

> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

**Commissie
Bedrijfsjuridisch Advies**
Secretariaat
Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag

Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Kenmerk
CBA- 126

Datum 18 november 2021
Betreft Adviesaanvraag inzake Openbaar maken van informatie-
Rijkscontracten

Aanleiding en vraagstelling

In verband met het recente rapport van de Open State Foundation (OSF) over het openbaar maken van inkoopdata en -informatie en de beleidsreactie hierop van de CPO Rijk, is de CBA om advies gevraagd over het openbaar maken van contractinformatie. De vraag is voorgelegd, rekening houdend met de overgang van de Wob naar de Woo, na te gaan wat de juridische effecten zijn als door de categoriemanagers afgesloten Rijkscontracten (dan wel de prijzen van de winnende aanbieder in deze contracten) openbaar worden gemaakt. Verder is kort samengevat gevraagd welke contractdata op basis van de vigerende wet- en regelgeving wel of niet openbaar mag worden gemaakt.

Naast de beantwoording van de hoofdvraag – waarbij de CBA opmerkt dat het advies op rijksinkoopcontracten in het algemeen van toepassing is en niet alleen op contracten afgesloten in het kader van categoriemanagement –, zijn er nog twee deelvragen die relevant zijn voor dit advies. In dit advies worden daarom achtereenvolgens de volgende vragen beantwoord.

Deelvragen

- Wat zijn de relevante juridische kaders bij het beoordelen of het openbaar maken van (gegevens uit) rijksinkoopcontracten mag plaatsvinden?
- Is er een plicht tot het openbaar maken van (gegevens uit) rijksinkoopcontracten?

Hoofdvraag

- Wat zijn de juridische effecten van het openbaar maken van (gegevens uit) rijksinkoopcontracten?

Deze vragen zijn hieronder van advies voorzien.

Advies

1. *Wat zijn de relevante juridische kaders bij het beoordelen of het openbaar maken van (gegevens uit) rijksinkoopcontracten mag plaatsvinden?*

Algemeen

Informatie die bij de (Rijks)overheid berust, kan langs twee wegen openbaar worden gemaakt: i) uit eigener beweging (actieve openbaarmaking) of ii) op verzoek (passieve openbaarmaking). Bij de wens om (meer gegevens uit) rijksinkoopcontracten uit eigener beweging openbaar te maken, is sprake van actieve openbaarmaking.

Bij zowel actieve als passieve openbaarmaking wordt eerst beoordeeld of er sprake is van wettelijke voorschriften die iets over het al dan niet openbaar maken/delen van informatie zeggen. Indien een dergelijk voorschrift (bijzondere openbaarmakingsregeling) er niet is of daar geen (geslaagd) beroep op kan worden gedaan, geldt op het moment van uitbrengen van dit advies het juridisch kader van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) en worden bij het beoordelen of documenten openbaar mogen worden gemaakt de weigeringsgronden van de Wob toegepast. Op 5 oktober 2021 heeft de Eerste Kamer het initiatiefvoorstel Wet open overheid (Woo) aangenomen en deze treedt op 1 mei 2022 in werking¹. De Woo vervangt de Wob en regelt een verbreding van de actieve informatieplicht. Voor het al dan niet (actief of passief) openbaar maken van gegevens uit rijksinkoopcontracten wijzigt er met het inwerkingtreden van de Woo echter niets ten opzichte van de huidige Wob.

Tot slot geldt voor reeds openbare informatie ook de Wet hergebruik overheidsinformatie (Who). Overheidsinformatie is met een bepaald doel geproduceerd (gecreëerd, verzameld, vermenigvuldigd of verspreid), namelijk ter vervulling van de publieke taak van een bepaalde instelling. Deze informatie kan ook worden gebruikt door natuurlijke personen of rechtspersonen voor commerciële of niet-commerciële doeleinden, anders dan het oorspronkelijke doel, waarin is geregeld op welke wijze. Dat heet hergebruik van overheidsinformatie.

De Aanbestedingswet 2012

Relevant voor rijksinkoopcontracten is de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012), waarbij artikel 2.57 van de Aw 2012 (en de daaraan gerelateerde artikelen 2.104 en 2.138 van de Aw 2012) als bijzondere openbaarmakingsregeling geldt. Dit betekent dat de Aw 2012 voorrang heeft op de (openbaarmakingsregeling van de) Wob of de Woo. Ten aanzien van inkopen/aanbestedingen waarop de Aw 2012 niet van toepassing is (bijv. opdrachten met een geraamde waarde onder de Europese drempelbedragen) of indien er ook anderszins geen (geslaagd) beroep op artikel 2.57 van de Aw 2012 kan worden gedaan², geldt het kader van openbaarmaking zoals neergelegd in de Wob of de Woo.

Een aanbestedende dienst maakt informatie die hem door een ondernemer in het kader van een aanbesteding vertrouwelijk is verstrekt in beginsel³ niet openbaar (artikel 2.57 lid 1 van de Aw 2012).⁴

Een aanbestedende dienst maakt daarnaast geen informatie openbaar uit

¹ [Staatsblad 2021, 499 | Overheid.nl > Officiële bekendmakingen \(officielebekendmakingen.nl\)](#).

² Zie bijv. uitspraak Rechtbank Midden-Nederland (29 juli 2021), ECLI:NL:RBMNE:2021:3882, r.o. 7.

³ Zie bijvoorbeeld HvJ EU van 7 september 2021, Klaipedos, ECLI:EU:C:2021:700.

⁴ Artikel 2.57 (en de daaraan gerelateerde artikelen 2.104 en 2.138) van de Aw 2012 is opgenomen in deel 2 van deze wet en ziet dus alleen op aanbestedingen die onder deel 2 van de Aw 2012 vallen.

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 (artikel 2.57 lid 2 van de Aw 2012).

De aanbestedende dienst maakt bepaalde gegevens betreffende het afwijzen en uitsluiten van betrokken gegadigden en inschrijvers, alsmede betreffende het gunnen van een overheidsopdracht niet bekend, indien het openbaar maken van die gegevens:

- a. in strijd zou zijn met enig wettelijk voorschrift;
- b. in strijd zou zijn met het openbaar belang;
- c. de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou kunnen schaden;
- d. afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers (artikelen 2.104 en 2.138 van de Aw 2012).

De Wob/Woo en het openbaar maken van informatie

Het uitgangspunt onder de Wob/Woo is dat overheidsinformatie openbaar is, "tenzij...". In de Woo is een algemene inspanningsverplichting opgenomen om informatie actief openbaar te maken en daarnaast geldt een plicht tot actieve openbaarmaking voor bepaalde categorieën van informatie. Het actief (en ook passief) openbaar maken van informatie blijft onder bepaalde in de Wob/Woo genoemde omstandigheden achterwege. Deze omstandigheden zijn opgenomen in artikel 10 en 11 van de Wob/artikel 5.1 en 5.2 van de Woo (weigeringsgronden Wob/Woo).

De voor gegevens uit rijksinkoopcontracten meest relevante artikelen om bepaalde informatie niet openbaar te maken, zijn i) artikel 10.1.c van de Wob (bedrijfs- of fabricagegegevens⁵ die vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld), ii) artikel 10.2.b van de Wob (financiële of economische belangen van de Staat) en iii) artikel 10.2.g van de Wob (onevenredige benadeling van bij de aangelegenheid betrokkenen). Soortgelijke weigeringsgronden zijn ook in artikel 5.1 van de Woo opgenomen.

In de praktijk moet bij het openbaar maken van gegevens altijd van geval tot geval of van gegeven tot gegeven worden bezien of de betreffende informatie openbaar kan worden gemaakt. Als bijvoorbeeld in een bepaalde inkoopprocedure door een marktpartij vertrouwelijk bedrijfsgegevens zijn overgelegd en opgenomen in (een bijlage bij) het contract, dan wordt die informatie in beginsel niet openbaar gemaakt. Er is onder de Wob/Woo sprake van een absolute weigeringsgrond en er vindt geen belangenafweging plaats. Bij de andere weigeringsgronden dient wel een afweging plaats te vinden tussen het belang van openbaarmaking enerzijds en het belang van weigering anderzijds.

Zoals hiervoor al aangegeven, geldt ook voor informatie die op grond van de Who wordt opgevraagd, dat de weigeringsgronden van de Wob dienen te worden toegepast indien de informatie niet reeds openbaar is.

⁵ In het kader van de Wob wordt het begrip bedrijfs- of fabricagegegevens redelijk restrictief geïnterpreteerd en gedefinieerd als '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 afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers'.

2. Is er een plicht tot het openbaar maken van (gegevens uit) rijksinkoopcontracten?

De Aw 2012 bevat – zoals hierboven onder vraag 1 al behandeld – geen juridische verplichting tot het openbaar maken van (gegevens uit) rijksinkoopcontracten. Wat betreft de Wob/Woo is actieve openbaarmaking van informatie geregeld in artikel 8 van de Wob/Hoofdstuk 3 van de Woo. Op het openbaar maken van gegevens uit aanbestedingen/inkopen waarop artikel 2.57 van de Aw 2012 niet van toepassing is of daar geen (geslaagd) beroep op kan worden gedaan, dienen de in de Wob/Woo neergelegde kaders in acht te worden genomen.

Zowel de Wob als de Woo voorzien niet in een verplichting om actief tot het openbaar maken van rijksinkoopcontracten over te gaan. De Woo verplicht weliswaar tot veel verdergaande actieve openbaarmaking (artikel 3.3 van de Woo), maar daaronder vallen niet de rijksinkoopcontracten.

Verzoeken tot hergebruik van overheidsinformatie worden afgewezen als het gaat om informatie die niet openbaar is of niet openbaar kan worden gemaakt. Voor informatie die niet openbaar kan worden gemaakt, wordt getoetst aan de weigeringsgronden in de Wob.

Voor wat betreft de verplichtingen in de Europese Richtlijn 2019/1024 inzake open data en hergebruik van informatie (Open data Act), geldt dat deze in Nederland nog moet worden geïmplementeerd. Dat zal gebeuren door een aanpassing in de Who, waarbij nog specifiek wordt bepaald welke open data voor hergebruik in aanmerking komen. Maar ook voor die aanpassing geldt dat bedrijfsgevoelige informatie beschermd blijft.

De Europese Data Governance Act (verordening) is een wetgevend voorstel uit de Europese datastrategie en heeft als doel om databeschikbaarheid in de Europese Unie (EU) te faciliteren door het vertrouwen in datatussenpersonen te vergroten en datadeelmechanismen in de EU te versterken. Dit is nog een voorstel en lijkt niet te leiden tot wijziging van verplichtingen rondom het (actief of passief) openbaar maken of het hergebruik van gegevens uit rijksinkoopcontracten.

3. Wat zijn de juridische effecten van het openbaar maken van (gegevens uit) rijksinkoopcontracten?

De strekking van artikel 2.57 van de Aw 2012 is om het openbaar maken van informatie ter bescherming van concurrentiebelangen te voorkomen. Daar staat tegenover dat transparantie over de implementatie en het uitvoeren van rijksinkoopcontracten de mededinging kan bevorderen. In de aanbestedingsstukken kan bijvoorbeeld een eis worden opgenomen dat bepaalde informatie uit de overeenkomst door het Rijk openbaar mag worden gemaakt, zolang daarmee de rechtmatige commerciële belangen van de ondernemers niet worden geschaad.

Het is aan het betrokken bestuursorgaan om zorgvuldig te beoordelen of de Aw 2012 of de Wob/Woo in de weg staan aan openbaarmaking. Hieronder worden enkele aandachtspunten bij het openbaar maken van informatie geschetst.

Wanneer marktpartijen inschrijven op Europese aanbestedingen mogen ze op

grond van artikel 2.57 (in combinatie met artikelen 2.104 en 2.138) van de Aw 2012 en aanvullend de Wob/Woo, erop vertrouwen dat hun inschrijving niet aan concurrenten bekend gemaakt wordt. Gegevens over o.a. tarieven, prijzen en planningen zijn concurrentiegevoelige informatie. Wanneer die gegevens bekend gemaakt worden aan concurrenten of andere derden-belanghebbenden, wordt het bijv. voor een inschrijver moeilijk om bij een volgende aanbesteding een onderscheidend aanbod te doen. Daar wordt de mededinging niet mee gediend, en schaadt het vertrouwen van ondernemers in die aanbestedende dienst in het bijzonder en in de Rijksoverheid als opdrachtgever. Het risico dat ondernemers niet meer inschrijven op aanbestedingen is nadelig voor de Rijksoverheid en de belastingbetaler. Bijkomend nadeel kan zijn dat de inschrijvingen aan kwaliteit inboeten, omdat inschrijvers minder specificaties in de offertes opnemen.

Zelfs het bekendmaken van de totaalprijs/de aanneemsom kan in sommige gevallen al ongewenst zijn. Niet wanneer het bijvoorbeeld om een heel groot complex project gaat, waar vele deeloffertes van onderaannemers onderdeel van de offerte uitmaken en het herleiden naar tarieven, uren of planning niet mogelijk is, maar mogelijk wel wanneer de offerteaanvraag eenvoudig van opzet was, en de prijs het enige gunningscriterium is. Dat is de reden dat bij het afkondigen van een aanbesteding bij de Europese Commissie (via TenderNed) de mogelijkheid wordt geboden, indien dit in strijd is met het bedrijfsbelang, het gunningsbedrag onvermeld te laten.

Mocht een aanbestedende dienst ondanks de bovengenoemde wettelijk vastgelegde aanspraken van ondernemers op het vertrouwelijk blijven van bepaalde informatie deze toch openbaar maken, dan is het juridische effect ook dat die aanbestedende dienst aansprakelijk kan worden gehouden voor de daardoor geleden schade.

Met vriendelijke groet,
Namens de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies

Voorzitter