadering van de rechter te zeggen.

1. Voor de totstandkoming van deze bijdrage ben ik dank verschuldigd aan mr. M.J. Bruis.
2. Het betreft hier uitspraken van de civiele rechter. Van aanbestedingsuitspraken in arbitrage is nauwelijks sprake meer.
3. Door de Rb. Den Haag buiten het aanbestedingsrecht ook wel ‘Visexpeditie’ genoemd, zie Rb. Den Haag 24 mei 2007, *LJN* BA6044.
4. Een ‘fishing expedition’ kan ook zien op het achterhalen van de inschrijving van de concurrent.
5. Deze bepaling is door de regelgever van het Aanbestedingsreglement werken 2005 (ARW 2005) overigens grotendeels gekopieerd in artikel 2.29.9 (voor de openbare procedure).
6. *LJN* BM1054.
7. HvJ EG 14 februari 2008, zaak C-450/06; zie ook E. Meijer in *Tender Nieuwsbrief* juni 2008.
8. Rb. Den Bosch (vzr.) 14 april 2010, rolnummer 208226/KG ZA 10-129 (n.n.g.).
9. Vgl. Rb. Leeuwarden (vzr.) 14 september 2009, *LJN* BJ8523, Rb. Maastricht (vzr.) 10 april 2009, *LJN* BI0957.
10. Vgl. bijv. Rb. Den Haag 4 april 2008, *LJN* BD3223, Rb. Den Haag 22 april 2008, *LJN* BD3226.
11. Vgl. bijv. Rb. Dordrecht (vzr.) 12 maart 2009, *LJN* BH5742 en Rb. Amsterdam (vzr.) 28 maart 2007, *LJN* BG3882. Overigens is de weg naar die slotsom op grond van dit artikel wel vaak een andere (in het kader van aanbestedingen worden niet één maar meerdere rechtsverhoudingen verondersteld waardoor niet aan de eisen van art. 843a Rv wordt voldaan). In het kader van deze bijdrage blijft dit verder onbesproken.