

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 786

1. Waar gaat dit advies over?

In dit advies staat in klachtonderdeel 1 de vraag centraal of bepaalde werkzaamheden die aanbestedder voornemens is in te kopen door middel van een Europese aanbesteding, behoren tot de (exclusieve) scope van al met de ondernemer gesloten overeenkomsten (die ook op basis van een Europese aanbesteding tot stand zijn gekomen). Aanvullend staat in klachtonderdeel 2 de vraag centraal of aanbestedder ten behoeve van een aanbestedingsprocedure mogelijk ongeoorloofd gebruik heeft gemaakt van concurrentiegevoelige informatie van ondernemer.

2. Hoe luidt dit advies?

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond**. Uit de al gesloten overeenkomsten blijkt niet voldoende duidelijk dat aanbestedder zich ten aanzien van de werkzaamheden in kwestie een algemene of ongeclausuleerde mogelijkheid heeft voorbehouden om de werkzaamheden buiten de overeenkomsten in te kopen. Dit is in de al gesloten overeenkomsten en de daarna nog gesloten vaststellingsovereenkomst van bepaalde voorwaarden afhankelijk gemaakt. Dat betekent dat het aanbestedder niet zonder meer vrijstaat om alle werkzaamheden in kwestie onder de (aan te besteden) nieuwe raamovereenkomst in te kopen. De Commissie is niet gebleken dat in de nieuwe raamovereenkomst op passende wijze een voorziening is getroffen die inschrijvers op die aanbesteding daarover informeert en het voor aanbestedder mogelijk maakt in bovengenoemde situatie niet onder de raamovereenkomst terreinverlichting in te kopen. De Commissie acht dit in strijd met het transparantiebeginsel.

De Commissie is van oordeel dat niet is gebleken dat aanbestedder ongeoorloofd gebruik heeft gemaakt van concurrentiegevoelige informatie van ondernemer en acht klachtonderdeel 2 daarom **ongegrond**.

3. Wat is de achtergrond?

- 3.1. Ondernemer voert in opdracht van aanbestedder twee gelijksoortige overeenkomsten uit, te weten "Uitvoeren van beheer en onderhoud (B&O) betreffende gebouwen en gebouw gebonden terreinen ('het Areaal') van [naam aanbestedder] met kenmerken [nummer] en [nummer] (hierna te noemen: 'de B&O overeenkomsten'). De B&O overeenkomsten zijn gericht op meerjarig beheer en onderhoud van gebouwen en terreinen en op deze overeenkomsten is de UAV-GC 2005 van toepassing verklaard. De B&O overeenkomsten zijn aan ondernemer gegund op basis van een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure volgens het ARW 2012 op 25 mei 2018. De overeenkomsten kennen een looptijd van 6 jaar vanaf 1 juni 2018 en kunnen tweemaal voor een periode van twee jaar worden verlengd op basis van een wederzijds besluit.
- 3.2. Aanbestedder heeft op 4 maart 2025 een Europees openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor een raamovereenkomst voor 'Verduurzamen van de terreinverlichting [naam aanbestedder]' met zaaknummer [nummer] overeenkomstig het ARW 2016 (hierna te noemen: 'de raamovereenkomst terreinverlichting'). De

raamovereenkomst terreinverlichting heeft een beoogde ingangsdatum van 25 juli 2025 en wordt aangegaan voor een periode van drie jaar met de mogelijkheid tot verlenging van eenmaal één jaar. De raamovereenkomst terreinverlichting is gericht op het aanpassen van de terreinverlichting op 51 locaties, waarbij het resultaat moet zijn: duurzaam, een veilige en gezonde werkomgeving en vleermuisvriendelijk.

- 3.3. Ondernemer heeft zich in de periode tussen 4 maart 2025 en 13 mei 2025 tot de aan hem in de B&O overeenkomsten toegewezen contractmanager gewend en kenbaar gemaakt dat naar het oordeel van ondernemer in de raamovereenkomst terreinverlichting werkzaamheden zijn opgenomen die reeds aan ondernemer zijn opgedragen met de B&O overeenkomsten.
- 3.4. Ondernemer heeft op 13 mei 2025 een klacht ingediend bij het klachtenmeldpunt van aanbesteder, omdat ondernemer bij aanbesteder geen (gewenste) actie heeft waargenomen naar aanleiding van de melding bij de contractmanager.
- 3.5. Het klachtenmeldpunt van aanbesteder heeft de klacht op 27 mei 2025 ongegrond verklaard. Het klachtenmeldpunt is met ondernemer van oordeel dat er voor wat betreft vervanging van terreinverlichting overlap is tussen de B&O overeenkomsten en de raamovereenkomst terreinverlichting. Het klachtenmeldpunt verklaart de klacht evenwel ongegrond omdat aanbesteder op grond van de B&O overeenkomsten geen verplichting zou hebben de werkzaamheden met betrekking tot terreinverlichting aan ondernemer op te dragen, maar juist ook de vrijheid heeft dit bij derden te doen. Het klachtenmeldpunt heeft niet gereageerd op de klacht over vermeend ongeoorloofd gebruik van concurrentiegevoelige informatie.
- 3.6. Op 10 juli 2025 heeft ondernemer een klacht bij de Commissie ingediend.
- 3.7. Op 28 augustus 2025 heeft de Commissie de reactie van aanbesteder ontvangen, waarna de klacht verder in behandeling is genomen.
- 3.8. Ondernemer heeft niet ingeschreven op de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting.
- 3.9. Aanbesteder heeft op 17 december 2025 een aankondiging van een gegunde opdracht voor de raamovereenkomst terreinverlichting gepubliceerd.
- 3.10. De relevante bepalingen uit de aanbestedingsstukken op basis waarvan het advies is gegeven, zijn verwerkt in onderdeel 5 van dit advies.

4. Wat zijn de standpunten van partijen?

- 4.1. De Commissie vat de klachtonderdelen en de reactie hierop van aanbesteder als volgt – kort en geparafraseerd – samen.

Ondernemer

- 4.2. Ondernemer is van mening dat het ontoelaatbaar is dat aanbesteder werkzaamheden die naar het oordeel van ondernemer aan hem gegund zijn opnieuw op de markt zet (klachtonderdeel 1). Ook uit ondernemer zorgen over mogelijk ongeoorloofd gebruik van concurrentiegevoelige informatie, omdat voor onderdelen van de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting al offertes door ondernemer zijn uitgebracht en eenheidsprijzen zijn overeengekomen in het kader van de B&O overeenkomsten (klachtonderdeel 2).

- 4.3. Ondernemer ziet als oplossing de al dan niet gedeeltelijke stopzetting van de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting.

Aanbesteder

- 4.4. Aanbesteder vraagt zich af of de Commissie de klacht in behandeling kan nemen en daarbij een inhoudelijk oordeel kan vellen over een als - door aanbesteder geduide - contractuele kwestie in eerder gegunde overeenkomsten.
- 4.5. Aanbesteder erkent in reactie op klachtonderdeel 1 dat de werkzaamheden (als optie) aan ondernemer hadden kunnen worden opgedragen, maar stelt ook dat aanbesteder in de B&O contracten contractueel de vrijheid heeft om de werkzaamheden in de markt uit te vragen.
- 4.6. Aanbesteder is in reactie op klachtonderdeel 2 van mening dat geen sprake is van ongeoorloofd gebruik van concurrentiegevoelige informatie.
- 4.7. De verschillende door ondernemer en aanbesteder ingenomen standpunten en argumenten in deze klacht heeft de Commissie samengevat en zullen hieronder worden besproken.

5. Hoe beoordeelt de Commissie deze klacht?

Inleiding

- 5.1. De Commissie beantwoordt eerst de vraag of zij de klacht in behandeling kan nemen.

Kan de Commissie de klacht in behandeling nemen?

- 5.2. Aanbesteder vraagt zich af of de Commissie een inhoudelijk oordeel kan vellen over een als - door aanbesteder geduide - contractuele kwestie in de B&O overeenkomsten.
- 5.3. De Commissie is van oordeel dat zij de klachtonderdelen **in behandeling kan nemen**.
- 5.3.1. Klachtonderdeel 1 heeft betrekking op het ten onrechte niet afnemen van bepaalde werkzaamheden onder na aanbesteding reeds gesloten overeenkomsten. Daarmee lijkt de klacht te zien op de uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst. In die gevallen stelt de Commissie zich in beginsel op het standpunt dat een klacht niet in behandeling wordt genomen, omdat de klacht niet ziet op een handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012. Nu de klacht het opnieuw aanbesteden betreft van werkzaamheden die onder de scope van de B&O overeenkomsten zouden vallen (middels de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting), gaat het in wezen om een klacht in de zin van artikel 1 sub c Reglement: 'een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aw 2012 valt' (zie ook Advies 688, punt 3.5). Immers zou gegrondheid van de klacht van ondernemer tot gevolg kunnen hebben dat de aanbestedingsprocedure voor de raamovereenkomst terreinverlichting aan een transparantiegebrek lijdt, bijvoorbeeld ten aanzien van de (hoeveelheid) werkzaamheden die daarin daadwerkelijk zijn opgenomen dan wel dat een foutieve indruk wordt gewekt ten aanzien van de exclusiviteit van die werkzaamheden.
- 5.3.2. Klachtonderdeel 2 heeft betrekking op mogelijk ongeoorloofd gebruik van concurrentiegevoelige informatie ten behoeve van de aanbesteding voor de

raamovereenkomst terreinverlichting (en dus niet zuiver en alleen op mogelijk ongeoorloofd gebruik binnen de B&O overeenkomsten). Ook hier betreft het een klacht die voldoet aan de definitie zoals in de vorige overweging geciteerd.

- 5.4. De Commissie gaat dan ook over tot de inhoudelijke behandeling van de klachtonderdelen.

Klachtonderdeel 1: is het ontoelaatbaar dat aanbesteder werkzaamheden aanbesteed die behoren tot de scope van een reeds met de ondernemer gesloten overeenkomst?

- 5.5. In het navolgende zal de Commissie de standpunten van partijen verkort en geparafraseerd nader uiteenzetten. Beide partijen verwijzen naar passages uit de B&O overeenkomsten. Deze passages zullen voor zover relevant worden weergegeven bij de beoordeling door de Commissie.

Ondernemer

- 5.6. Ondernemer is van mening dat het ontoelaatbaar is dat aanbesteder bepaalde werkzaamheden die vallen onder de scope van de B&O overeenkomsten opnieuw op de markt zet met de aanbestedingsprocedure voor de raamovereenkomst terreinverlichting.
- 5.7. Ondernemer onderbouwt dit – verkort en geparafraseerd weergegeven – als volgt:
- 5.7.1. De scope van de raamovereenkomst terreinverlichting overlapt met de scope van de B&O overeenkomsten. De raamovereenkomst terreinverlichting heeft betrekking op het vervangen van terreinverlichting op diverse locaties door heel Nederland. De B&O overeenkomsten hebben betrekking op het uitvoeren van beheer en onderhoud op een deel van deze locaties en in deze B&O overeenkomsten is een grondslag opgenomen om op deze locaties werkzaamheden uit te voeren aan de terreinverlichting.
- 5.7.2. Werkzaamheden aan de terreinverlichting kwalificeren onder de B&O overeenkomsten als 'projectmatige en/of regiewerkzaamheden'. Dergelijke werkzaamheden kwalificeren als 'Benoemde Activiteiten'. Ondernemer erkent dat het daadwerkelijk uitvoeren van werkzaamheden die kwalificeren als Benoemde Activiteiten door aanbesteder uitgevraagd en geaccepteerd moeten worden, maar is daarbij op basis van zijn lezing van de B&O overeenkomsten van mening dat aanbesteder deze werkzaamheden wel verplicht bij ondernemer dient af te nemen in het geval dat (i) daartoe behoefte bestaat en (ii) de aanbidding aan bepaalde kaders voldoet.
- 5.7.3. Ten aanzien van die kaders geldt dat in het kader van de benoemde activiteit een marktconforme inschrijving dient te zijn gedaan, zo volgt uit de B&O overeenkomsten.
- 5.7.4. Ondernemer refereert daarbij aanvullend aan een met aanbesteder in 2020 gesloten vaststellingsovereenkomst die betrekking heeft op de B&O overeenkomsten (hierna: 'de VSO'). In deze VSO is afgesproken dat prijzen in het zogeheten definitieve jaarplan worden gezien als offerte voor de werkzaamheden. Voor dergelijke prijzen is afgesproken dat aanbesteder het recht heeft om de werkzaamheden aan een andere partij op te dragen indien deze prijzen voor meer dan 10% afwijken van wat naar het oordeel van aanbesteder een marktconforme en redelijke prijs is. Indien evenwel de tegengestelde situatie aan de orde is dan zullen de werkzaamheden in het jaarplan worden opgedragen aan ondernemer. Ondernemer stelt vervolgens dat er in het door aanbesteder goedgekeurde definitieve jaarplan werkzaamheden met betrekking tot terreinverlichting zijn opgenomen en dat door

middel van een door aanbestedder en ondernemer ondertekende VTW (de Commissie begrijpt dit als een verzoek tot wijziging onder de UAV-gc) goedkeuring is verleend aan de door ondernemer gehanteerde eenheidsprijzen, waarmee volgens ondernemer de marktconformiteit zou zijn bevestigd. Daarmee zou er voor aanbestedder geen ruimte zijn om de werkzaamheden buiten de B&O overeenkomsten in te kopen.

Aanbestedder

- 5.8. Aanbestedder is van mening dat er geen contractuele belemmering in de B&O overeenkomsten bestond om de werkzaamheden (opnieuw) in de markt uit te vragen zoals hij heeft gedaan in de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting.
- 5.9. Aanbestedder onderbouwt dit – verkort en geparafraseerd weergegeven – als volgt:
 - 5.9.1. Aanbestedder erkent dat de werkzaamheden zoals opgenomen in de raamovereenkomst terreinverlichting ook konden worden afgenomen onder de B&O overeenkomsten. Ook is aanbestedder het eens met het uitgangspunt dat die werkzaamheden onder de B&O overeenkomsten kwalificeren als 'Benoemde Activiteiten'. Ondernemer schaaft dit onder de Benoemde Activiteit 'projectmatige en/of regiewerkzaamheden' en aanbestedder lijkt het te scharen onder de Benoemde Activiteit 'Werkzaamheden voortvloeiend uit energieadviezen'.
 - 5.9.2. Aanbestedder is evenwel anders dan ondernemer van mening dat uit de B&O overeenkomsten bij aanbesteding en gunning ervan in 2018 aan ondernemer kenbaar was dat Benoemde Activiteiten ook in de markt gezet konden worden. Dit zou volgen uit diverse bepalingen in de B&O overeenkomsten.
 - 5.9.3. De Commissie merkt op dat aanbestedder in zijn geheel niet reageert op de VSO waaraan door ondernemer wordt gerefereerd.

Beoordeling Commissie

- 5.10. De Commissie acht de klacht **gegrond**. Uit de B&O overeenkomsten blijkt niet voldoende duidelijk dat aanbestedder zich ten aanzien van de werkzaamheden aan de terreinverlichting een algemene of ongeclausuleerde mogelijkheid heeft voorbehouden om de werkzaamheden buiten de B&O overeenkomsten in te kopen. Dit is in de B&O overeenkomsten en de VSO van bepaalde voorwaarden afhankelijk gemaakt. Dat betekent dat het aanbestedder niet zonder meer vrijstaat om alle werkzaamheden met betrekking tot terreinverlichting op de onder de B&O overeenkomsten vallende locaties onder de (aan te besteden) raamovereenkomst terreinverlichting in te kopen. De Commissie is niet gebleken dat in de raamovereenkomst terreinverlichting op passende wijze een voorziening is getroffen die inschrijvers op die aanbesteding daarover informeert en het voor aanbestedder mogelijk maakt in bovengenoemde situatie niet onder de raamovereenkomst terreinverlichting in te kopen. De Commissie acht dit in strijd met het transparantiebeginsel.

Toetsingskader

- 5.11. Bij de beoordeling van de klacht moet worden vooropgesteld dat een aanbestedende dienst op grond van artikel 1.9, eerste lid, Aw 2012 transparant dient te handelen.
- 5.12. De te beantwoorden vraag is of aanbestedder aan zijn hiervoor bedoelde transparantieverplichting heeft voldaan, in die zin dat hij de voorwaarden (waaronder de scopes) van de al gegunde (raam)overeenkomst en/of de nog te gunnen

(raam)overeenkomst in de aanbestedingsstukken zodanig heeft geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze op dezelfde wijze zullen uitleggen.

- 5.13. Bij de beantwoording van deze vraag geldt als uitgangspunt voor de uitleg van de aanbestedingsdocumenten en de op basis daarvan tot stand gekomen (raam)overeenkomsten het volgende:
 - 5.13.1. De uitleg van een contractuele bepaling vindt in beginsel plaats aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Volgens deze maatstaf komt het bij de uitleg van een overeenkomst aan op hetgeen partijen over en weer hebben verklaard, op de zin die zij in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan die verklaringen en de in die overeenkomst vervatte bedingen mochten toekennen. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van hen kan worden verwacht.
 - 5.13.2. Een andere maatstaf dan de Haviltex-maatstaf voor de uitleg van bepalingen is de cao-norm. Bij toepasselijkheid van de cao-norm moet de bedoeling van de contracterende partijen naar objectieve maatstaven worden uitgelegd. Dat wil zeggen dat de uitleg van een bepaling wordt gebaseerd op objectief kenbare gegevens, zoals de tekst van de relevante bepalingen of andere objectief vast te stellen factoren.
 - 5.13.3. In het arrest DSM/ Fox (ECLI:NL:HR:2004:AO1427) heeft de Hoge Raad overwogen dat tussen de Haviltex-norm en de cao-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang. Volgens de Hoge Raad zijn bij de uitleg van overeenkomsten telkens van beslissende betekenis alle omstandigheden van het concrete geval, gewaardeerd naar wat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. Daaruit vloeit voort dat naarmate een overeenkomst méér de rechtspositie van derden raakt, de uitleg van die overeenkomst méér naar objectieve maatstaven dient te geschieden. Hoe minder een overeenkomst de rechtspositie van derden raakt, hoe meer acht geslagen moet worden op de subjectieve verwachtingen van de bij de overeenkomst betrokken partijen.
 - 5.13.4. De Hoge Raad heeft (nog) geen specifieke uitwerking gegeven van de maatstaf voor de uitleg van overeenkomsten gegeven die tot stand zijn gekomen na een aanbestedingsprocedure. Bij de uitleg van overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na een aanbestedingsprocedure wordt in de lagere rechtspraak veelal aansluiting gezocht bij een uitleg naar objectieve maatstaven. Reden daarvoor is het in het aanbestedingsrecht geldende transparantiebeginsel, dat met zich brengt dat de offerteaanvraag dient te worden geformuleerd op een duidelijke en ondubbelzinnige wijze, zodat alle inschrijvers de aanbestedingsvoorwaarden op de juiste wijze kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren. Bij de uitleg van de aanbestedingsstukken dient de niet in die stukken tot uitdrukking gebrachte opvatting van de aanbestedende dienst over de uitleg daarvan buiten beschouwing te worden gelaten, omdat die tot ongelijke behandeling zou kunnen leiden.
 - 5.13.5. Een andere reden dat bij de hierboven genoemde overeenkomsten aansluiting wordt gezocht bij een uitleg naar objectieve maatstaven is dat inschrijvers wier rechtspositie wordt beïnvloed door een overeenkomst die na een aanbestedingsprocedure wordt gesloten zelf geen of vrijwel geen invloed hebben op de inhoud of formulering van de overeenkomst (waarvan uitleg wordt gevraagd), terwijl de onderliggende partijbedoelingen voor inschrijvers ook niet kenbaar zijn. Bij deze uitleg naar objectieve maatstaven moeten de bepalingen gelezen worden in het licht van de gehele tekst van de op het moment van de inschrijving door de aanbestedende dienst beschikbaar gestelde aanbestedingsdocumenten (zie onder meer Rb.

Rotterdam 2 juni 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8957, r.o. 4.8-4.11; Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533, r.o. 4.1-4.5; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6172, r.o. 3.11). Het ligt daarbij voor de hand dat als over de uitleg van een bepaling inlichtingen zijn gevraagd en die inlichtingen door de aanbestedende dienst zijn verstrekt, de nota van inlichtingen voor de uitleg van die bepaling van groot belang is (zie onder meer Rb. Limburg 23 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:1533, r.o. 4.5).

- 5.13.6. Het uitgangspunt voor de hiervoor weergegeven geobjectiveerde uitlegmaatstaf geldt overigens niet direct voor overeenkomsten die na gunning van een aanbestede (raam)overeenkomst zuiver (bilateraal) tussen aanbesteden en ondernemer tot stand zijn gebracht. In een degelijke context vervalt de ratio voor het toepassen van de geobjectiveerde uitlegmaatstaf – het waarborgen van gelijke kansen en gelijk begrip bij alle (potentiële) inschrijvers – en kan er wel betekenis worden toegekend aan de partijbedoelingen (zie bijvoorbeeld ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 april 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:1059).

Overwegingen vooraf

- 5.14. De Commissie vat de klacht van ondernemer aldus op dat ondernemer zich verzet tegen het aanbesteden door aanbesteder van een raamovereenkomst voor werkzaamheden die onder de door aanbesteder met ondernemer gesloten B&O overeenkomsten vallen, *zonder de rechten van ondernemer die uit die B&O overeenkomsten voortvloeien te respecteren*. Ten behoeve van de onderhavige klacht dient daarom allereerst onderzocht te worden of tussen de B&O overeenkomsten en de raamovereenkomst terreinverlichting daadwerkelijk overlap bestaat. Indien dit zo is, komt vervolgens de vraag aan de orde welke uitleg aan de omschrijving van de scope moet worden gegeven en meer specifiek of aanbesteder zich ten behoeve van de onderhavige situatie in de B&O overeenkomsten (op transparantie wijze) het recht heeft voorbehouden om de wel onder de scope vallende werkzaamheden toch niet onder de raamovereenkomst af te nemen (bijvoorbeeld door middel van het opnemen van een non-exclusiviteitsbeding) en of de nadien gesloten VSO daar nog op van invloed is.
- 5.15. Indien het antwoord voor dit specifieke geval is dat een recht om buiten de B&O overeenkomsten in te kopen is voorbehouden, heeft aanbesteder de vrijheid de werkzaamheden opnieuw in de markt te zetten. Immers was dan van meet af aan duidelijk dat die situatie zich voor zou kunnen doen. Indien het antwoord ontkenkend is, is vervolgens de vraag of in de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting op passende wijze rekening is gehouden met voornoemde omstandigheid, bijvoorbeeld door in de aanbestedingsstukken op te nemen dat oudere rechten voortvloeiende uit eerder aangegane overeenkomsten worden gerespecteerd of in een meer algemeen non-exclusiviteitsbeding is voorzien. Immers zou dan in de aan te besteden opdracht duidelijk zijn dat er situaties zijn waarin de werkzaamheden niet binnen die opdracht zullen worden uitgevoerd. Indien in de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting niet op passende wijze rekening is gehouden met oudere rechten voortvloeiende uit eerder aangegane B&O overeenkomsten, handelt aanbesteder in strijd met het transparantiebeginsel, omdat dan een onjuiste indruk kan ontstaan over de exclusiviteit van de overeenkomst en de feitelijke afname onder de raamovereenkomst.

Is er overlap in de scopes van de B&O overeenkomsten en de raamovereenkomst terreinverlichting?

- 5.16. Voor de beoordeling van de klacht is allereerst relevant of de scope van de B&O overeenkomsten overlapt met die van de raamovereenkomst terreinverlichting.

- 5.17. De Commissie wijdt hier geen uitgebreide beschouwing aan nu ondernemer en aanbesteder het eens zijn dat de werkzaamheden ten behoeve van de terreinverlichting zowel onder de B&O overeenkomsten als onder de raamovereenkomst terreinverlichting kunnen worden afgenomen. De Commissie neemt derhalve voor vaststaand aan dat overlap in scopes aan de orde is.

Is in de B&O overeenkomsten door aanbesteder voor de onderhavige werkzaamheden het recht voorbehouden om buiten de overeenkomsten in te kopen?

- 5.18. In de B&O overeenkomsten zijn bepalingen opgenomen waarop ondernemer en aanbesteder zich hebben beroepen. Deze bepalingen dienen te worden uitgelegd conform het in overwegingen 5.12 tot en met 5.13 weergegeven kader. De Commissie geeft deze bepalingen voor zover relevant hieronder weer:

Relevante bepalingen

- 5.19. Artikel 2 lid 2 en lid 3 van de Basisovereenkomst luiden:

'2. Als onderdeel van het Meerjarig Onderhoud is de Opdrachtnemer, binnen de in de Vraagspecificatie vermelde voorwaarden, gerechtigd Verbeter- en Investeringsvoorstellen te doen teneinde op efficiënte wijze de (onderhouds-) functionaliteit van (objecten en systemen in) het Areaal te verbeteren. Daarnaast zal de Opdrachtnemer (op verzoek) voorstellen doen voor de realisatie van de bij de Vraagspecificatie genoemde "benoemde Activiteiten". De Opdrachtgever zal de in dit lid bedoelde voorstellen in beschouwing nemen, maar kan deze, zonder opgaaf van redenen, weigeren te accepteren. Een en ander laat onverlet de verplichting van de Opdrachtnemer om het Meerjarig Onderhoud voortdurend uit te voeren naar de eisen van de Overeenkomst.

3. De Opdrachtgever draagt hierbij tevens op aan de Opdrachtnemer, die verklaart deze opdracht te aanvaarden, de volgende upgradewerkzaamheden:

- (a) Het op basis van de Vraagspecificatie en de Aanbieding bij de Vraagspecificatie genoemde "voorgeschreven Activiteiten", alsmede
- (b) Het na Acceptatie door de opdrachtgever van de in lid 2 bedoelde Verbetervoorstellen en volgens nadere opdracht van de Opdrachtgever en op basis van de Vraagspecificatie en de Aanbieding bij de Vraagspecificatie genoemde "benoemde Activiteiten" en de in lid 2 bedoelde Investeringsvoorstellen.'

- 5.20. In de Vraagspecificatie Algemeen, behorende bij de Basisovereenkomst, is in paragraaf 5.1 in tabel 1 voor zover relevant de navolgende specificatie gegeven van Voorgeschreven Activiteiten en Benoemde Activiteiten (in de Vraagspecificatie EISEN is in paragraaf 3.1 tabel 7 hetzelfde opgenomen):

Soort werkzaamheden	Werkzaamheden	Detailniveau	Frequentie
(...)	(...)	(...)	(...)
Voorgeschreven activiteiten	Voor specifieke objecten een energielabel, energie-onderzoek inclusief maatwerkadvies (EPA-U) en	Gebouw NvI 1/28: energielabel m.u.v. loodsen	Eenmalig

	besparingsonderzoek voor verlichting opstellen/uitvoeren		
	Energiebesparingsadvies op basis van IPS o.g.	Gebouw	Eenmalig
(...)	(...)	(...)	(...)
Benoemde activiteiten	Projectmatige en/of regiewerkzaamheden	Behoeftafhankelijk	Behoeftafhankelijk
	(...)	(...)	(...)
	Werkzaamheden voortvloeiend uit energieadviezen	Behoeftafhankelijk	Behoeftafhankelijk

5.21. Vervolgens is in paragraaf 5.1.3 van de Vraagspecificatie Algemeen het navolgende onderscheid tussen activiteiten gemaakt:

1. Voorgeschreven Activiteiten: Activiteiten die door de Opdrachtgever zijn benoemd en bepaald en waarvoor in de 'Vraagspecificatie Eisen' eisen zijn opgenomen.

De kosten voor deze Activiteiten zijn begrepen in het in artikel 2 lid 5 Basisovereenkomst genoemde totaalbedrag (opdrachtsom).

2. Benoemde Activiteiten: Activiteiten die in de Overeenkomst zijn benoemd, maar die nog niet precies zijn bepaald en waarvoor in aanvulling op de 'Vraagspecificatie Eisen' nadere eisen gesteld kunnen worden en waarvoor de Opdrachtnemer in zijn Aanbieding geen prijs heeft opgegeven. Tijdens de looptijd van de Overeenkomst kan de Opdrachtgever aan de Opdrachtnemer vragen een uitgewerkt voorstel te doen voor de realisatie van deze Activiteiten.

De kosten voor de realisatie van deze Activiteiten zijn niet begrepen in het in artikel 2 lid 5 Basisovereenkomst genoemde totaalbedrag (opdrachtsom). (...)

5.22. In de Vraagspecificatie Proces, behorende bij de Basisovereenkomst, is in paragraaf 5.5.2 onder meer het volgende opgenomen over de Benoemde Activiteiten:

'Eis UA200: De Opdrachtnemer dient op verzoek van de Opdrachtgever een aanbieding te doen voor de voorbereiding en realisatie van het Werk dat deel uitmaakt van de "Benoemde Activiteiten" zoals opgenomen in bijlage G "Overzicht ten behoeve van Activiteiten" bij de Vraagspecificatie.

(...)

Eis B-UA270: Indien de Opdrachtgever overgaat tot opdrachtverstrekking voor de betreffende "benoemde Activiteit", wordt deze "benoemde Activiteit" onderdeel van de Overeenkomst en gelden, aanvullend op de aanbieding, alle uit de Overeenkomst voortvloeiende eisen.

Eis B-UA280: Bij een "benoemde Activiteit" kan aangegeven zijn dat de Opdrachtgever het verzoek tot het doen van een aanbieding voor de voorbereiding en realisatie van de Werkzaamheden doet bij de Opdrachtnemer en tegelijkertijd bij twee

andere opdrachtnemers van prestatiecontracten in het beheergebied van Opdrachtgever, namelijk percelen Noord/Midden/Zuid, of bij andere ondernemingen in de markt. In dat geval dient in deze paragraaf voor "Opdrachtnemer" gelezen te worden "opdrachtnemers en/of ondernemingen".'

- 5.23. In de Vraagspecificatie Proces is in paragraaf 5.5.3 onder meer het volgende opgenomen over de Overige Werkzaamheden:

'Eis OW100: De Opdrachtgever is gerechtigd om voor Werkzaamheden die verband houden met het in stand houden, monitoren en informeren over de toestand van het areaal, met upgradewerkzaamheden, maar die niet behoren tot de verplichtingen van de Opdrachtnemer ingevolge deze Overeenkomst, een aanbieding te vragen bij de Opdrachtnemer en, gelijktijdig, bij twee andere opdrachtnemers van prestatiecontracten in het beheergebied van Opdrachtgever, dan wel aangrenzende beheergebieden. Of bij andere ondernemingen in de markt.

Indien de betreffende Werkzaamheden worden opgedragen aan een andere opdrachtnemer, dan geldt deze als nevenopdrachtnemer in de zin van paragraaf 8 van de UAV-GC 2005. De Opdrachtnemer dient alsdan, voor zover van toepassing, de Werkzaamheden van de neven opdrachtnemer te coördineren. De Opdrachtnemer wordt, in afwijking van het bepaalde in lid 8-1 van die paragraaf, afzonderlijk geïnformeerd over de tijdstippen van uitvoering.'

- 5.24. In de Vraagspecificatie Eisen, behorende bij de Basisovereenkomst, is in paragraaf 2.5.5 'Gebouwgebonden terreinen' de navolgende tekst ingevoegd naar aanleiding van een nota van inlichtingen (welke nota op grond van artikel 3 lid 1 sub a en lid 2 Basisovereenkomst hoger in rang is dan de Vraagspecificaties):

'NvI 3/2: Naar aanleiding van de vragen en zorgen aangaande het bepalen van de 0-situatie van de **terreinen (verharding/grijs, riolering, groen, verlichting, hekwerk)** en achterstallig onderhoud, heeft de Opdrachtgever besloten om het opniveau brengen (m.a.w. het achterstallig onderhoud) van de terreinen als benoemde activiteit aan te merken. Derhalve dient het achterstallig onderhoud van de terreinen niet in de inschrijfprijs te worden opgenomen. De Opdrachtnemer dient taken, services en voorgeschreven activiteiten (behalve het planmatig grootonderhoud verharding en riolering) aangaande het regulier onderhoud van terreinen wel in de aanbieding op te nemen. Daarbij kan de Opdrachtnemer uitgaan van een beelkwaliteitsniveau B conform KOR voor verharding en groen, en niveau 3 conform NEN2767 voor hekwerk en verlichting. De Opdrachtnemer brengt in 2018 door een onafhankelijke partij het eventuele achterstallig onderhoud terreinen in beeld. Vervolgens wordt het op niveau brengen in het kader van 'benoemde activiteiten' aan de Opdrachtnemer gegund mits er een marktconforme inschrijving is gedaan. Dit geldt overigens voor alle benoemde activiteiten.'

Beoordeling Commissie

- 5.25. De Commissie constateert allereerst dat ondernemer en aanbesteder het eens zijn dat de werkzaamheden ten behoeve van terreinverlichting onder de B&O overeenkomsten gekwalificeerd zijn als 'Benoemde Activiteit'. De Commissie kan deze lezing volgen en neemt dit dan ook tot uitgangspunt. Dat betekent dan ook dat geen sprake is van een 'Voorgeschreven Activiteit' of 'Overige Werkzaamheden' en dat aan het ter zake bepaalde voor de behandeling van deze klacht geen betekenis wordt toegekend.
- 5.26. Bij de vraag of aanbesteder verplicht is Benoemde Activiteiten aan ondernemer te gunnen indien daartoe behoefte bestaat, is relevant wat daartoe in de B&O overeenkomsten is bepaald.

- 5.27. Anders dan aanbesteder stelt volgt uit artikel 2 lid 2 Basisovereenkomst (vgl. overweging 5.21) niet dat aanbesteder buiten de B&O overeenkomsten kan inkopen. Het feit dat is bepaald dat aanbesteder zonder opgave van redenen voorstellen van ondernemer mag weigeren te accepteren is naar het oordeel van de Commissie onvoldoende om aan te nemen dat daarmee het recht is voorbehouden om buiten de B&O overeenkomsten in te kopen.
- 5.28. De Commissie wijst op de omstandigheid dat naar aanleiding van een nota van inlichtingen aan paragraaf 2.5.5 'Gebouwgebonden terreinen' is toegevoegd dat (alle) Benoemde Activiteiten aan ondernemer worden gegund mits er een marktconforme inschrijving is gedaan. De Commissie oordeelt dat een redelijk geïnformeerd en normaal oplettend inschrijver hieruit mocht opmaken dat slechts de omstandigheid dat een inschrijving door aanbesteder als niet marktconform wordt beoordeeld in de weg kan staan aan het opdragen van een Benoemde Activiteit. Daarmee heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie dus geen ongeclausuleerde vrijheid om de Benoemde Activiteiten (en dus ook de werkzaamheden ten behoeve van de Terreinverlichting) buiten de B&O overeenkomst in te kopen en dient ondernemer voor dergelijke werkzaamheden in de gelegenheid te worden gesteld een inschrijving te doen die aanbesteder vervolgens op marktconformiteit kan toetsen.
- 5.29. Eis B-UA280 van de Vraagspecificatie Proces (vgl. overweging 5.24) doet aan dat oordeel niet af, nu deze eis naar het oordeel van de Commissie niet – zoals aanbesteder lijkt te betogen – een ongeclausuleerde bevoegdheid bevat om buiten de raamovereenkomst in te kopen zonder dat ondernemer de gelegenheid krijgt een inschrijving te doen.
- 5.29.1. Allereerst wijst de Commissie op de omstandigheid dat de nota op grond van artikel 3 lid 1 sub a en lid 2 Basisovereenkomst hoger in rang is dan de Vraagspecificaties en om die reden prevaleert het hierboven aangenomen uitgangspunt dat ondernemer een inschrijving mag doen voor een Benoemde Activiteit.
- 5.29.2. Daarnaast dient de vraag te worden beantwoord wat van aanbesteder wordt vereist ten aanzien van de zinsnede "Bij een "benoemde Activiteit" kan aangegeven zijn dat". Betekent dit (i) dat aanbesteder dat dan nog mag aangeven bij het verzoek om een aanbieding te doen zoals bedoeld in eis UA200 of (ii) dient bij de beschrijving van de Benoemde Activiteit in kwestie in de B&O overeenkomsten te zijn aangegeven dat aanbesteder zich het recht zoals bedoeld in eis B-UA280 voorbehoudt? Aanbesteder gaat hier in zijn verweer niet op in. Naar het oordeel van de Commissie ligt het laatste het meest voor de hand. Bij de beschrijving van wat als Benoemde Activiteit kwalificeert in de Vraagspecificatie Algemeen en Vraagspecificatie Eisen (vgl. overweging 5.22) zou dan per Benoemde Activiteit kunnen worden aangegeven of aanbesteder zich het recht voorbehoudt zoals bedoeld in eis B-UA280. Dat heeft aanbesteder voor zover de Commissie kan nagaan niet gedaan. Uit de toevoeging die volgt uit de nota van inlichtingen kan naar het oordeel van de Commissie juist worden opgemaakt dat aanbesteder aan ondernemer heeft willen gunnen, mits deze marktconform inschrijft.
- 5.29.3. Als tweede vraag kan gesteld worden of eis B-UA280 de absolute vrijheid bevat om de werkzaamheden in kwestie bij andere ondernemingen in de markt uit te vragen zonder dat ondernemer ook wordt uitgenodigd om een aanbieding te doen. Uit het gebruik van het woord 'tegelijkertijd' kan naar het oordeel van de Commissie afgeleid worden dat dit niet het geval is en dat het dus onder eis B-UA280 uitgangspunt is dat ondernemer tezamen met andere ondernemers kan worden gevraagd een aanbieding te doen, maar dus niet kan worden gepasseerd.

- 5.30. Ondernemer wijst voorts op het bestaan van een tussen ondernemer en aanbesteder gesloten VSO waarin het volgende is afgesproken:

'De prijzen in het definitieve jaarplan worden gezien als offerte voor de werkzaamheden. Indien de prijzen > 10% afwijken van wat naar oordeel van [aanbesteder] een marktconforme en redelijke prijs is heeft [aanbesteder] het recht om de werkzaamheden bij een andere partij op te dragen. Indien de prijzen < 10% afwijken zal [aanbesteder] die delen van het jaarplan die [aanbesteder] wenst te laten uitvoeren opdrachten aan [ondernemer].'

- 5.31. Ondernemer geeft voorts aan dat er werkzaamheden met betrekking tot terreinverlichting op verzoek van aanbesteder in het (definitieve) jaarplan zijn opgenomen. Vervolgens is er ten behoeve van de uitwerking van het plan een VTW ingediend met daarin eenheidsprijzen voor de terreinverlichting. Deze VTW is door aanbesteder ondertekend.
- 5.32. De afspraak in de VSO strekt ertoe een kader te scheppen voor het accepteren van offertes van werkzaamheden die volgen uit het definitieve jaarplan. Indien aanbesteder dus verzoekt werkzaamheden ten behoeve van de terreinverlichting op te nemen in de jaarplannen, hetgeen aanbesteder niet weerspreekt, geldt voornoemd kader voor het accepteren ervan. Naar het oordeel van de Commissie geldt ook dan het uitgangspunt dat aanbesteder dus ondernemer niet kan passeren indien de behoefte bestaat dergelijke werkzaamheden uitgevoerd te krijgen. De offerte van ondernemer dient in een dergelijk geval getoetst te worden aan het afgesproken kader.

Tussenconclusie

- 5.33. De Commissie is van oordeel dat aanbesteder zich in de B&O overeenkomst niet een algemene of ongeclausuleerde mogelijkheid heeft voorbehouden om de werkzaamheden buiten de B&O overeenkomsten in te kopen. Dit is in de B&O overeenkomsten en de VSO van bepaalde voorwaarden afhankelijk gemaakt. Om die reden zal ondernemer voor de duur van de B&O overeenkomsten steeds betrokken dienen te worden indien aanbesteder behoefte heeft aan werkzaamheden ten behoeve van terreinverlichting om zo te kunnen toetsen of aan de voorwaarden wordt voldaan.

Is in de raamovereenkomst terreinverlichting voor de onderhavige werkzaamheden het recht voorbehouden om buiten de overeenkomsten in te kopen?

- 5.34. Uit voorgaand oordeel van de Commissie volgt dat het aanbesteder niet vrijstaat om ondernemer te passeren indien de behoefte bestaat om de werkzaamheden ten behoeve van de terreinverlichting in opdracht te geven. Immers heeft aanbesteder zich gecommitteerd aan het – onder voorwaarden – gunnen van die werkzaamheden aan ondernemer. Slechts in de gevallen dat niet aan de voorwaarden wordt voldaan is het mogelijk om de werkzaamheden buiten de B&O overeenkomsten in te kopen.
- 5.35. Met de aanbestedingsprocedure ten behoeve van de raamovereenkomst terreinverlichting wordt een faciliteit gecreëerd voor het afnemen van werkzaamheden die overlappen met de werkzaamheden die ook onder de B&O overeenkomst kunnen – en als aan de voorwaarden wordt voldaan – zelfs moeten worden afgenomen. In de (aanbestedingsprocedure ten behoeve van de) raamovereenkomst terreinverlichting dient derhalve naar het oordeel van de Commissie op passende wijze een voorziening te worden getroffen om de inschrijvers erop te wijzen dat gunning van de werkzaamheden afhankelijk kan zijn van de gang van zaken onder de B&O overeenkomsten. Immers is dit rechtstreeks van invloed op de hoeveelheid te

verwachten werkzaamheden onder de raamovereenkomst terreinverlichting en daarmee op de wijze waarop inschrijvers hun prijs en capaciteit bepalen. Zonder een dergelijk voorbehoud kan een onjuiste indruk ontstaan over de feitelijke afname onder de raamovereenkomst. De Commissie acht het ontbreken van een dergelijke voorziening in strijd met het transparantiebeginsel.

- 5.36. De Commissie heeft dergelijke voorzieningen in de overgelegde aanbestedingsstukken voor de raamovereenkomst terreinverlichting niet aangetroffen.
- 5.36.1. In aanbestedingsleidraad wordt geen aandacht besteed aan de overlap van werkzaamheden met de B&O overeenkomsten. Zo wordt bijvoorbeeld in paragraaf 2.1.4.2 over de kwantitatieve scope hiertoe geen voorbehoud gemaakt.
- 5.36.2. In artikel 8 van de concept basis raamovereenkomst is omschreven in welke situaties aanbesteder het recht heeft om buiten de raamovereenkomst nadere opdrachten in te kopen. Geen van de situaties voorziet in een oplossing voor de onderhavige situatie.
- 5.37. Het klachtonderdeel is naar het oordeel van de Commissie **gegrond**.

Klachtonderdeel 2: maakt aanbesteder ongeoorloofd gebruik van concurrentiegevoelige informatie?

Ondernemer

- 5.38. Ondernemer onderbouwt zijn klacht over mogelijk ongeoorloofd gebruik van concurrentiegevoelige informatie door aanbesteder als volgt.
- 5.38.1. Ondernemer klaagt – zo begrijpt de Commissie – dat hij ter gelegenheid van de B&O overeenkomsten al offertes aan aanbesteder heeft afgegeven en ook eenheidsprijzen met aanbesteder voor de vervanging van terreinverlichting is overeengekomen. Dit zou marktgevoelige informatie betreffen die volgens ondernemer niet in de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting mag worden gebruikt of misbruikt.
- 5.38.2. Ondernemer stelt niet waaruit het gebruik of misbruik van de marktgevoelige informatie ten behoeve van de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting blijkt.

Aanbesteder

- 5.39. De reactie van aanbesteder op deze klacht, voor zover relevant, is als volgt.
- 5.39.1. Aanbesteder is van mening dat geen sprake is van ongeoorloofd gebruik van concurrentiegevoelig informatie.
- 5.39.2. Volgens aanbesteder is het juist dat zij uit hoofde van door aanbesteder gesloten overeenkomsten – en dus ook de B&O overeenkomsten – informatie verkrijgt doordat aanbesteder offertes en eenheidsprijzen ontvangt in reactie op uitvragen. Aanbesteder bevestigt zich ervan bewust te zijn dat dit concurrentiegevoelige informatie kan betreffen en deelt deze informatie niet met de markt. Evenwel is het enkele bezitten en gebruiken van deze informatie ten behoeve van de voorbereiding van een aanbesteding niet onrechtmatig. Zo worden bijvoorbeeld historische gegevens gebruikt voor het opstellen van de raming van de opdracht, welke raming aanbesteder in dit geval ook heeft laten toetsen door een extern ingenieursbureau.

- 5.39.3. Naar het oordeel van aanbestedder is in de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting op generlei wijze informatie te herleiden tot de verstrekte informatie van ondernemer en heeft aanbestedder deze ook niet anderszins gedeeld. Aanbestedder somt daarbij proactief op welke (financiële) informatie is verstrekt in de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting, te weten de maximale omvang van de overeenkomst, de plafondprijs per perceel en de verplichting voor inschrijvers om een door aanbestedder opgesteld concept staat van ontleding van de inschrijvingsom te moeten invullen.

Beoordeling Commissie

- 5.40. De Commissie acht de klacht **ongegrond**. Zij is van oordeel dat niet is gebleken dat aanbestedder ten behoeve van de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting ongeoorloofd gebruik heeft gemaakt van concurrentiegevoelige informatie. Zij baseert haar oordeel op het volgende.

Toetsingskader

- 5.41. Artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedder geen gegevens die hem door een ondernemer als vertrouwelijk zijn verstrekt, openbaar maakt. Artikel 2.57 lid 2 Aw 2012 bepaalt dat aanbestedder geen informatie openbaar maakt uit aanbestedingsstukken of andere documenten die aanbestedder heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure, indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.
- 5.41.1. Aanbestedingsprocedures rusten op een vertrouwensrelatie tussen aanbestedder en ondernemers. Inschrijvers moeten zich vrij voelen allerlei relevante informatie te delen met de aanbestedder, zonder bang te hoeven zijn dat die gegevens met derden zullen worden gedeeld (HvJ EG 14 februari 2008, ECLI:EU:C:2008:91, r.o. 36 en 37, Varec). Aanbestedder maakt de informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, in beginsel niet bekend (HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700, r.o. 101, Klaipedos). Onder bedrijfsvertrouwelijke informatie wordt verstaan informatie die, bij bekendmaking, de commerciële belangen van inschrijvers kunnen schaden (artikel 55 Richtlijn 2014/24 EU). Uit artikel 21 van de Richtlijn 2014/24 EU kan worden opgemaakt dat hiermee met name fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de inschrijvingen worden bedoeld.
- 5.41.2. De Commissie overweegt dat artikel 2.57 lid 1 Aw 2012 ook van toepassing is na afloop van een aanbestedingsprocedure (MvT, Kamerstukken II 2009/10, 32 440 nr. 3, p.69) en op vertrouwelijke gegevens die na afronding van de aanbesteding onderdeel zijn geworden van de overeenkomst (zie Advies 328 overweging 5.3.3.).

Beoordeling Commissie

- 5.42. De Commissie kan op basis van de onderbouwing van de klacht van ondernemer niet vaststellen op welke wijze concurrentiegevoelige informatie van ondernemer ongeoorloofd zou zijn gebruikt of misbruikt.
- 5.43. De Commissie volgt ondernemer in ieder geval niet in de stelling dat ieder gebruik van concurrentiegevoelige/bedrijfsvertrouwelijke informatie ten behoeve van de voorbereiding van een aanbesteding niet zou zijn toegestaan.
- 5.44. De enkele omstandigheid dat aanbestedder beschikt over offertes en/of eenheidsprijzen ter zake van de vervanging van terreinverlichting die mogelijk ook voorwerp zijn van de aanbesteding voor de raamovereenkomst terreinverlichting en deze als (onderdeel van) historische gegevens betreft bij het opstellen van de

raming is op zichzelf naar het oordeel van de Commissie niet ongeoorloofd. Wel geldt dat aanbesteder zorgvuldig dient om te gaan met dergelijke gegevens nu deze – op de voet van artikel 2.57 lid 2 Aw 2012 – ook beschermd moeten worden, indien informatie gebruikt kan worden om de mededinging te vervalsen. Dat betekent dus dat dergelijke gegevens ook niet indirect via aanbestedingsstukken of andere documenten openbaar mogen worden gemaakt.

- 5.45. Zoals volgt uit het hiervoor behandelde toetsingskader is de grens gelegen in het (ongeoorloofd) delen of openbaar maken van gegevens die als vertrouwelijk zijn verstrekt. Gesteld nog gebleken is dat aanbesteder offertes of eenheidsprijzen van ondernemer of andere bedrijfsvertrouwelijke informatie van ondernemer openbaar heeft gemaakt of anderszins op naar ondernemer herleidbare wijze heeft gedeeld.
- 5.46. Het klachtonderdeel is naar het oordeel van de Commissie **ongegron**d.

6. Advies

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegron**d en klachtonderdeel 2 **ongegron**d.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door mr. S. Lautenbag.

Omdat het hen vanwege conflicterende belangen niet vrijstond, zijn commissieleden mr. G.R. Werkman-Bouwkamp en mr. M.C. Pinto niet betrokken geweest bij de behandeling van deze klacht.

Den Haag, 18 mei 2026

Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Commissielid