

het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, deze vaststelling er niet noodzakelijkerwijs toe hoeft te leiden dat die aanbestedende dienst een nieuw gunningsbesluit vaststelt, mits het nationale procesrecht de aangezochte rechter toestaat om in de loop van het geding maatregelen te nemen tot herstel van de eerbiediging van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte, of hem toestaat om te oordelen dat de verzoeker een nieuw beroep tegen het reeds genomen gunningsbesluit kan instellen. De termijn voor het instellen van een dergelijk beroep mag pas ingaan op het tijdstip waarop de verzoeker toegang heeft tot alle informatie die ten onrechte als vertrouwelijk is aangemerkt.

NOOT

Openbaar maken kenmerken inschrijving, tenzij...

Het Antea-arrest geeft in navolging van het Klaipedos-arrest nader inzicht in de reikwijdte van de motivering van de mededeling van de gunningsbeslissing van een overheidsopdracht. In deze noot komt achtereenvolgens aan de orde:

- (1) wat is de juridische grondslag van de motiveringsplicht;
- (2) welke informatie uit de winnende inschrijving moet wel c.q. niet worden verstrekt aan de verliezers;
- (3) hoe ver reikt de rechterlijke toetsing of volstaan is aan de motiveringsplicht.

Juridische grondslag van de motiveringsplicht

Artikel 2.130 Aw 2012¹ stelt twee minimale vereisten aan de gunningsbeslissing. Te weten het kenbaar maken van: (i) de relevante redenen van de gunningsbeslissing (waaronder de naam van de beoogde winnaar(s) en de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving(en)) en (ii) de opschortende termijn. Door de Nederlandse wetgever en rechter werd aangenomen dat deze vereisten voortvloeien uit het in artikel 1.9 Aw 2012 neergelegde transpa-

rantiebeginsel², welk beginsel op haar beurt weer voortvloeit uit artikel 18 van het VWEU op grond waarvan elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is.³

Opmerkelijk is dan ook dat het Hof van Justitie de verplichting tot motivering 'achteraf' niet baseert op de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, maar op het 'algemene beginsel van behoorlijk bestuur'. Dit beginsel is vervaardigd in artikel 41 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Artikel 41 Handvest voorziet in het recht op behoorlijk bestuur door instellingen en organen van de Europese Unie en behelst ingevolge het tweede lid mede 'de plicht van de betrokken instanties om hun beslissingen met redenen te omkleden'. Het Hof van Justitie oordeelde dat artikel 41 Handvest niet rechtstreeks kan worden ingeroepen jegens nationale autoriteiten.⁴ Dit neemt niet weg dat het recht op behoorlijk bestuur volgens het Hof van Justitie een afspiegeling vormt van een algemeen beginsel van het Unierecht, en daarmee dus wel uit dien hoofde ziet op handelingen van bevoegde nationale autoriteiten, hetgeen betekent dat de rechtmatigheid van door deze autoriteiten genomen besluiten hieraan moet worden getoetst.⁵ Echter, totdat het Hof van Justitie het Klaipedos-arrest wees oordeelde het Hof van Justitie enkel met betrekking tot aanbestedingen die werden gehouden door gemeenschapsinstanties (zoals de Europese Commissie) dat deze zich moeten houden aan het beginsel van behoorlijk bestuur.⁶ Pas in het Klaipedos-arrest verwees het Hof van Justitie voor wat betreft een nationale aanbestedende dienst naar het beginsel van behoorlijk bestuur en de hieruit voortvloeiende motiveringsplicht.⁷ In het onderhavige Antea-arrest herhaalt het Hof van

¹ Deze bepaling implementeert artikel 2bis lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG, gewijzigd bij 2007/66/EG en 2014/23/EU.

² Deze bepaling implementeert artikel 18 Richtlijn 2014/24/EU (en artikel 3 Richtlijn 2014/23/EU en artikel 36 Richtlijn 2014/25/EU).

³ MvT *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 51; Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. Den Haag, 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579.

⁴ HvJ 17 juni 2014, C-141/12, ro. 67 en 69.

⁵ HvJ 8 mei 2014, C-604/12, ro. 49 en 50; HvJ, 20 december 2017, C-521/15, ro. 89.

⁶ De motiveringsplicht van gemeenschapsinstanties is tevens vervaardigd in artikel 296, tweede alinea, VWEU en artikel 170 lid 2 en lid 3 Verordening 2018/1046.

⁷ HvJ 7 september 2021, C-927/19, Klaipedos, ro. 120-122.

Justitie dat aanbestedende diensten zich moeten houden aan de vereisten van een effectieve rechterlijke bescherming en het algemene (Unierechtelijke) beginsel van behoorlijk bestuur, waaruit de motiveringsplicht voortvloeit.⁸ Dit geldt dus voor elk type aanbestedende dienst, en voor elk type beslissing (niet alleen de gunningsbeslissing, maar ook besluiten tot intrekking van de aanbesteding).

Nederlandse aanbestedende diensten, die tevens kwalificeren als een bestuursorgaan in de zin van de artikel 1:1 lid 1 Awb⁹, moeten zich bij het uitoefenen van privaatrechtelijke bevoegdheden op grond van artikel 3:14 BW tevens houden aan de, geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht.¹⁰ Dit geldt niet alleen voor beslissingen die zien op de verkoop van grond, maar ook die zien op het verstrekken van opdrachten, waaronder de gunningsbeslissing.¹¹ De publiekrechtelijke motiveringsplicht is expliciet neergelegd in artikel 3:46 Awb. En daarnaast geldt ook uit hoofde van de nationale algemene beginselen van behoorlijk bestuur een motiveringsplicht.¹² Het lijkt in de rede te liggen dat aanbestedende diensten die niet kwalificeren als bestuursorgaan¹³ zich niet hoeven te houden aan de verplichtingen die volgen uit de Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁴ Dit neemt niet weg dat ook voor dergelijke aanbestedende diensten bevoegd kan worden dat deze beginselen wel gelden, te weten over de band van de redelijkheid en billijkheid (ex. 3:12 BW).¹⁵

8 ro. 50, 64, 66.

9 Zoals de Staat, provincies, gemeenten.

10 HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778, Dordrecht.

11 HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, HLA/Kadaster; HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0582.

12 Zie bijvoorbeeld V.zr. Rb. Midden-Nederland, 31 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:2030; V.zr. Rb. Den Haag, 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579.

13 Zoals de meeste publiekrechtelijke instellingen en speciale-sectorbedrijven.

14 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, RZG/ComforMed.

15 Artikel 3:14 BW: van iemand, via de overheid, naar uitsluitend het bestuursorgaan?, mr. R. Ortlep en mr. V.A. van Waarde, THEMIS 2021-1. Rb. Gelderland 28 september 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:5510.

Kortom: de motiveringsplicht ex artikel 2.130 Aw 2012 moet worden beschouwd in het licht van het Unierechtelijke én, in elk geval voor zover de aanbestedende dienst tevens is aan te merken als bestuursorgaan, het nationale algemene beginsel van behoorlijk bestuur (en de op grond daarvan gewezen Europese en nationale jurisprudentie). Voor zover op een aanbestedende dienst uit hoofde van Europese jurisprudentie een verdergaande verplichting tot openbaarmaking rust dan uit hoofde van jurisprudentie die gewezen is op grond van nationaal publiekrecht, geldt de Europese jurisprudentie, en, voor zover de aanbestedende dienst tevens is aan te merken als bestuursorgaan geldt tevens het omgekeerde.

Welke informatie uit de winnende inschrijving moet wel c.q. niet worden verstrekt aan de verliezers

De volgende informatie omtrent de winnende inschrijving mag niet in de gunningsbeslissing bekend worden gemaakt:¹⁶

- (1) vertrouwelijke informatie winnende inschrijving;
- (2) gegevens waarvan openbaarmaking rechtmatige commerciële belangen van de winnaar zou kunnen schaden;
- (3) gegevens waarvan openbaarmaking afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers;
- (4) gegevens waarvan openbaarmaking in strijd is met enig wettelijk voorschrift¹⁷ of openbaar belang.

De onderneming wiens informatie het betreft moet aantonen dat de informatie onder één van de uitzonderingsgronden valt. Het is niet zo dat de inhoud van de inschrijving automatisch onder de uitzonderingsgronden valt. Het Antea-arrest geeft nader inzicht in wat wél en wat niet onder de uitzonderingsgronden valt.

16 Artikel 2.57 Aw 2012 (implementatie artikel 21 Richtlijn 2014/24/EU), artikel 2.103 Aw 2012 (implementatie artikel 55 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU) en artikel 2.138 Aw 2012 (implementatie artikel 50 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU).

17 Rb. Rotterdam, 1 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:10573, ro. 3.8.

Wel uitzonderingsgrond (informatie die niet bekend mag worden gemaakt):

(1) bedrijfsgeheimen in de zin van Richtlijn 2016/943.

(2) informatie betreffende uitgevoerde opdrachten voor gevoelige producten en diensten, waarvan openbaarmaking in strijd is met een wettelijk voorschrift of openbaar belang.³ Wijze van uitvoering van de opdracht voor zover zij elementen vormt of bevat die onder de bescherming van een intellectuele-eigendomsrecht en met name een auteursrecht valt.

(3) wijze van uitvoering van de opdracht voor zover dit een commerciële waarde heeft die onrechtmatig zou worden aangetast als dit integraal openbaar wordt gemaakt. Het gaat dus om een commerciële waarde die de betrokken overheidsopdracht ontstijgt. Dit zouden in voorkomend geval namen van in te zetten deskundigen of onderaannemers kunnen zijn.

Geen uitzonderingsgrond (informatie die wel bekend moet worden gemaakt):

(1) inhoud van ingediende referenties.

(2) inhoud van informatie van derden op wie een beroep wordt gedaan (beroepskwalificaties of –bekwaamheden¹⁸, omvang en opzet van in te zetten middelen, gedeelte dat in onderaanneming wordt uitgevoerd).

(3) wijze van uitvoering van de opdracht, In elk van deze gevallen geldt: dit is wel een uitzonderingsgrond als sprake is van één van de hiervoor genoemde uitzonderingsgronden op basis waarvan de informatie niet bekend mag worden gemaakt.

Doet één van de uitzonderingsgronden zich voor dan betekent dit niet dat in het geheel geen informatie meer hoeft te worden gegeven. De aanbestedende dienst blijft te allen tijde verplicht om op neutrale wijze de essentie van de inhoud mede te delen, bijvoorbeeld door het verstrekken van een samenvatting waarbij de vertrouwelijke informatie niet kan worden achterhaald.

Reikwijdte rechterlijke toetsing

Het Hof van Justitie oordeelde reeds in het Klaipepos-arrest dat de rechter moet nagaan of de aanbestedende dienst de informatie die hij heeft

geweigerd te verstrekken terecht als vertrouwelijk heeft beschouwd. De rechter moet overgaan tot een volledig onderzoek van alle relevante feiten en rechtsregels. Dit betekent volgens het Hof van Justitie dat de rechter moet kunnen beschikken over de informatie, waaronder vertrouwelijke informatie, die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen. Het Hof van Justitie onderstreept dit nogmaals in het onderhavige Antea-arrest. Het Nederlandse rechtstelsel (waaronder artikel 22 Rv) kent helaas geen goede oplossing voor de situatie dat de partij wiens gegevens het betreft (lees: de beoogde winnaar of de aanbestedende dienst) weigert de gegevens te verstrekken, en/of dat een partij (lees: de afgewezen inschrijver) weigert toestemming te geven om uitspraak te doen op basis van gegevens die hij niet heeft gezien. In dat geval is er namelijk maar één mogelijkheid, te weten dat de rechter (naar wie de procedure is verwezen) geen uitspraak kan doen met kennis/inachtname van alle relevante informatie nu de vertrouwelijke informatie buiten beschouwing blijft.¹⁹ Dit betekent naar mijn mening dat het Nederlandse rechtstelsel op dit punt in strijd is met het Europese recht. Het verdient dan ook aanbeveling dat in de Aw 2012 een voorziening wordt opgenomen die recht doet aan hetgeen het Hof van Justitie heeft bepaald, bijvoorbeeld een voorziening die de Belgische wet kent op basis waarvan de rechter recht kan doen op informatie die enkel aan hem is geopenbaard²⁰. Een voorziening als bepaald in artikel 8:29 Awb is naar mijn mening geen goede oplossing, aangezien deze vergelijkbaar is met de voorziening in artikel 22 Rv. Komt de rechter tot het oordeel dat bepaalde informatie ten onrechte als vertrouwelijk is aangemerkt, én is het hierdoor voor de afgewezen inschrijver niet goed mogelijk om te beoordelen of de gunning van de opdracht is geschied op basis van de criteria die op voorhand in de aanbestedingsstukken kenbaar zijn gemaakt, dan kan er niet worden gegund op basis van de kenbaar gemaakte mededeling van de gunningsbeslissing. Als de aanbestedende dienst de opdracht nog

19 V.zr. Rb. Midden-Nederland, 6 december 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:5995.

20 De motiverings- en informatieplicht van de Belgische aanbestedende overheid bij het nemen van een gunningsbeslissing, mr. E. Gypen, «JAAN» 2018/4, p. 434.

18 Rb. Rotterdam, 1 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:10573, ro. 3.9.

wenst te gunnen op basis van de ontvangen inschrijvingen, dan zal hij een nieuwe (goed gemotiveerde) mededeling van de gunningsbeslissing moeten versturen (met een nieuwe – volledige – opschortende termijn). Dit betekent dat een gebod tot intrekking van de mededeling van de gunningsbeslissing in combinatie met het verstrekken van een nieuwe mededeling van de gunningsbeslissing in de rede ligt. Een andere maatregel die de rechter kan treffen acht ik niet goed denkbaar.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Het uitgangspunt is dat een afgewezen inschrijver alle relevante informatie over de inschrijving van de winnende inschrijver(s) ontvangt die nodig is om te kunnen beoordelen of de gunning van de opdracht in overeenstemming is met hetgeen de aanbestedder in de aanbestedingsstukken kenbaar heeft gemaakt. Deze informatie dient direct in de mededeling van de gunningsbeslissing opgenomen te zijn.²¹ Om te voorkomen dat informatie ten onrechte niet of wel bekend wordt gemaakt zou het een idee kunnen zijn om inschrijvers te verplichten om bij hun inschrijving een bijlage te voegen waarin zij kenbaar maken welke informatie in de inschrijving onder één van de uitzonderingsgronden valt, en waarom.

mr. A. Stellingwerff Beintema
partner bij Maasdam Broers Fischer advocaten

21 HvJ, 17 november 2022, C-54/21, Antea, ro. 50; Adviezen 639 en 551 CvAE.

27

Concessie voor openbare diensten en nationale procedureregels

Hof van Justitie EU
19 januari 2023, nr. C-292/21,
ECLI:EU:C:2023:32
(K. Jürimäe, M. Safjan, N. Piçarra,
N. Jääskinen, M. Gavalec)

Concessie. Concessieovereenkomst. Nationale procedureregels.

[Richtlijn 2006/123 art. 2, art. 15; Richtlijn 2014/23]

De nationale Spaanse verkeersdienst heeft de volgende aanbestedingsprocedure uitgeschreven: 'Concessie voor het beheer van bewustmakings- en bijscholingscursussen op het gebied van rijveiligheid met het oog op het terugkrijgen van rijbewijspunten: vijf percelen'. Deze aanbesteding betrof cursussen die bestuurders moesten volgen om rijbewijspunten terug te krijgen die zij als gevolg van verkeersovertradingen waren kwijtgeraakt.

De Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) heeft het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het Unierecht, en met name art. 15 RI. 2006/123, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke bewustmakings- en bijscholingscursussen op het gebied van rijveiligheid met het oog op het terugkrijgen van rijbewijspunten moeten worden gegund door middel van een concessie voor openbare diensten.

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Materiële werkingsfeer richtlijn

Om op deze vraag een nuttig antwoord te kunnen geven moet in de eerste plaats worden nagegaan of het aanbieden van bewustmakings- en bijscholingscursussen op het gebied van rijveiligheid met het oog op het terugkrijgen van rijbewijspunten binnen de materiële werkingsfeer RI. 2006/123 valt.