

Advies 211

1. Feiten

1.1. Beklaagde heeft op 24 februari 2015 op TenderNed de aankondiging gepubliceerd van een Europese openbare aanbestedingsprocedure voor een opdracht voor het leveren van leermiddelen en het aanbieden van onderwijsdiensten.

1.2. In de aankondiging staat ten aanzien van de voorwaarden voor de verkrijging van bestekken en aanvullende documenten:

‘Termijn voor ontvangst van aanvragen voor documenten en voor toegang tot documenten: 10/4/2015 12.00 uur

Tegen betaling verkrijgbare documenten: neen’

1.3. Klager heeft op 25 februari 2015 verzocht om toezending van de aanbestedingsstukken. Bij e-mail van 26 februari 2015 is namens beklagde aangegeven dat beklagde bereid is tot toezending van de aanbestedingsstukken indien klager een geheimhoudingsverklaring (hierna: de verklaring) ondertekent.

1.4. De verklaring luidt:

‘(...)

U heeft informatie opgevraagd inzake de Europese aanbesteding levering leermiddelen en inkopen onderwijsdiensten van [beklaagde]. Aangezien genoemde [beklaagde] deze informatie alleen vertrouwelijk ter beschikking zal stellen aan (potentiële) inschrijvers dient u onderstaande verklaring te tekenen voordat wij u de betreffende stukken doen toekomen.

..... (naam potentiële inschrijver) vertegenwoordigd door (naam rechtsgeldig vertegenwoordiger) verklaart hierbij het opgevraagde aanbestedingsdocument met bijlagen en alle overige door of namens [beklaagde] verstrekte informatie en documenten vertrouwelijk te behandelen en slechts aan medewerk(st)ers dan wel voor deze procedure in te schakelen derden te tonen, die er voor de voorbereiding van de offerte kennis van moeten nemen. Ook zal (naam potentiële inschrijver) er zorg voor dragen dat niet op enigerlei wijze derden in kennis worden gesteld van de gegevens die in dit verband door of namens [beklaagde] zijn of worden verstrekt, noch de betreffende documentatie toepassen voor eigen gebruik. De vertrouwelijkheid zal ook in acht worden genomen, indien de opdracht niet aan (naam potentiële inschrijver) gegund wordt.

..... (naam potentiële inschrijver) accepteert dat indien deze vertrouwelijkheid niet door haar in acht wordt genomen, zij aan [beklaagde] een boete verschuldigd is van € 25.000,- (ZEGGE VIJFENTWINTIG DUIZEND EURO) overeenkomstig artikel 6:91 BW. Deze boete is direct opeisbaar, zodra [beklaagde] bovenstaande overtreding constateert, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding.

Tekent voor akkoord,

.....
Datum (...).'

2. Beschrijving klacht

Klager is van mening dat het ondertekenen van de verklaring als voorwaarde voor het verstrekken van de aanbestedingsstukken jegens haar onrechtmatig is, vanwege strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Klager wijst er op dat uit artikel 1.10, lid 1, Aw 2012 volgt dat beklagde bij de voorbereiding en het tot stand brengen van de opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria kan stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Tevens stelt klager dat in artikel 1.10, lid 2, onderdeel h, Aw 2012 is voorgeschreven dat "de voorwaarden van de overeenkomst" proportioneel moeten zijn. Ook stelt klager dat in paragraaf 3.9 van de Gids Proportionaliteit nadere voorschriften worden gegeven met betrekking tot de proportionaliteit van contractvoorwaarden.
- 3.2. Het ondertekenen van de verklaring als voorwaarde voor het verstrekken van de aanbestedingsstukken moet volgens klager aangemerkt worden als een "disproportionele voorwaarde van de overeenkomst". Klager merkt op dat niet is aangegeven en evenmin valt in te zien, waarom met de aanbestedingsstukken zou moeten worden omgegaan op de thans in de verklaring opgenomen (beperkende) wijze. De opdracht kan volgens haar niet als "uiterst vertrouwelijk" óf "geheim" worden aangemerkt. Reeds om deze reden zou het ondertekenen van de verklaring als voorwaarde voor het verstrekken van de aanbestedingsstukken niet in een redelijke verhouding tot de aard van de opdracht staan.
- 3.3. Daar komt volgens klager bij dat met het ondertekenen van de verklaring goed beschouwd het invoeren van rechtsbescherming in het kader van de aanbestedingsprocedure onmogelijk wordt gemaakt, althans sterk wordt ontmoedigd. Immers, een rechter en de Commissie van Aanbestedingsexperts kunnen niet worden beschouwd als de kring van personen die getuige de verklaring kennis mogen nemen van de aanbestedingsstukken. Bovendien wordt in de verklaring een boete van EUR 25.000,- aan overtreding van de in acht te nemen vertrouwelijkheid verbonden, onverminderd het recht op aanvullende schadevergoeding. Dit terwijl in artikel 2.66, lid 1, Aw 2012 is voorgeschreven dat de aanbestedingsstukken kosteloos ter beschikking moeten worden gesteld.
- 3.4. Voorts geeft klager aan dat, teneinde een voldoende mate van level playing field in de aanbestedingsprocedure te creëren, gewaarborgd moet zijn dat klager na ontvangst van de aanbestedingsstukken nog voldoende tijd wordt geboden om een concurrerende inschrijving op te stellen. Om die reden verzoekt zij de Commissie van Aanbestedingsexperts zich in haar advies uit te laten over het opschuiven van de inschrijvingstermijn.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklaagde heeft op 18 maart 2015 gereageerd op de klacht. Hieronder is de reactie – voor zo ver relevant – verkort weergegeven.
- 4.2. Beklaagde schetst allereerst haar beeld van de markt van leermiddelen waarin de aanbesteding plaatsvindt. Beklaagde geeft aan dat deze markt van oudsher is verdeeld tussen uitgevers en distributeurs. Scholen zijn verplicht leermiddelen te kopen, dan wel te huren van uitgevers en maken daarbij gebruik van distributeurs (waaronder klager) die deze leermiddelen leveren. Door de komst van digitale leermiddelen ontstaan er een aantal belangrijke wijzigingen, aldus beklagde.
 - 4.2.1. In de eerste plaats constateren de uitgevers thans dat een lesmethode niet langer bestaat uit een werkboek en een leerboek, maar daarnaast ook uit een digitale licentie. Met andere woorden de lesmethode is verkrijgbaar op papier en digitaal. De uitgevers constateren hierbij dat het niet langer houdbaar is alle producten afzonderlijk volledig te prijzen. De digitale licentie en de papieren lesmethode zijn door dezelfde auteurs ontworpen en de inhoud van papier en digitaal is grotendeels gelijk. Zodra de digitale licentie gereed is, hoeft de papieren versie nog maar voor enkele euro's gedrukt te worden in het buitenland. Een volledige consumentenprijs hanteren voor papier en digitaal afzonderlijk, zoals deze in het verleden werd gehanteerd, zou daardoor niet langer houdbaar zijn.
 - 4.2.2. Dit heeft belangrijke gevolgen voor de distributeur, zoals klager. De distributeur kocht deze papieren leer- en werkboeken en kon aan de hand van de consumentenprijs een bepaald winstpercentage genereren. Indien deze spullen dramatisch in prijs zakken, zakken ook de winstpercentages voor de distributeur. Daarnaast zijn er met de komst van digitaal lesmateriaal bij scholen ernstige twijfels ontstaan ten aanzien van de toegevoegde waarde van distributeurs. Digitale licenties kunnen op eenvoudige wijze door de uitgever aan een school beschikbaar worden gesteld via email, waarna de school deze in haar elektronische leeromgeving plaatst zodat de leerling deze kan gebruiken. Hierin heeft de distributeur geen enkele toegevoegde waarde meer, aldus beklagde.
 - 4.2.3. Een belangrijke ontwikkeling in het kader van digitaal lesmateriaal is het zogenaamde gepersonaliseerde leren. Scholen bieden leerlingen steeds beter gepersonaliseerd leren aan. Dit kan door het digitale lesmateriaal aan te passen aan de wensen van de leerling. Scholen willen dan ook invloed hebben op de totstandkoming en bijstelling van lesmateriaal. Dit is voor distributeurs als klager moeilijk. Zij distribueren leermiddelen, maar maken geen leermiddelen. Dit is voorbehouden aan uitgevers.
- 4.3. Beklaagde geeft aan na een marktverkenning een bestek te hebben ontwikkeld dat zich toespitst op digitaal lesmateriaal en waarin het mogelijk is dat ook de uitgevers een rol gaan spelen in de aanbesteding. Volgens beklagde wordt de marktwerking voor leermiddelen hiermee aanzienlijk vergroot.
- 4.4. Beklaagde voert enkele beweegredenen aan om aan inschrijvers te vragen vertrouwelijk met haar bestek om te gaan.
 - 4.4.1. Allereerst heeft beklagde veel tijd gestoken in de ontwikkeling van het bestek. Beklaagde wil voorkomen dat het door haar ontwikkelde concept aan commerciële partijen beschikbaar wordt gesteld die het voor eigen gewin exploiteren.

- 4.4.2. Ten tweede voert beklagde aan dat zij het in 4.3 bedoelde concept zeer zorgvuldig heeft voorbereid. Hierop hebben alle marktpartijen uitgezonderd klager zeer positief gereageerd, waarbij alle partijen de kanttekening hebben geplaatst dat het concept volledig nieuw is en dat de markt zal moeten wennen aan het concept. Beklagde heeft daarom besloten om het nieuwe concept zorgvuldig aan de markt aan te bieden. Deze zorgvuldigheid zou doorkruist worden indien derden het concept kopiëren en grootschalig op de markt gaan aanbieden. Hierdoor ontstaat volgens beklagde het risico dat marktpartijen zich terugtrekken.
- 4.4.3. Beklagde betoogt ten derde dat het proportionaliteitsbeginsel niet van toepassing is op de verklaring, omdat art. 1.10 lid 2 sub a (*bedoeld zal zijn: "sub h", Commissie*) Aw 2012 ziet op de overeenkomst die voortkomt uit de aanbestedingsprocedure. Ook de andere in lid 2 genoemde onderdelen zien volgens beklagde niet op de verklaring, die ook overigens volgens haar niet disproportioneel is.
- 4.5. Beklagde geeft aan dat klager niet duidelijk heeft gemaakt in welke belangen zij wordt geschaad door te eisen dat vertrouwelijk wordt omgegaan met het aanbestedingsdocument. Voor haar inschrijving wordt klager op geen enkele wijze belemmerd volgens beklagde. Beklagde benadrukt dat alle documenten gratis aan inschrijvers worden aangeboden.
- 4.6. Beklagde heeft in een brief aan klager aangegeven dat de verklaring niet bedoeld is om de gang naar de rechter of de Commissie van Aanbestedingsexperts in de weg te staan.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt voorop dat beklagde op dit moment een Europese openbare aanbestedingsprocedure houdt. Op deze aanbestedingsprocedure zijn onder andere de volgende bepalingen van toepassing: Deel 1 en 2 Aw 2012 en de Gids Proportionaliteit.
- 5.2. In deze klachtprocedure staat de vraag centraal of het een aanbestedende dienst in het kader van een Europese openbare procedure is toegestaan aan ondernemers de eis te stellen dat zij – als voorwaarde voor de toezending van de aanbestedingsstukken – een geheimhoudingsverklaring ondertekenen waarmee zij zich verplichten de toe te zenden aanbestedingsstukken vertrouwelijk te behandelen, op straffe van een boete.
- 5.3. Met het oog op de beantwoording van deze vraag dient allereerst het geldende recht te worden uitgelegd. De Commissie overweegt daartoe het volgende.
 - 5.3.1. Wanneer een aanbestedende dienst een Europese openbare procedure toepast, heeft hij naar huidig recht de mogelijkheid om langs elektronische weg vrije, rechtstreekse en volledige toegang te bieden tot de aanbestedingsstukken en alle aanvullende stukken. Indien hij van die mogelijkheid geen gebruik maakt, moet hij deze stukken binnen zes dagen na ontvangst van een verzoek daartoe aan de desbetreffende ondernemer zenden (zie art. 39 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG en art. 2.68 Aw 2012).
 - 5.3.2. De Commissie is van oordeel dat ook wanneer een aanbestedende dienst besluit geen gebruik te maken van de mogelijkheid om langs elektronische weg toegang te bieden tot de aanbestedingsstukken, hij desalniettemin verplicht is vrije en volledige toegang tot die stukken te bieden. Niet valt immers in te zien waarom die verplichting enkel en alleen zou gelden in het geval dat de aanbestedende

dienst zou kiezen voor het ter beschikking stellen van de aanbestedingsstukken langs elektronische weg.

- 5.3.3. De Commissie stelt vast dat in art. 53 lid 1 van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU de verplichting om langs elektronische weg de vrije en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken te bieden tot hoofdregel is gemaakt. De Commissie stelt echter tevens vast dat in art. 21 lid 2 van die Richtlijn het volgende is bepaald:

'de aanbestedende dienst kan aan een ondernemer eisen stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt, gedurende de aanbestedingsprocedure te beschermen.'

Deze uitzonderingsbepaling is vervolgens uitgewerkt in art. 53 lid 1, derde alinea, Richtlijn 2014/24/EU, waarin is bepaald:

'Wanneer geen kosteloze vrije, rechtstreekse en volledige toegang langs elektronische weg tot bepaalde aanbestedingsstukken kan worden geboden omdat aanbestedende diensten voornemens zijn art. 21, lid 2, van deze richtlijn toe te passen, vermelden zij in de aankondiging of in de uitnodiging tot bevestiging van de belangstelling welke maatregelen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie zij eisen en hoe toegang kan worden verkregen tot de betrokken documenten (...).'

- 5.3.4. De Commissie leest art. 21 lid 2 *jo.* art. 53 lid 1, derde alinea, Richtlijn 2014/24/EU als een bepaling die de mogelijkheid biedt tot het maken van een uitzondering op de verplichting van een aanbestedende dienst om vrije en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken te bieden. Uit deze bepaling blijkt echter niet in welke gevallen het een aanbestedende dienst is toegestaan van deze mogelijkheid gebruik te maken, anders dan dat het moet gaan om gevallen waarin hij de vertrouwelijke aard van de informatie die hij beschikbaar stelt wenst te beschermen.
- 5.3.5. De uitzonderingsbepaling van art. 21 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU moet naar het oordeel van de Commissie worden gelezen in verband met art. 15 lid 2, eerste alinea van die Richtlijn. Daarin is bepaald:

'Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten en prijsvragen die niet anderszins op grond van lid 1 zijn uitgezonderd, voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn beschikbaar stelt.'

- 5.3.6. Naar het oordeel van de Commissie kan bij de beantwoording van de vraag die in deze klachtprocedure centraal staat (zie 5.2 hiervoor) geen onderscheid worden gemaakt tussen het huidige en het komende recht. Het hiervoor besproken art. 21 lid 2 Richtlijn 2014/24/EU – bezien in verband met art. 15, lid 2, eerste alinea van die Richtlijn – behelst naar haar oordeel de codificatie van de jurisprudentie van het HvJ EU met betrekking tot art. 14 Richtlijn 2004/18/EG. De strekking van dat artikel, dat is geïmplementeerd in art. 2.23 lid 1 sub b Aw 2012, is dat de bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG niet van toepassing zijn op overheidsopdrachten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de in de betrokken lidstaat geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan dan wel indien de bescherming van de wezenlijke belangen van die lidstaat zulks vereist. Uit de jurisprudentie van het HvJ EU kan worden afgeleid dat een aanbestedende dienst zich al-

leen op deze uitzonderingsbepaling kan beroepen wanneer hij aantoont dat het doel dat hij daarmee voor ogen heeft – de verspreiding van vertrouwelijke informatie die verband houdt met essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat – niet kan worden bereikt in het kader van een oproep tot mededinging zoals die waarin de Richtlijn voorziet (zie HvJ EG 8 april 2008, C-337/05 (Commissie/Italië), r.o. 50-53 en HvJ EG 2 oktober 2008, C-157/06 (Commissie/Italië), r.o. 29-33).

- 5.4. Op grond van het voorgaande is de Commissie van oordeel dat het geldende recht met het oog op de beantwoording van de vraag die in deze klachtprocedure centraal staat als volgt moet worden uitgelegd: bij de uitvoering van een Europese openbare procedure bestaat de mogelijkheid tot het maken van een uitzondering op de verplichting van een aanbestedende dienst om vrije en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken te bieden alleen in het geval dat de informatie die in die stukken besloten ligt verband houdt met essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat en de uitzonderingsmaatregel is bedoeld als een minder ingrijpende maatregel ter bescherming van de vertrouwelijke aard van die informatie dan het buiten toepassing laten van Richtlijn 2004/18/EG.
- 5.5. Het behoeft gelet op de reactie van beklagde op de klacht geen betoog dat de vertrouwelijkheid van de informatie die zij in de onderhavige aanbestedingsprocedure beoogt te beschermen door te eisen dat ondernemers, die verzoeken om toezending van de aanbestedingsstukken, een geheimhoudingsverklaring met een boeteclausule ondertekenen, geen verband houdt met essentiële veiligheidsbelangen van Nederland. Dat betekent naar het oordeel van de Commissie dat beklagde, door een dergelijke ondertekening van ondernemers te eisen – als voorwaarde voor toezending van de aanbestedingsstukken – handelt in strijd met haar in 5.3.2 bedoelde verplichting om ondernemers vrije en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken te bieden.
- 5.6. Het voorgaande betekent dat de klacht gegrond is.
- 5.7. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende. Dat een aanbestedende dienst in strijd handelt met de in 5.3.2 bedoelde verplichting wanneer hij eist dat ondernemers – als voorwaarde voor de toezending van de aanbestedingsstukken – eerst een geheimhoudingsverklaring moeten ondertekenen waarmee zij zich verplichten de toe te zenden aanbestedingsstukken vertrouwelijk te behandelen, op straffe van een boete, laat naar haar oordeel het volgende onverlet: het geldende recht biedt een aanbestedende dienst in beginsel wel de mogelijkheid in de toe te zenden aanbestedingsstukken te bepalen – zoals in de aanbestedingspraktijk overigens ook gebruikelijk is – dat (potentiële) inschrijvers de in die stukken opgenomen informatie vertrouwelijk dienen te behandelen en dat het hen verboden is die informatie te gebruiken voor andere doeleinden dan die welke verband houden met hun deelname aan de betreffende aanbestedingsprocedure.
- 5.8. Voor zover de Commissie met haar uitleg van het geldende recht in 5.4 hiervoor een te strikte interpretatie zou hebben gegeven aan de mogelijkheid die het geldende recht biedt om een uitzondering te maken op de verplichting van een aanbestedende dienst om vrije en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken te bieden, overweegt zij verder ten overvloede nog het volgende.

- 5.8.1. De Commissie stelt voorop dat beklaagde de verplichting tot geheimhouding zeer ruim heeft geformuleerd. Die verplichting heeft blijkens de inhoud van de verklaring (zie 1.4 hiervoor) betrekking op "het opgevraagde aanbestedingsdocument met bijlagen en alle overige door of namens [beklaagde] verstrekte informatie en documenten". Daarmee omvat de verplichting ook de informatie en documenten die al tot het publieke domein behoren of zullen gaan behoren.
- 5.8.2. Uit artikel 1.10 lid 1 Aw 2012 volgt dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen mag stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
- 5.8.3. Zoals ook blijkt uit de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 52*) houdt het Europeesrechtelijke proportionaliteitsbeginsel in dat een afweging moet plaatsvinden van de gevolgen die een bepaalde maatregel veroorzaakt en de daar tegenoverstaande voordelen. Daarbij moet worden bekeken in hoeverre de gekozen maatregel evenredig is aan het te bereiken doel (GvEA EG 1 december 1999, gevoegde zaken T-125/96 en T-152/96 (Boehringer)).
- 5.8.4. Wat de gevolgen van de door beklaagde geëiste ondertekening van de geheimhoudingsverklaring betreft, is de Commissie van oordeel dat beklaagde – mede gelet op hetgeen is overwogen in 5.8.1 – daarmee hoe dan ook een drempel opwerpt voor de toegang van ondernemers tot de onderhavige opdracht. Gelet op de inhoud van die verklaring zou immers kunnen worden betoogd dat een ondernemer die de verklaring ondertekent niet alleen een boete van € 25.000,- jegens beklaagde is verschuldigd wanneer hij zelf handelt in strijd met de aangegane verplichting om de aanbestedingsstukken vertrouwelijk te behandelen, maar ook wanneer hij die verplichting weliswaar heeft "doorgelegd" naar medewerkers en/of derden die hij voornemens is in het kader van zijn deelname aan de aanbestedingsprocedure in te schakelen, maar die medewerkers en/of derden vervolgens handelen in strijd met die verplichting. Een ondernemer zal het risico dat een dergelijke medewerker en/of derde handelt in strijd met die verplichting nooit volledig kunnen beheersen. Dat betekent dat hij met het ondertekenen van de verklaring een financieel risico loopt, zeker wanneer de betreffende medewerker en/of derde onvoldoende verhaal blijkt te bieden in het geval dat de ondernemer de jegens beklaagde verschuldigde boete probeert te verhalen op die medewerker en/of derde. De mogelijkheid dat dat risico zich zal verwezenlijken, zal door een onderneming als een drempel voor de toegang tot de onderhavige opdracht kunnen worden ervaren.
- 5.8.5. De Commissie is van oordeel dat, voor zover tegenover de hiervoor geschetste gevolgen van de door beklaagde geëiste ondertekening van de geheimhoudingsverklaring al de voordelen staan die beklaagde in haar reactie op de klacht heeft genoemd (zie 4.4.1 en 4.4.2 hiervoor), die voordelen ook zouden kunnen worden bereikt met een minder vergaande maatregel dan het eisen van de ondertekening van die verklaring. De Commissie wijst in dit verband op de in de aanbestedingspraktijk meer gebruikelijke maatregel zoals genoemd in haar overweging ten overvloede in 5.7 *in fine* hiervoor.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie beveelt beklagde aan om in een op TenderNed te publiceren Nota van Inlichtingen bekend te maken dat zij in de onderhavige aanbestedingsprocedure afziet van de eis dat ondernemers, die verzoeken om toezending van de aanbestedingsstukken, de in 1.4 bedoelde geheimhoudingverklaring moeten ondertekenen als voorwaarde voor die toezending. De Commissie beveelt beklagde bovendien aan om de termijn voor indienen van de inschrijvingen te verlengen tot 45 dagen na de publicatie op TenderNed van de hiervoor bedoelde Nota van Inlichtingen.

Den Haag, 23 maart 2015

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter