



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht

Plas, H.

Citation

Plas, H. (2023, September 14). *Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht*. *Bouwrecht monografieën*.

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from:

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Transparantie en wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst

7.1 INLEIDING

Aangenomen dat het verbod om wezenlijk te wijzigen tot doel heeft de belangen van derden te beschermen, dienen zij middelen te hebben om voor hun rechten op te komen.¹ Maar hoe is effectieve rechtsbescherming mogelijk als zij geen toegang tot de relevante informatie hebben? Veel wijzigingen onttrekken zich immers aan het zicht van derden. En stel dat wel transparantie wordt betracht: wanneer en hoe dienen betrokkenen te worden geïnformeerd? Hoe kunnen de rechtmatige belangen van de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer worden beschermd, bijvoorbeeld op het punt van bedrijfsgeheimen? Wat is anders geformuleerd een voldoende mate van transparantie?

Vanwege dit soort vragen wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de vraag hoe een derde effectief zijn rechten kan uitoefenen met betrekking tot wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst, aangezien veel wijzigingen zich aan het zicht van derden onttrekken (deelvraag 6). Bij de behandeling dient vooraf te worden scherp gesteld dat transparantie in aanbestedingsrechtelijke context ten minste drie betekenissen kan hebben. Ten eerste informeren (“we zijn in overeenkomst A wijziging 1 overeengekomen”). Ten tweede motiveren (“wij beschouwen deze wijziging om de volgende redenen toelaatbaar”). Ten derde concurrentiestelling, bijvoorbeeld door het organiseren van een aanbesteding ten behoeve van een wijziging die als wezenlijk wordt aangemerkt. In dit hoofdstuk ligt het primaat bij de eerste twee verschijningsvormen.

In Nederland is de discussie over deze transparantieproblematiek nog slechts beperkt gevoerd. Hierom worden in § 7.2 en 7.3 eerst argumenten voor en tegen een hoge mate van transparantie ten aanzien van wijzigingen tijdens de uitvoering uiteengezet. Met die argumenten in het achterhoofd is § 7.4 gewijd aan de bespreking van vragen over het huidige kader. § 7.5 biedt een doorkijk naar eventuele toekomstige verplichtingen. In § 7.6 wordt besloten met het beantwoorden van deelvraag 6.

1 Dit hoofdstuk is deels een actualisatie en verfijning van Plas 2021.

7.2 ARGUMENTEN VOOR EEN HOGE MATE VAN TRANSPARANTIE

De gewenste mate van transparantie hangt samen met een waardering van de relevante belangen, met name: eerlijke mededinging, toegang tot effectieve rechtsbescherming, waarde voor de publieke middelen, behoorlijk bestuur, administratieve lasten, en bescherming van vertrouwelijke informatie. Deze belangen hangen met elkaar samen. Zo kan een hoge mate van transparantie enerzijds bijdragen aan effectieve rechtsbescherming en behoorlijk bestuur, en anderzijds twijfel oproepen ten aanzien van de bescherming van vertrouwelijke informatie alsook administratieve lasten verzwaren, zodat ter discussie kan staan in hoeverre nog voldoende waarde voor de publieke middelen wordt behaald.

Ervan uitgaande dat met al deze belangen rekening dient te worden gehouden, lijkt een compromis in de vorm van een passende mate van transparantie op zijn plaats, zodat een belangenafweging dient te worden gemaakt.² In deze paragraaf wordt stilgestaan bij drie argumenten op grond waarvan is gepleit voor meer transparantie. Dit betreft de bescherming van belangen van derden (§ 7.2.1), het creëren van voldoende waarde voor de publieke middelen (§ 7.2.2), en het beginsel van behoorlijk bestuur en de strijd tegen corruptie (§ 7.2.3).

7.2.1 Belangen van derden

De wijzigingsregels beogen continuïteit tussen aanbesteding en uitvoering te waarborgen. Omdat een wezenlijke wijziging wordt beschouwd als de plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht, vereisen de Richtlijnen dat dan (opnieuw) wordt aanbesteed. Zodoende krijgen ondernemers alsnog een eerlijke kans op uitvoering van de (gewijzigde) overeenkomst c.q. de wijziging.³ In deze context hebben Racca, Cavallo Perin & Albano benadrukt dat verliezende inschrijvers ervan uit mogen gaan dat de winnaar de overeenkomst beter zal uitvoeren en dus dat overeengekomen verplichtingen niet wezenlijk gewijzigd mogen worden. Zij pleiten daarom voor een “*rigorous oversight of contract implementation*”, en zien potentieel voor verliezende inschrijvers om als “*watchdogs*” van de overeenkomst te handelen.⁴

Vanuit bepaald perspectief valt inderdaad wat te zeggen voor deze waakhond-functie. Verliezende inschrijvers hebben een eigen belang bij correcte uitvoering en kunnen vanwege hun eerdere betrokkenheid beter dan anderen op de hoogte

2 Deze terminologie is ontleend aan de vergelijking met HJEG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*, r.o. 62).

3 Zie nader § 8.3.

4 Racca, Cavallo Perin & Albano 2011, p. 99 - 103. Vgl. Racca & Cavallo Perin 2013, p. 287 - 290. Racca & Cavallo Perin 2015 stellen zelfs dat “[...] *it seems increasingly necessary for unsuccessful tenderers to act as diligent ‘watchdogs’*”. Vgl. voor de waakhonden-verwijzing: UN Convention against corruption, Nusa Dua Indonesia, 28 januari - 1 februari 2008, CAC/COSP/2008/CRP.2, § 45.

zijn van de inhoud van de aanbestede prestaties. Echter, het blijft twijfelachtig in hoeverre deze functie in de praktijk kan worden gebracht, en hoe in het verlengde daarvan effectieve rechtsbescherming kan worden geboden.

Zo merkt Treumer op dat concurrenten vaak worden ontmoedigd te klagen vanwege de moeilijkheden om precies inzicht te krijgen in de details van de oorspronkelijke overeenkomst en de wijzigingen die vervolgens zijn doorgevoerd.⁵ Prieß betoogt dat een aanbestedingsverplichting tot doel heeft een verstoring van het aanbestedingsresultaat te voorkomen. Echter, zo voegt hij daar retorisch aan toe, hoe weten concurrenten wat er speelt als de wijziging niet via de media uitlekt?⁶ Simovart wijst er verder op dat transparantie bemoeilijkt wordt doordat in veel aanbestede overeenkomsten ongerechtvaardigde geheimhoudingsbedingen zijn opgenomen.⁷

Volgens Marique poogt art. 72 Richtlijn 2014/24/EU barrières op te werpen voor aanbestedende diensten die de aanbestedingsregels willen omzeilen. De opzet van dit artikel veronderstelt echter een gedecentraliseerde monitoring door concurrenten. Dit terwijl met name MKB'ers mogelijk helemaal niet de middelen hebben om die taak te vervullen en het moeilijk blijft toegang tot relevante documenten te krijgen. Daar komt volgens haar bij dat de beperkte transparantieverplichtingen in dat artikel geen sluitende regeling tegen omzeilingsconstructies bieden.⁸

Daarmee bestaat nauwe samenhang tussen transparantie en het recht op effectieve rechtsbescherming.⁹ Simovart, Ginter en Parrest hebben daarom betoogd dat aanbestede overeenkomsten in beginsel als openbare informatie dienen te worden beschouwd. Het particuliere belang om contractbepalingen als vertrouwelijk te beschouwen delft dan in beginsel het onderspit.¹⁰ Simovart en Arrowsmith stellen dat bekendmaking van informatie over (wijzigingen in) aanbestede overeenkomsten uit de aanbestedingsrechtelijke beginselen voortvloeit, zodat in de rechtspraak verdergaande transparantieverplichtingen kunnen worden ontwikkeld.¹¹

Zonder enige vorm van transparantie zouden de wijzigingsregels inderdaad eenvoudig tot een dode letter verworden. Hoewel de continuïteitsverplichting in theorie nog zou gelden, hebben derden dan doorgaans geen middelen om hun rechten te effectueren. Rechtsbescherming wordt dan afhankelijk van incidentele vondsten. Wil het verbod wezenlijk te wijzigen effect kunnen sorteren, dan dient in enige mate transparantie te bestaan. Daarvan uitgaande, dient relevante informatie

5 Treumer 2012, p. 153.

6 Prieß & Saussier 2013, p. 159.

7 Simovart 2015, § 1.3.

8 Marique 2016, p. 211 en 212.

9 Vgl. art. 47 Handvest EU; HJEU 10 oktober 2012, T-183/10 (*Sviluppo Globale*, r.o. 40); HJEU 27 april 2016, T-556/11 (*European Dynamics*, r.o. 253).

10 Ginter, Parrest & Simovart 2013.

11 Simovart 2015, § 1.3 en Arrowsmith 2014, p. 1379 en 1380.

toegankelijk te zijn en afdoende voor derden om hun rechtspositie in te schatten. Rekening houdend met de ratio van de wijzigingsregels en erop gelet dat het in principe aan een aanbestedende dienst is een wijziging te accorderen,¹² is het gerechtvaardigd dat de bewijslast betreffende de rechtmatigheid van een wijziging in beginsel op hem rust.

Wel kan worden opgemerkt dat het niet tot de primaire verplichtingen van een ondernemer behoort om waakhond te spelen. Dat hij hier in tijden van recessie meer toe genegen kan zijn dan tijdens een hausse, maakt dat niet anders. Zijn eventuele bereidwilligheid is gelegen in het belang de continuïteit van zijn bedrijfsvoering te waarborgen. Wanneer een ondernemer een aanbestede overeenkomst wenst te volgen, dient hij dat zelfstandig te kunnen beslissen, met dien verstande dat hij over de noodzakelijke middelen beschikt. Deze mogelijkheid ontslaat een aanbestedende dienst dus niet van de zelfstandige verplichting de aanbestedingsregelgeving na te leven.

7.2.2 Waarde voor de publieke middelen

In de literatuur is bediscussieerd of het creëren van ‘*value for money*’ wel een doelstelling van het Europese aanbestedingsrecht is.¹³ Aan deze discussie wordt hier voorbijgegaan. Op Nederlandse aanbestedende diensten rust ingevolge art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet namelijk de verplichting door middel van aanbestedingen voldoende maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te creëren.¹⁴ Hoewel geen consensus bestaat over de reikwijdte van dit begrip, is in ieder geval duidelijk dat kostenbesparingen en de beste-prijs-kwaliteit-verhouding hieronder dienen te worden begrepen.¹⁵ De vraag in hoeverre maatschappelijke waarde voor de publieke middelen kan worden behaald, is ook hier relevant. Wijzigingen komen immers niet in concurrentie tot stand. Voorts kan de vraag opkomen of de opdrachtnemer dan nog steeds de meest geëigende partij is. Hij was dat voor de oorspronkelijke overeenkomst, maar is dat niet ook zonder meer voor de gewijzigde overeenkomst.

Deze omstandigheden zijn door Ginter, Parrest & Simovart aangevoerd ten fa-
veure van het vergroten van transparantieverplichtingen.¹⁶ Racca, Cavallo Perin
& Albano betogen dat het “*competition principle [...] must be safeguarded until
the end of the performance phase so that ‘promised quality’ [...] coincides with*

12 Vgl. HJEU 14 mei 2020, C-263/19 (*T-Systems*, r.o. 74).

13 Vgl. Marique 2016, p. 198.

14 Vergelijkbare verplichtingen rusten op Franse en Amerikaanse aanbestedende diensten, zie art. L3 Code de la Commande publique en art. 1.102 sub a US Federal Acquisition Regulations System.

15 Amendement Koppejan, TK 2011-2012, 32440, nr. 46; debat 1 februari 2012, TK 48-4-14. Zie uitgebreider Van Heeswijck 2015 en Van Heeswijck 2021, § 3.2.

16 Ginter, Parrest & Simovart 2013, § 3.

‘*delivered quality*’¹⁷. Zodoende zouden inschrijvers minder genegen kunnen zijn opportunistische aanbiedingen te doen in de hoop later winstgevendere meerwerken te kunnen claimen,¹⁸ gegeven de begrensde wijzigingsvrijheid en het feit dat wijzigingen worden gepubliceerd. Bruyninckx voegt daaraan toe dat een aanbestedende dienst vaak op een informatieachterstand staat, waardoor hij over onvolgende informatie beschikt om wijzigingen tegen marktconforme voorwaarden overeen te komen. Hoewel hij enkele voordelen onderkent van het aanbesteden van een wijziging, signaleert hij ook het risico van een *vendor lock-in*: hoewel de kosten van een rechtstreeks overeengekomen wijziging hoger kunnen zijn dan in geval van een aanbesteding, zijn de (politiek-maatschappelijke) risico’s gemoeid met een aanbesteding doorgaans nog groter.¹⁹

In theorie klinkt het goed dat transparantie het waarborgen van maatschappelijke waarde voor de publieke middelen dient. De vraag is echter of dit in de praktijk ook echt zo werkt. Transparantiemechanismen faciliteren het rechtmatigheidstoezicht. Als naar aanleiding van een transparante handelswijze wordt geconcludeerd tot een wezenlijke wijziging, is het waarschijnlijker dat de aanbestedende dienst tegen (forse) kostenposten aanloopt dan dat hij kosten bespaart, bijvoorbeeld doordat hij een nieuwe aanbestedingsprocedure dient te organiseren of omdat hij schadeplichtig blijkt. Het project kan daardoor vertraging oplopen, als het al succesvol kan worden afgerond. Verder is onzeker of de aanbestedende dienst (de dreiging van) transparantie wel effectief jegens zijn opdrachtnemer kan gebruiken, in die zin dat deze een scherper aanbod neerlegt. Integendeel: die mogelijkheid kan zelfs grond zijn voor een extra risico-opslag.²⁰

Wat transparantie in de vorm van concurrentiestelling betreft, kan evenzeer betwijfeld worden of zodoende maatschappelijke waarde voor de publieke middelen kan worden behaald. Zoals in § 8.2 wordt toegelicht, kunnen knelpunten bestaan om succesvol aan te besteden. Zodoende lijkt eerder winst te liggen in een deugdelijke voorbereiding en goed contractmanagement dan in transparantie. Daar staat tegenover dat maatschappelijke waarde voor de publieke middelen een bredere portée kent dan een strikte kosten-batenafweging. Het dient niet te worden vergeten dat de rechtmatige besteding van belastinggelden een op zichzelf staand te behartigen belang is.

7.2.3 Behoorlijk bestuur en de rol van het maatschappelijk middenveld

De noodzaak voor het organiseren van aanbestedingen wordt in de basis gegrond op het tegengaan van favoritisme en willekeur. Tegelijkertijd wordt de markt voor

17 Racca, Cavallo Perin & Albano 2011, p. 99 - 103. Idem: Racca & Cavallo Perin 2015, p. 247 en 266.

18 Vgl. Arrowsmith 1997, onder VI en Arrowsmith 2014, p. 578.

19 Bruyninckx 2016, p. 286 - 291.

20 *Ibidem*.

overheidsopdrachten zelf als zeer gevoelig voor corruptie aangemerkt.²¹ Simovart wijst er daarom op dat meer transparantie mede geënt kan zijn op *“improving anti-corruption policies in public procurement as implementing high transparency standards and strengthening control mechanisms during the contract performance period.”*²² Tátrai heeft in het verlengde daarvan aanbevolen om effectieve monitoringssystemen op te zetten die mede betrekking zouden moeten hebben op wijzigingen.²³ Dergelijke mechanismen kunnen ook worden gezien in het licht van de hiervoor genoemde waakhondfunctie.²⁴

Daarom wordt in toenemende mate betoogd dat betrokkenheid van het maatschappelijk middenveld de integriteit van het aanbestedingsproces kan verbeteren. Deze betrokkenheid dient volgens Cravero mede te zien op de uitvoering, zodat aanbestedende diensten ter verantwoording kunnen worden geroepen en corruptie beter kan worden bestreden.²⁵ Die oproep vindt weerklank bij de Uniewetgever. In overweging 122 van de considerans voor Richtlijn 2014/24/EU wordt benadrukt dat, ook al staat een beroep op de aanbestedingsrechtelijke beroepsprocedures niet open, het voor maatschappelijke actoren wel mogelijk dient te zijn om potentiële schendingen te melden bij bevoegde instanties.

In 2014 heeft de Europese Commissie in zijn anti-corruptie-rapport benadrukt dat striktere regels met betrekking tot wijzigingen kunnen helpen bij (het toezicht op) de naleving van het aanbestedingsrecht. Zij bepleit de implementatie van hoge transparantiestandaarden voor het hele aanbestedingsproces, tot aan het einde van de uitvoering. Dit zou kunnen via gemeenschappelijke transparantiestandaarden op decentraal niveau, toegang tot overeenkomsten, en online publicatie van de jaarlijkse kostenoverzichten.²⁶ Transparantie kan in deze visie worden ingezet om realisatie van maatschappelijke doelstellingen na te streven, een belang dat verdergaat dan louter het beschermen van de belangen van andere ondernemers.²⁷ Meer transparantie zou het risico op corruptie kunnen verkleinen en ertoe kunnen leiden dat mogelijke verkwisting van belastinggeld beter wordt geïdentificeerd.²⁸

Op zichzelf zijn dit nobele doelstellingen. De praktijk lijkt echter weerbarstiger. Veel wijzigingen worden immers niet doorgevoerd met als doel de Richtlijnen te omzeilen, maar om projecten tot een goed of beter einde te brengen. Dit wordt ook met zoveel woorden door de Uniewetgever onderkend, daar waar thans in een

21 Anderson, Kavacic & Müller 2017.

22 Simovart 2015, p. 39.

23 Tátrai 2016, p. 518.

24 Zie uitvoeriger over de driehoeksverhouding wijzigingen - corruptie - controlemechanismen Racca & Cavallo Perin 2015.

25 Cravero 2019. Zij tekent daarbij aan dat de mate van betrokkenheid een controversieel thema is, zie § 2.

26 Europese Commissie 2014, p. 23, 24, en 35.

27 Vgl. over de maatschappelijke doelstellingen Halonen 2019, p. 13 - 15.

28 Vgl. Tátrai 2016.

wijzigingenmandje is voorzien.²⁹ In zoverre kan dus zelfs worden aangevoerd dat de maatschappij baat heeft bij wijzigingen.

Verder kan worden betwijfeld in hoeverre het maatschappelijk middenveld een effectieve bijdrage kan leveren. In zichzelf hoeft de prijs geen sluitend bewijs van een ontoelaatbare wijziging te vormen.³⁰ De conclusie dat wezenlijk is gewijzigd, resulteert vaak uit een (relatief) complexe analyse van de aard en prijs van de wijziging(en), al dan niet in relatie tot de toets of die wijzigingen achteraf gezien het aanbestedingsproces hebben beïnvloed. Grondige kennis van alle relevante documenten en redenen is dan vereist, terwijl aanbestedingsdocumenten omvangrijk kunnen zijn. Aldus veronderstelt participatie een hoge mate van transparantie. Natuurlijk wordt in overweging 122 een signalerende en geen besluitvormende rol toegekend. Maar dit doet er niet aan af dat bevoegde instanties in beginsel opvolging dienen te geven aan meldingen. Om het risico op overbelasting en excessieve administratieve lasten te minimaliseren, is het wenselijk dat meldingen feitelijke grondslag hebben. Het voor de hand liggende instrument is dan transparantie.

Deze kanttekeningen dienen als oproep om op voorhand na te denken over de haalbaarheid doelen die via transparantie dienen te worden bereikt en over de mechanismen die daartoe worden ontwikkeld. Daarbij dient rekening te worden gehouden met de tegenargumenten.

7.3 ARGUMENTEN TEGEN EEN HOGE MATE VAN TRANSPARANTIE

Diverse argumenten tegen verregaande transparantie zijn of kunnen worden aangedragen, met name dat hierdoor de mededinging wordt geschaad (§ 7.3.1), dat bedrijfsvertrouwelijke informatie dient te worden beschermd (§ 7.3.2), en dat administratieve lasten kunnen toenemen (§ 7.3.3).

7.3.1 Mededinging wordt geschaad

Het verstrekken van informatie aan andere partijen kan de mededinging schaden. Sanchez-Graells heeft betoogd dat het aanbestedingsproces de mogelijkheid tot anti-competitief gedrag vergroot, vanwege de veelheid aan informatie die wordt gedeeld.³¹ Hij heeft aandacht gevraagd voor de nadelen van volledige transparantie.³² Verder heeft hij zijn zorgen geuit over het ontwikkelen van openbare contractregisters.³³ In zijn visie dient transparantie te worden herijkt, waarbij registers niet voor iedereen even openbaar zijn.³⁴ Halonen is iets genuanceerder. Zij con-

29 Vgl. Commission non paper 2012 cluster 8, p. 15.

30 Zie ook § 6.3.3.

31 Sanchez-Graells 2014 en Sanchez-Graells 2018, § 2.2.3.

32 Sanchez-Graells 2013 en Sanchez-Graells 2019.

33 Sanchez-Graells 2015.

34 Sanchez-Graells 2019, p. 36 en Sanchez-Graells 2019a.

cludeert dat een zekere mate van transparantie nodig is, maar dat de maatregelen bij wijzigingen zorgvuldig overwogen dienen te worden. In het bijzonder dient rekening te worden gehouden met het risico op verstoring van de mededinging.³⁵

In zekere zin hebben deze standpunten natuurlijk hun merites. Wel kan betwijfeld worden in hoeverre het vergroten van de transparantieverplichtingen daadwerkelijk risicovol zal blijken te zijn. Ondernemers weten immers doorgaans welke concurrent een project uitvoert, ook los van hun eventuele deelname in een aanbestedingsprocedure. De opdrachtnemer kan zelf de publiciteit zoeken. Ook kan informatie over het project publiekelijk worden via vakbladen, conferenties, en bijeenkomsten, of omdat de betrokkenheid van die opdrachtnemer zichtbaar is. Als een ondernemer mededingingsverstoring wil handelen, is hij niet afhankelijk van informatieverstrekking door de aanbestedende dienst. De wandelgangen kunnen dan volstaan. En waar het gaat om het ten koste van een concurrent profiteren van informatieverstrekking, raakt de discussie aan het beschermen van bedrijfsvertrouwelijke informatie.

7.3.2 Bescherming van commercieel gevoelige informatie

Door ervaring en kennisontwikkeling kunnen ondernemingen hun marktpositie verstevigen. Hoewel het commercieel interessant kan zijn informatie over projecten te publiceren, kan een ondernemer er evenzeer belang bij hebben informatie te beschermen waaruit blijkt hoe hij die activiteiten uitvoert en tegen welke tarieven. Een hoge mate van transparantie kan zijn belangen dus schaden. Hierna wordt toegelicht welke mechanismen bestaan om een juiste balans te vinden. Daartoe wordt ingegaan op de vraag of informatie vertrouwelijk is (ad 1) en worden aandachtspunten besproken voor het vinden van een balans (ad 2).

Ad 1) Bedrijfsvertrouwelijk?

Eenzijds wordt in overweging 51 considerans Richtlijn 2014/24/EU benadrukt dat *“moet worden verduidelijkt dat de bepalingen inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie geenszins een beletsel vormen voor openbaarmaking van de niet-vertrouwelijke onderdelen van gegunde opdrachten, met inbegrip van eventuele latere wijzigingen.”*³⁶ Anderzijds heeft het HJEU zowel de bescherming van commercieel gevoelige informatie in het algemeen³⁷ als bedrijfsgeheimen in het bijzonder³⁸ als Unierechtelijk beginsel aangemerkt. De Richtlijnen verplichten

35 Halonen 2016, p. 530 - 537.

36 Vgl. overweging 62 considerans Richtlijn 2014/25/EU. Opvallend genoeg heeft de Uniewetgever er in de concessierichtlijn voor gekozen dit aandachtspunt in art. 28 lid 1 op te nemen.

37 Zie reeds HJEG 24 juni 1986, zaak 53/85 (*Akzo*, r.o. 28). Vgl. conclusie van A-G Szpunar 21 juli 2016, C-162/15 P (*Evonik GmbH*, punt 41 en voetnoten 14 - 16).

38 HJEU 19 juni 2018, C-15/16 (*Baumeister*, r.o. 53). Zie ook Halonen 2016, p. 539 en Arrowsmith 2014, p. 1339 en 1440.

een aanbestedende dienst zich ervan te weerhouden informatie bekend te maken die hem vertrouwelijk door een ondernemer is verstrekt.³⁹ Daarnaast legt de Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen regels en beperkingen neer betreffende het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken, en openbaar maken van bedrijfsgeheimen.⁴⁰

Juridisch gezien geeft de Uniewetgever dus geen voorrang aan transparantie boven de bescherming van commercieel gevoelige informatie. Dit kan tot een spanningsveld leiden bij het gebruiken en bekendmaken van informatie.⁴¹ De eerste vraag die dan beantwoord dient te worden, is of de informatie van zodanige aard is dat bekendmaking ervan de belangen van een ondernemer kan schaden.

Volgens art. 21 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU mag een aanbestedende dienst informatie niet bekendmaken die hem vertrouwelijk door een ondernemer is verstrekt.⁴² In theorie geeft deze bepaling ruimte voor een subjectievere test wanneer de aanbestedende dienst gebonden is aan de kwalificatie door de ondernemer. Dan zou de wil van de ondernemer doorslaggevend zijn, zelfs wanneer de kwalificatie als bedrijfsgeheim niet gerechtvaardigd is.⁴³ Objectiever is art. 2 lid 1 Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen, op grond waarvan de persoon die rechtmatig over de informatie beschikt dient te bewijzen dat aan drie voorwaarden is voldaan.⁴⁴

Allereerst is vereist dat de informatie geheim is in die zin dat zij, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening, niet algemeen bekend is bij of gemakkelijk toegankelijk is voor personen binnen de kringen die zich gewoonlijk bezighouden met de desbetreffende soort informatie.⁴⁵ Ten tweede dient die informatie handelswaarde te bezitten omdat zij geheim is. Ten derde dient die informatie door de rechtmatige houder onderworpen te zijn aan redelijke geheimhoudingsmaatregelen.

Nu wordt in overweging 18 van de considerans voor de Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen benadrukt dat die Richtlijn overheidsinstanties niet mag onthef-

39 Art. 21 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 22 lid 3, 29 lid 5, 30 lid 3, 31 leden 4 en 6, 53 lid 1, 57 lid 4 onder i Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. art. 28 Richtlijn 2014/23/EU en art. 39 Richtlijn 2014/25/EU.

40 Art. 1 lid 1 Richtlijn 2016/943/EU.

41 De Algemene Verordening Gegevensbescherming 2016/679/EU kan hier ook een rol spelen, bijvoorbeeld als de uitvoering nauw samenhangt met de professionele kwaliteiten van individuele personen, vgl. HJEU 26 maart 2015, C-601/13 (*Ambisig*, r.o. 31 - 34).

42 Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 2.57 lid 1 Aanbestedingswet.

43 Zie voor een pleidooi tegen deze subjectieve test Plas 2021, § 3.1. Idem: conclusie A-G Sanchez-Bordona d.d. 15 april 2021 in C-927/19 (*Ecoservice*, alinea's 36 - 42).

44 Art. 2 lid 1 Richtlijn 2016/943/EU. Deze definitie volgt uit art. 39 van het TRIPS-verdrag.

45 In HJEU 18 mei 2017, T-163/16 (*Reiswolf*, r.o. 66) bevestigde het Hof dat het begrip geheim een breed toepassingsbereik heeft.

fen van de vertrouwelijkheidsverplichtingen zoals die onder meer voortvloeien uit de aanbestedingsrichtlijnen. Desalniettemin lijkt de objectieve analyse uit deze Richtlijn de voorkeur te genieten ten opzichte van de mogelijk subjectievere analyse op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Laatstgenoemden definiëren het begrip bedrijfsgeheimen niet, terwijl de eerstgenoemde dit wel doet en van recentere datum is. Daarnaast is het logisch te veronderstellen dat hij die stelt dat informatie als bedrijfsgeheim dient te worden aangemerkt, dit aannemelijk dient te maken.⁴⁶

Indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden om als bedrijfsgeheim gekwalificeerd te worden, kan informatie nog steeds commercieel gevoelig zijn. Dan kan bekendmaking nog steeds achterwege blijven indien het risico op versterking van de mededinging bestaat.⁴⁷ In *Varec* oordeelde het Hof dat, gegeven de vertrouwensrelatie tussen aanbestedende diensten en ondernemers, mechanismen dienen te bestaan die de belangen van ondernemers doeltreffend beschermen.⁴⁸ Zodoende kan het contraproductief uitwerken indien aanbestedende diensten gehouden zouden zijn zulke informatie toch bekend te maken, aangezien hierdoor de mededinging alsnog kan worden geschaad. Ook hier ligt het evenwel in de rede dat de ondernemer bewijst waarom bekendmaking achterwege dient te blijven.

Aangenomen dat in beginsel sprake is van een bedrijfsgeheim of van commercieel gevoelige informatie, kan de vraag rijzen hoe lang die kwalificatie gerechtvaardigd is. Informatie kan immers achterhaald raken. De Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen en de aanbestedingsrichtlijnen adresseren deze vraag niet.⁴⁹ Wel heeft het HJEU geoordeeld dat informatie na vijf jaar in beginsel geacht wordt niet langer geheim te zijn, tenzij de ondernemer bij wijze van uitzondering het tegendeel aantoonst.⁵⁰

Tot slot kan informatie beschermd worden door geheimhoudingsovereenkomsten (ook wel NDA's genoemd naar het Engelstalige Non Disclosure Agreement). Het is aan de aanbestedende dienst om zorgvuldig de rechtmatigheid en geschiktheid van een NDA te overwegen. Omdat zij veelal de conceptovereenkomsten opstellen, kunnen zij hun invloed op de keuze en invulling doen gelden. Als een ondernemer een NDA wenst, zou de aanbestedende dienst hem erop moeten wijzen dat de ondernemer een legitiem belang dient aan te tonen. Een NDA dient niet verder

46 Dit is bevestigd in HJEU 7 september 2021, C-927/19 (*Ecoservice*, r.o. 96 - 137). Vgl. Oudenaarden & Klijbolder 2022, p. 11 en 12.

47 Vgl. art. 50 lid 4 en 55 lid 3 Richtlijn 2014/24/EU.

48 HJEG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*, r.o. 34 - 41).

49 De termijn uit art. 8 lid 2 Richtlijn bescherming bedrijfsgeheimen ziet op de termijn voor het aanhangig maken van een zaak, zie ook HJEU 11 juli 2018, T-643/13 (*Rogesa*, r.o. 90).

50 HJEU 19 juni 2018, C-15/16 (*Baumeister*, r.o. 54 en 57).

te gaan dan strikt noodzakelijk en dient verder bij strijd met het Unierecht terzijde te worden geschoven.⁵¹

Ad 2) De balans

Inhoudelijk lijken voor aanbestedende diensten mogelijkheden te bestaan een juiste balans te vinden. Binnen de grenzen van het gelijkheidsbeginsel kan worden besloten niet tot bekendmaking over te gaan. Daarnaast kan de uitvraag op een hoger abstractieniveau geschieden, kunnen varianten worden toegestaan, of kan voor een onderhandelingsprocedure worden gekozen.

Met betrekking tot een aankondiging van een wijziging kan hij algemenere bevoordingen kiezen. Effectieve rechtsbescherming en rechtmatigheidstoezicht kunnen plaatsvinden zonder dat bedrijfsgeheimen worden bekendgemaakt. Zodoende wordt een balans getroffen tussen enerzijds de verplichting en het belang om vertrouwelijke informatie niet bekend te maken en anderzijds het motiveringsbeginsel en daarmee de toegang tot effectieve rechtsbescherming.⁵² Als bekendmaking desalniettemin nodig is, kan de aanbestedende dienst in overleg treden met de houder van die informatie over de wijze van publicatie en eventuele compensatie.

Over de (voorgenomen) bekendmaking van informatie kan worden geprocedeerd, zoals in een procedure tussen de aanbestedende dienst en de houder van de informatie. Ook kan een derde een procedure starten om toegang te krijgen tot meer informatie, bijvoorbeeld in het kader van de mogelijkheid tot inschrijving.⁵³ Diverse aspecten spelen dan een rol. De aanbestedende dienst of de derde partij dient een procesbelang aan te tonen waarom informatieverstrekking nodig is. Bij de rechtmatige eigenaar van de informatie berust de bewijslast dat de bekendmaking achterwege zou moeten blijven.⁵⁴ De gerechtelijke instantie dient toegang te hebben tot alle relevante informatie.⁵⁵ Het beginsel van hoor en wederhoor brengt niet mee dat de derde al tijdens de procedure toegang tot de informatie zou moeten

51 Zie uitvoeriger over het gebruik van geheimhoudingsovereenkomsten Van Wechem & Rijsterborgh 2020.

52 Vgl. HJEU 7 september 2021, C-927/19 (*Ecoservice*, r.o. 113 - 125).

53 Een ander voorbeeld is dat de aanbestedende dienst onrechtmatig handelt doordat hij bedrijfsgeheimen bekend heeft gemaakt, zie Hof Amsterdam 17 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3102.

54 Zie ook art. 11 lid 1 Richtlijn 2016/943/EU.

55 Art. 9 en 10 Richtlijn 2016/943/EU. Zie ook HJEG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*, r.o. 53 en 54). Vgl. Arrowsmith 2014, p. 1381 - 1384.

krijgen.⁵⁶ In zijn oordeel dient die instantie alle relevante vermogensrechtelijke en maatschappelijke belangen mee te wegen.⁵⁷ Indien de uitspraak wordt gepubliceerd, dient zo nodig zorg te worden gedragen voor afdoende anonimisering.⁵⁸

7.3.3 Administratieve lasten

Gesteld kan worden dat de verplichting om informatie te publiceren de administratieve lasten verhoogt, hetgeen in ogenschouw genomen zou moeten worden bij het bepalen van de mate van transparantie. Dit risico lijkt relatief beperkt aangezien goed contractmanagement vanuit projectmatig perspectief al aanbeveling verdient. Daar komt bij dat wijzigingen doorgaans financiële consequenties meebrengen waarover overeenstemming dient te worden bereikt. Zodoende worden ze nu al vaak gedocumenteerd, al dan niet ten behoeve van de democratische controle of de beoordeling door een accountant. Indachtig de steeds verder toenemende digitalisering wordt de administratie van wijzigingen verder vereenvoudigd. Een significante toename van de administratieve lasten behoeft daarom niet zonder meer verwacht te worden.

Wel komt het voor dat partijen discussiëren over de vraag of een bepaalde prestatie een contractuele verplichting is of een wijziging. Het is ook mogelijk dat de opdrachtnemer niet op voorhand duidelijk maakt dat een bepaalde prestatie een wijziging inhoudt, maar daarvoor wel achteraf een claim indient. Aan deze gang van zaken zitten de nodige verbintenisrechtelijke aspecten, die bijvoorbeeld de vorm kunnen aannemen van een tekortkoming of verval van recht. Zulke aspecten laten onverlet dat aanbestedingsrechtelijk met deze werkelijkheid rekening dient te worden gehouden, in die zin dat een latere aankondiging soms mogelijk zou moeten zijn, met name bij *scope of contract*-discussies.

Daarnaast verdient het moment van publicatie de aandacht. Indien alle publicatieplichtige wijzigingen voorafgaand aan uitvoering dienen te worden bekendgemaakt, kan dit administratieve lasten significant verhogen. Het risico bestaat dan dat de deugdelijke en tijdige uitvoering in de knel komt. Indien wijzigingen achteraf gepubliceerd mogen worden, vervalt dit bezwaar grotendeels aangezien de voortgang van het project (vooral nog) veel minder wordt verstoord.

56 Zie vanuit mededingingsrechtelijk perspectief art. 27 en 28 Verordening 1/2003/EG; art. 15 lid 2 en 15 Verordening 773/2004/EG; en art. 17, 18 lid 3, en 20 lid 2 Verordening 139/2004/EG. Vgl. HJEG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*, r.o. 51 - 54); HJEU 13 september 2018, C-594/16 (*Enzo Bucciioni*, r.o. 39); en HJEU 8 juli 2015, T-536/11 (*European Dynamics/Commissie*, r.o. 50). Vgl. verder art. 41 lid 2 Handvest EU, waarover uitgebreid Caranta 2019.

57 Art. 11 lid 2 aanhef en onder f en g en art. 13 lid 2 aanhef en onder f en g Richtlijn 2016/943/EU.

58 Zie voor de publicatie van uitspraken art. 15 Richtlijn 2016/943/EU. Vgl. art. 339 VWEU voor de geheimhoudingsverplichtingen van leden van Unie-instellingen en ambtenaren.

Nu de belangrijkste argumenten voor en tegen een hoge mate van transparantie zijn beschreven, wordt de aandacht gevestigd op enkele vragen die naar huidig recht bestaan.

7.4 TRANSPARANTIE INZAKE WIJZIGINGEN NAAR HUIDIG RECHT

In twee gevallen geldt een transparantieverplichting die, hoewel op het eerste oog duidelijk, diverse vragen oproept (§ 7.4.1). Daarnaast kan vooraf vrijwillig transparantie worden betracht over een wijziging. Hoewel die risicobeheersmaatregel nuttig kan zijn, wordt de bruikbaarheid ervan bemoeilijkt doordat de jurisprudentie op twee gedachten lijkt te hinken (§ 7.4.2).

7.4.1 Verplichte aankondiging van een wijziging

Bij een wijziging op grond van noodzakelijk geworden aanvullende prestaties en onvoorzienbare omstandigheden is het verplicht een aankondiging van een wijziging te publiceren.⁵⁹ Hoewel dit niet uit de Aanbestedingswet blijkt, is het ingevolge het slot van art. 72 lid 1 Richtlijn 2014/24/EU ook toegestaan die aankondiging na wijziging te publiceren: “*De aanbestedende diensten die in de onder b) en c) van dit lid genoemde gevallen een opdracht hebben gewijzigd, maken een aankondiging hiervan bekend in het Publicatieblad van de Europese Unie.*” Deze verplichting laat onduidelijkheid bestaan over zowel de relevante termijnen (ad 1) als eventuele sancties (ad 2). Bij wijziging vanwege onvoorzienbare omstandigheden kan voorts verwarring bestaan over de motivering die moet worden verstrekt (ad 3).

Ad 1) Termijnen

Momenteel is het alleen vereist dat een wijziging wordt gepubliceerd. In de Aanbestedingswet wordt niet geconcretiseerd wanneer die aankondiging moet worden gedaan. Deze lacune kan strategisch gedrag in de hand werken en ten koste gaan van het nut en de effectiviteit van deze verplichting. Het is namelijk niet uitgesloten dat een aanbestedende dienst met publicatie wacht tot meer dan zes maanden na wijziging om zo de dreiging van een vernietigingssanctie te verkleinen mocht toch niet voldaan zijn aan de wettelijke vereisten. Ook kan hij wachten tot vlak voor een periode van verminderde activiteit, zoals feestdagen of vakanties. In de context van een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf heeft het HJEU reeds geoordeeld dat dit niet verboden is.⁶⁰ Wel kan betwijfeld worden of zulk strategisch gedrag in lijn is met de geest van de Richtlijnen en met een juiste waardering van de relevante belangen. Een duidelijke termijn waarbinnen de aankondiging dient te worden gepubliceerd, lijkt daarom wenselijk.

59 Art. 2.163d leden 5 en 6 (samen met art. 2.163e lid 2) Aanbestedingswet. Vgl. art. R2194-10 Code de la commande publique.

60 HJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb II*, r.o. 55 - 66).

Wezenlijke wijzigingen worden beschouwd als de nieuwe plaatsing van een overheidsopdracht. Het is goed mogelijk dat wijzigingen als bedoeld in art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet op zichzelf beschouwd nogal eens als wezenlijk kunnen worden aangemerkt. Zo bezien, lijkt het logisch om bij de aankondiging van een wijziging uit te gaan van dezelfde termijn als die voor de aankondiging van een gegunde opdracht.⁶¹ Dit vindt steun in art. 72 lid 1 slot Richtlijn 2014/24/EU. Een aankondiging van een wijziging dient namelijk bekend te worden gemaakt “*overeenkomstig artikel 51*”. Dat artikel bevat regels voor de wijze van publicatie van onder andere de aankondiging van een gegunde opdracht. Die dient uiterlijk 30 dagen na sluiting van de overeenkomst te worden gepubliceerd.⁶² Omdat mag worden verondersteld dat een aanbestedende dienst bekend is met de publicatieverplichting, zou ook in dit geval 30 dagen normaliter voldoende moeten zijn om voor de interne administratieve afwikkeling zorg te dragen.

Desondanks dient ruimte te bestaan voor maatwerk, met name bij *scope of contract*-discussies. Bij wijze van uitzondering kan dan publicatie na 30 dagen toegestaan worden, mits de aanbestedende dienst in de aankondiging de verlate publicatie deugdelijk motiveert.

Ad 2) Gevolgen

Aan het niet (deugdelijk) publiceren van een aankondiging wordt thans geen sanctie verbonden. Gevolg hiervan kan zijn dat de publicatieverplichting grotendeels ineffectief wordt. Aanbestedende diensten hebben dan geen prikkel om te publiceren, mede omdat ze - wanneer ze dat wel doen - het risico op klachten lopen. De publicatieverplichting kan zodoende een papieren tijger worden waardoor nog steeds geen recht wordt gedaan aan de belangen van derden, wat voor een vorm van sanctie pleit. De vraag dringt zich dan op welke sanctie geschikt is.

Aan de ene kant kan de gedachte postvatten om het achterwege laten van een aankondiging te sanctioneren met een aanbestedingsplicht. Hierdoor worden de consequenties van een schending feitelijk gelijkgesteld met die van een wezenlijke wijziging. Die sanctie kan relatief snel onevenredig uitwerken: de enkele afwezigheid van een aankondiging hoeft op zichzelf namelijk geen dwingend bewijs van een wezenlijke wijziging op te leveren.

Aan de andere kant kan overwogen worden de aanbestedende dienst alsnog tot publicatie te verplichten. Los van de wenselijkheid dat informatie over de wijziging bekend wordt, kan worden betwijfeld of deze verplichting voldoende afschrikwekkend is. De aanbestedende dienst wordt er dan alleen toe verplicht te doen

61 Idem: Commission non paper 2012 cluster 8, p. 20 en 21. De Europese Commissie verwijst daar wel naar Richtlijn 2004/18/EG. Ingevolge art. 35 lid 4 van die Richtlijn gold een termijn van 48 dagen. Die termijn is inmiddels naar 30 dagen teruggebracht.

62 Zie art. 51 lid 1 samen met art. 50 Richtlijn 2014/24/EU.

wat hij al moest doen. Hij kan publicatie zelfs achterwege laten totdat hij daartoe wordt gedwongen. Het is dan niet uitgesloten dat al de nodige tijd is verstreken, zodat een belanghebbende ondernemer slechts een schadevergoedingsactie res-teert, terwijl hij bij tijdige publicatie van een wijziging meer rechtsmiddelen tot zijn beschikking zou hebben gehad.

Tegelijkertijd kunnen gerechtvaardigde redenen bestaan voor de aanbestedende dienst om (nog) geen aankondiging van een wijziging te publiceren, bijvoorbeeld bij *scope of the contract*-discussies. Dan kan het publiceren van de aankondiging prematuur zijn en mogelijk zelfs nadelig uitwerken in de onderhandelingen met de opdrachtnemer.

Een ‘*one size fits all*’-aanpak lijkt dus niet op zijn plaats. De (Unie)wetgever zou daarom een niet-limitatieve lijst van sancties kunnen introduceren voor gevallen waarin het niet halen van de dertig dagen-termijn niet objectief gerechtvaardigd kan worden.⁶³ Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan bestuurlijke sancties, de verplichting een schadevergoeding te betalen, en/of een tegemoetkoming in de eventueel gemaakte (werkelijke) proceskosten.

Ad 3) Verwarrende terminologie

Op grond van art. 72 lid 1 slot Richtlijn 2014/24/EU dient de aankondiging de in bijlage V, deel G, bij die Richtlijn bedoelde informatie te bevatten. Op grond van sub 6 hiervan dient een omschrijving te worden gegeven “*van de omstandigheden die de wijziging noodzakelijk maakten*”. Die verplichting is logisch bij de noodzakelijk geworden aanvullende prestaties uit art. 2.163d Aanbestedingswet, maar niet zonder meer bij wijziging vanwege onvoorzienbare omstandigheden in de zin van art. 2.163e Aanbestedingswet. Het criterium is dan dat een behoefte tot wijziging dient te bestaan. Hoewel taalkundig gezien in behoefte een element van (subjectieve) noodzaak besloten kan liggen, wordt dit begrip eerder gebruikt om een (sterke) wens uit te drukken. Hiervan uitgaande, wordt een kwalitatief lagere drempel neergelegd dan in art. 2.163d Aanbestedingswet, die kan schuren met de verplichting de omstandigheden te omschrijven die de wijzigingen “noodzakelijk” maakten.

Dit roept de vraag op of in art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet inhoudelijk verschillende criteria zijn neergelegd.⁶⁴ De Nederlandse taalversie van de Richtlijnen biedt geen oplossing, nu de termen “noodzakelijk” en “behoefte” ook in art. 72 lid 1 onder b en c Richtlijn 2014/24/EU en de pendanten daarvan in de concessierichtlijn en de speciale sectorenrichtlijn worden gehanteerd. Daarentegen worden in de Franse (*nécessaire/nécessaire*), Duitse (*erforderlich/erforderlich*),

63 Op deze plaats wordt voorbijgegaan aan de vraag of die sancties op EU-niveau of nationaal kunnen worden geïntroduceerd.

64 Zie over de uitlegkaders ten aanzien van EU-recht ook § 3.3.3.

Italiaanse (*necessari/necessità*) en Spaanse (*necessarias/necesidad*) taalversies wel dezelfde begrippen gehanteerd. In het Engels worden de begrippen “*necessity*” en “*need*” gebruikt, begrippen die volgens het Oxford English Dictionary vaak als synoniemen worden beschouwd. Verder is relevant dat - zoals in § 6.3.2 aangehaald - de oorsprong van art. 2.163d en 2.163e Aanbestedingswet is te herleiden tot de Europese onderhandelingsrationalen. De compromistekst is alleen in het Engels opgesteld en spreekt in deze context van “*the need for modification*”.⁶⁵

Daarmee lijkt het aannemelijk dat het begrip “behoefte” begrepen dient te worden in termen van noodzaak en dat in zoverre geen onderscheid bestaat. Het verdient aanbeveling dat de Uniewetgever deze incongruentie dit verduidelijkt. Nederlandse aanbestedende diensten dienen zich ervan te vergewissen dat zij niet (alleen) dienen te motiveren waarom behoefte aan wijziging bestaat, maar (ook) waarom wijziging noodzakelijk is geworden.

7.4.2 Aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf

De mogelijkheid om een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf te publiceren, werd geïntroduceerd om rechtsonzekerheid te vermijden, in het bijzonder voor twijfelgevallen.⁶⁶ Een aanbestedende dienst kondigt aan dat hij zonder Europese aanbestedingsprocedure een overeenkomst wil sluiten. Hij dient de rechtmatigheid van dit voornemen te motiveren en een opschortende termijn in acht te nemen. Deze aankondiging kan ook worden gebruikt om voorgenomen wijzigingen aan te kondigen.⁶⁷ In dat verband hinkt de jurisprudentie van het HJEU echter op twee gedachten. De oordelen in *Fastweb II* en *Finn Frogne* bemoeilijken het antwoord op de vraag wanneer van deze risicobeheersmaatregel gebruik kan worden gemaakt. Na een recapitulatie van *Fastweb II* (ad 1) en *Finn Frogne* (ad 2), wordt het spanningsveld toegelicht (ad 3), en een suggestie voor een uitweg geformuleerd (ad 4).

Ad 1) Fastweb II

Het Italiaanse Ministero dell’Interno heeft een overeenkomst voor telecommunicatiediensten gesloten met Telecom Italia. Partijen wensen de overeenkomst, die per 31 december 2011 zou eindigen, te vernieuwen. Het ministerie meent dat Telecom Italia vanwege technische redenen en exclusieve rechten als enige in staat is de opdracht uit te voeren. Op 20 december 2011 wordt een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf gepubliceerd en op 31 december 2011 wordt de nieuwe overeenkomst ter waarde van circa € 521,5 miljoen gesloten. Fastweb start een vernietigingsactie. In meerdere instanties wordt geoordeeld dat het ministerie niet bewezen heeft dat aan de voorwaarden voor directe gunning is voldaan.

65 Compromisvoorstel van 14 juni 2013, interinstitutional file 2011/0438 (COD), nr. 11048/13.

66 Overweging 26 considerans Richtlijn 2007/66/EG.

67 Idem: Van Garsse, Verhoeven & Verschave 2021, § III.2.b.

Hoewel de Consiglio di Stato de onverbindendheid van de overeenkomst in stand laat, betwijfelt hij de gevolgen van de aankondiging, en stelt prejudiciële vragen.⁶⁸

Het Hof benadrukt de noodzaak van daadwerkelijk en effectief toezicht. De aanbestedende dienst moet duidelijk en ondubbelzinnig motiveren dat hij de opdracht zonder aanbestedingsprocedure kan gunnen, zodat de belanghebbenden met volledige kennis van zaken kunnen bepalen of zij het nuttig achten een zaak aanhangig te maken en de rechter een daadwerkelijk toezicht kan uitoefenen. In dat kader dient de rechter te beoordelen of de aanbestedende dienst zorgvuldig handelde en van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden werd voldaan. Zo nee, dan moet de overeenkomst onverbindend worden verklaard, waarbij de gevolgen naar nationaal recht worden bepaald. Zo ja, dan dient de overeenkomst in stand te blijven.⁶⁹

Ook na ommekomst van de opschortende termijn kan de rechtsgeldigheid van de overeenkomst dus nog onzeker zijn. Dit arrest is daarom kritisch ontvangen, omdat de effectiviteit van een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf hierdoor zou worden ondermijnd, zodat aanbestedende diensten nog terughoudender in het gebruik ervan zullen zijn.⁷⁰ Dat laatste moge wellicht zo zijn, maar daarbij dient niet uit het oog te worden verloren dat de aankondiging niet de rechtvaardiging voor het handelen is, maar die rechtvaardiging bevat. Die rechtvaardiging dient deugdelijk te zijn, terwijl die in *Fastweb II* nogal leek te rammelen.

Ad 2) Finn Frogne

In 2007 start de Deense Staat een concurrentiegericht dialogo voor de levering en het onderhoud van een complex communicatiesysteem voor hulpdiensten. CFB wordt als verantwoordelijke aanbestedende dienst aangewezen. Terma wint de aanbesteding. De contractwaarde wordt geraamd op circa € 70,6 miljoen, waarvan circa € 40,2 miljoen voor een minimumoplossing en € 30,4 miljoen aan opties.⁷¹

Er ontstaan uitvoeringsproblemen. Beide partijen wijzen verantwoordelijkheid van de hand. Ze komen tot een schikking op grond waarvan het voorwerp van de opdracht wordt beperkt tot de levering van een radiocommunicatiesysteem ter waarde van circa € 4,7 miljoen. Verder koopt CFB twee servergroepen met een waarde van ongeveer € 6,7 miljoen. Deze groepen had Terma aanvankelijk zelf gekocht om aan CFB te verhuren. Tot slot doet elke partij afstand van alle rechten uit de oorspronkelijke opdracht. Alvorens de schikking definitief te maken wordt

68 HJEU 11 september 2014, C-19/13 (*Fastweb II*). Deze zaak is te onderscheiden van HJEU 4 juli 2013, C-100/12 (*Fastweb I*).

69 *Fastweb II*, r.o. 46 - 53.

70 Halonen 2015, § 3.1; Brown 2015, comments; La Cour, Milhøj & Ølykke 2015, § 7; Halonen 2019, p. 22 en 23 incl. voetnoten 48 en 49.

71 HJEU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*).

op 19 oktober 2010 een aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf gedaan. De schikking wordt op 17 december 2010 afgerond.

Finn Frogne, die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen, beklaagt zich bij de Deense beroepscommissie inzake overheidsopdrachten en in appèl bij de Østre Landsret. In beide instanties wordt tot een wezenlijke wijziging geconcludeerd, maar wordt tevens geoordeeld dat aan die conclusie geen gevolgen kunnen worden verbonden vanwege de aankondiging. De Deense Hoge Raad stelt daarop een prejudiciële vraag.⁷²

Het antwoord op de vraag of wezenlijk is gewijzigd, vergt volgens het HJEU een objectieve analyse op basis van de aspecten die thans in art. 2.163g Aanbestedingswet vervat zijn en waarbij de wil van partijen geen doorslaggevend element vormt.⁷³ Ook een schikking kan een wezenlijke wijziging inhouden.⁷⁴ Ten slotte wijst het Hof erop “*dat al deze uiteenzettingen niet afdoen aan de mogelijke gevolgen van de aankondiging in het geval van vrijwillige transparantie vooraf die in het kader van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht is gepubliceerd.*”⁷⁵ Tegen de achtergrond van het feitencomplex is het aannemelijk dat deze overweging dient te worden begrepen in die zin dat een schikking die een wezenlijke wijziging meebrengt, in stand kan blijven indien de formele vereisten voor publicatie van een aankondiging van vrijwillige transparantie zijn nageleefd.

Ad 3) Het spanningsveld toegelicht

Ingevolge *Fastweb II* geldt dat een aanbestedende dienst zorgvuldig dient te handelen en daadwerkelijk van mening kan zijn dat aan de voorwaarden voor onderhandse gunning is voldaan. Zo niet, dan sorteert de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf geen effect. Uit *Finn Frogne* volgt dat die aankondiging wel effect kan sorteren, zelfs als wezenlijk is gewijzigd. In het bijzonder indien na ommekomst van de opschortende termijn wordt geklaagd, kan sprake zijn van verschillende uitkomsten in een juridisch vergelijkbare situatie. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Allereerst lijkt geen wezenlijk verschil te bestaan tussen de zorgvuldigheidsanalyse uit *Fastweb II* en de objectieve-maatstaven-analyse uit *Pressetext* die in *Finn Frogne* wordt bevestigd. Er zijn aanwijzingen dat het Italiaanse Ministerie niet te goeder trouw handelde, zeker in vergelijking met CFB. In zijn conclusie voor *Fastweb II* opperde A-G Bot de introductie van een goede-trouw-analyse,⁷⁶ die door het HJEU niet expliciet werd overgenomen. Echter, de noodzaak de kwaliteit

72 Zie ook § 1.4 - 1.7 van de verwijzingsbeschikking die op de website van het Expertisecentrum Europees Recht is gepubliceerd.

73 *Finn Frogne*, r.o. 33.

74 *Finn Frogne*, r.o. 32 - 38.

75 *Finn Frogne*, r.o. 39.

76 Conclusie A-G Bot 10 april 2014, C-19/13 (*Fastweb II*, punt 80).

van de argumenten te toetsen kan in de praktijk wel als zodanig functioneren. Dat de aankondiging in *Finn Frogne* werd gedaan voordat *Fastweb II* verscheen, lijkt daarbij geen bijzonder relevant element. Uit *Finn Frogne* blijkt echter niet dat het Hof deze elementen meeweegt, terwijl het HJEU in zijn eerdere arrest *Belgacom* het beroep op de wil van partijen als rechtvaardigingsgrond al van tafel veegde.⁷⁷

In *Finn Frogne* lijkt het HJEU het inhoudelijke oordeel van de Deense rechters te volgen, in die zin dat: een verkleining van het voorwerp van de opdracht een wezenlijke wijziging kan inhouden; onvoorzienbaarheid geen excuus voor onzorgvuldigheid vormt; de wil een minnelijke oplossing te bereiken geen rechtvaardiging is om wezenlijk te wijzigen; geen herzieningsclausules aanwezig waren; en geen beroep werd gedaan op de mogelijkheden om rechtstreeks met elkaar te onderhandelen.⁷⁸

Tot slot lijkt *Finn Frogne* intrinsiek tegenstrijdig. Enerzijds verwijst het HJEU naar *Belgacom*, waarin werd geoordeeld dat het rechtszekerheidsbeginsel niet kan worden aangevoerd “om een overeenkomst uit te breiden op een wijze die in strijd is met de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie en de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting. Het doet dienaangaande niet ter zake dat deze uitbreiding een redelijke oplossing kan vormen ter beëindiging van een geschil tussen de betrokken partijen over de draagwijdte van de overeenkomst dat is ontstaan door omstandigheden waarop zij totaal geen vat hadden.”⁷⁹ Anderzijds laat het HJEU de gevolgen van de aankondiging in stand terwijl aannemelijk is dat wezenlijk is gewijzigd, zodat het rechtszekerheidsbeginsel alsnog lijkt te prevaleren.

Ad 4) Een mogelijke uitweg

De eenvoudigste oplossing is dat het HJEU zijn rechtspraak verduidelijkt, te meer omdat het mogelijk lijkt om *Fastweb II* en *Finn Frogne* met elkaar te verenigen. Een aanbestedende dienst dient aan te tonen dat hij de rechtmatigheid van de wijziging zorgvuldig heeft onderzocht, en te motiveren waarom hij van oordeel is dat deze niet wezenlijk is.

Bij een klacht kunnen meerdere scenario's zich verwezenlijken. Ten eerste kunnen de klachten van de klager als ongefundeerd of onjuist terzijde worden geschoven. De effecten van de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf blijven dan in stand. Ten tweede kan de (tijdige) klager in het gelijk wordt gesteld. De aan-

77 *Finn Frogne*, r.o. 18, 19 en 31 - 34. In HJEU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40) verwijst het Hof naar HJEG 17 juli 2008, C-347/06 (*ASM Brescia*, r.o. 69 - 71). Opvallend genoeg wordt daarin juist groter belang toegekend aan de rechtszekerheid. Gelet op het tijdsverloop had het HJEU in *Finn Frogne* die rol daarom in meer detail kunnen meewegen.

78 In Plas 2016 heb ik wel kanttekeningen geplaatst bij *Finn Frogne*.

79 *Finn Frogne*, r.o. 34 en HJEU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*, r.o. 40).

kondiging heeft dan niet het gewenste effect en de wijziging wordt als wezenlijk aangemerkt. Ten derde kan sprake zijn van een wezenlijke wijziging, maar is de procedure te laat aangespannen. Dan kan allereerst worden nagegaan hoeveel tijd er sinds die publicatie is verstreken en ook of de aankondiging van vrijwillige transparantie vooraf mede is te beschouwen als de aankondiging zoals bedoeld in art. 4.15 lid 2 onder a Aanbestedingswet, op grond waarvan de vernietigingstermijn tot 30 dagen kan worden bekort. Vervolgens kan de rechter, afhankelijk van de motivering in de aankondiging, de effecten van de aankondiging al dan niet handhaven, waarbij de situatie ten tijde van publicatie daarvan maatgevend dient te zijn.⁸⁰ Aldus kan het voordeel van de twijfel worden gegund aan een aanbestedende dienst die zorgvuldig en te goeder trouw heeft gehandeld. Op die manier kan ook een middenweg worden gevonden tussen het oordeel in *Fastweb II* en de kritiek daarop. Een discussie over hoe om te gaan met dergelijke kwesties kan geïntegreerd worden in het algemenere discours over de vraag naar transparantie bij aanbestede overeenkomsten.

7.5 ONTWIKKELINGEN OP HET GEBIED VAN TRANSPARANTIEVERPLICHTINGEN

Er klinkt in toenemende mate een roep om meer transparantie. Dit blijkt al uit de Richtlijnen zelf, waarin de Uniewetgever benadrukt “*dat de bepalingen inzake de bescherming van vertrouwelijke informatie geenszins een beletsel vormen voor openbaarmaking van de niet-vertrouwelijke onderdelen van gegunde opdrachten, met inbegrip van eventuele latere wijzigingen*”.⁸¹ Unie-instellingen⁸² en gerenommeerde wetenschappers⁸³ bevelen in toenemende mate aan om registers te ontwikkelen die mede op bekendmaking van wijzigingen zouden moeten zien.

Verder worden in diverse landen stappen ondernomen richting zogeheten “*transparency-first*” systemen.⁸⁴ In Portugal dient informatie te worden gepubliceerd over wijzigingen die meer dan 15% van de contractwaarde bedragen.⁸⁵ In het

80 Deze mogelijkheid, die ik in eerdere publicaties reeds heb verdedigd, zie ik intussen in de nationale jurisprudentie ook bevestigd in Rb. Noord-Nederland 13 juli 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:2363 (r.o. 4.17 - 4.20).

81 Overweging 51 considerans Richtlijn 2014/24/EU. Idem overweging 62 considerans Richtlijn 2014/25/EU en art. 28 lid 1 Richtlijn 2014/23/EU. Vgl. art. 1 lid 2 aanhef en onder c en art. 5 Richtlijn 2016/943/EU op grond waarvan naar nationaal recht verdergaande regels inzake openbaarmaking zijn toegestaan.

82 Zie bijvoorbeeld Mededeling Europese Commissie 2017, p. 12; Advies Europees Economisch en Sociaal Comité 2017, punt 4.8; Advies Comité van de Regio's 2017, punt 21; Resolutie Europees Parlement 2018, punt 29 en 30.

83 Zie § 7.2.

84 Zie Halonen 2016 p. 531; Ginter, Parrest & Simovart 2013 § 1; Halonen, Caranta & Sanchez-Graells 2019 p. 25 en 26 alsook 42 - 48. Vgl. OESO 2013, p. 86 en Europese Commissie 2018a, Annex 1 onder ‘C doc’ en ‘CM’, p. 15.

85 Carvalho 2019, § III.1.

Green Paper on Procurement stelt de Britse regering voor dat wijzigingen in uitgangspunt moeten worden bekendgemaakt. Publicatie is slechts dan niet vereist als de wijziging(en) minder dan 10% van de oorspronkelijke opdrachtwaarde bij leveringen en diensten bedraagt of 15% bij werken, althans sprake is van een wijziging van minder dan 10% van de oorspronkelijke contractvoorwaarden, of wanneer het voorwerp van de opdracht niet wordt gewijzigd.⁸⁶ Naar aanleiding van de publieke consultatie heeft het Cabinet Office inmiddels besloten om deze maatregelen ongewijzigd in een wetsvoorstel op te nemen.⁸⁷

In diezelfde hoek bevindt zich de Franse wetgever.⁸⁸ Deze heeft uitgesproken dat verdergaande verplichtingen, alsook een hogere mate van standaardisering en uniformering van de gepubliceerde informatie, verwacht mogen worden.⁸⁹ Momenteel dienen Franse aanbestedende diensten op hun kopersprofiel toegang te bieden tot alle essentiële informatie inzake overheidsopdrachten met een waarde van meer dan € 40.000. Hieronder valt onder meer informatie over de uitvoering van de opdracht, met inbegrip van wijzigingen.⁹⁰ Eenzelfde verplichting geldt ten aanzien van concessies.⁹¹ Informatie dient te worden verstrekt over onder meer de aard en prijs van de wijzigingen en, voor zover van belang, de gewijzigde duur van de overeenkomst of de naam van de nieuwe opdrachtnemer.⁹² De publicatietermijn bedraagt uiterlijk twee maanden na wijziging.⁹³

CEN, een Europees samenwerkingsverband waarin 34 Europese standaardisatieorganen zijn verenigd, heeft een werkgroep in het leven geroepen met als doel “*to define a European standard on integrity and accountability in the context of EU Public procurement*”.⁹⁴ Gelet op het voorgaande, is het waarschijnlijk dat die standaard mede zal zien op informatieverplichtingen bij wijzigingen. Hoewel naleving van zulke normen ingevolge art. 2 Verordening 1025/2012/EU niet zonder

86 Green Paper 2020, randnummers 233 - 238.

87 Cabinet Office response 2021, randnummers 267 - 277.

88 Zie voor een algemene grondslag art. L. 2196-2 Code de la commande publique. Vgl. Fichte DAJ 2019a, p. 1 en 10. In 2022 is een consultatie gestart voor een wetsvoorstel dat mede verdere harmonisatie en ontwikkeling van de transparantieverplichtingen beoogt, zie art. 6 van het projet de décret d’application de la loi Climat et Résilience d.d. 7 januari 2022.

89 *Ibidem*, p. 2.

90 Art. R. 2196-1 Code de la commande publique.

91 Art. R. 3131-1 Code de la commande publique.

92 Art. 1 onder II van Annex 15 bij de Code de la commande publique, inhoudende de weergave van het arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique.

93 *Ibidem*, art. 5.

94 Committee CEN/TC 461. De achtergrond van deze werkgroep wordt toegelicht door Blomberg 2019.

meer verplicht is, is op zijn minst een kaderstellend effect mogelijk nu die normen onderdeel uit kunnen maken van het Unierecht.⁹⁵

Terzijde kan er nog op worden gewezen dat overheidsondernemingen actief in de speciale sectoren en het openbaar vervoer sinds enige tijd onder de reikwijdte van de Richtlijn inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie vallen.⁹⁶ Los daarvan, wordt data over aanbestedingen (inclusief de uitvoering) in toenemende mate verzameld, gestructureerd, en gepubliceerd.⁹⁷

Al met al is een duidelijke tendens naar meer transparantie te ontwaren. In Nederland is de wetgever echter nog niet zo ver.⁹⁸ Afgezien van de op grond van de Richtlijnen vereiste publicatieplichten, bestaan geen verplichtingen. Die zijn ook niet op korte termijn te verwachten, getuige ook een in januari 2023 gepubliceerd artikel van *Follow the Money* waaruit volgt dat Nederland het minst transparante EU-land bij openbare aanbestedingen is.⁹⁹ Die niet zo flatteuze rangschikking wordt in de gewijzigde memorie van toelichting bij de Wet open overheid trefend geïllustreerd. Daarin wordt verdedigd dat het aanbestedingsrecht een eigen transparantieregime kent dat voorgeaat op de Woo.¹⁰⁰ Daaraan wordt de stelling toegevoegd: “*De gedachte daarbij is dat het aanbestedingstraject op zichzelf transparant moet zijn, maar dat de uiteindelijk overeengekomen prijs uit concurrentieoverwegingen niet openbaar mag zijn*”.¹⁰¹ Het wordt echter niet toegelicht hoe dit standpunt zich verhoudt tot de al jaren bestaande verplichting om die prijs in de aankondiging van een gegunde opdracht te publiceren.¹⁰² In dat licht wekt het overigens geen verbazing dat de Europese Commissie Nederland voor het Hof van

95 Zie HJEU 27 oktober 2016, C-613/14 (*James Elliott*). Dat dergelijke normen slechts tegen betaling beschikbaar zijn, doet hier niet zonder meer aan af, vgl. HJEU 14 juli 2021, T-185/19 (*Public.Resource.Org*, o.a. r.o. 61 - 74). Zie voor nadere duiding Volpato 2021.

96 Zie overweging 25 considerans en art. 1 lid 1 onder b Richtlijn 2019/1024/EU. Uit overweging 58 considerans volgt wel dat die richtlijn geen afbreuk doet aan Richtlijn 2014/24/EU. Art. 1 lid 2 Richtlijn 2019/1024/EU bevat enkele belangrijke uitzonderingen.

97 Borges de Oliveira, Fabregas & Fazekas 2019.

98 Eigener beweging publiceert het Rijk sinds enige tijd wel overzichten over lopende rijkscontracten en over de rijksuitgaven inkoop, maar daarin wordt niet (duidelijk) ingegaan op (de waarde van) wijzigingen, laat staan dat de betreffende contracten op duidelijke wijze gekoppeld zijn aan de TenderNed-aankondigingen van datzelfde contract.

99 Homolová 2023.

100 Dat standpunt is op zichzelf genomen niet verwonderlijk gelet op ABRvS 28 augustus 2013, ECLI:NL:RVS:2013:888 en ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1808, waarin die voorrangregel wordt uitgesproken ten opzichte van de Wob.

101 TK 2019-2020, 35 112, nr. 9, p. 26.

102 Zie bijvoorbeeld bijlage V, deel D, sub 13 Richtlijn 2014/24/EU. Vgl. voor dit uitgangspunt art. VI lid 1 aanhef en onder e GPA 1988, art. XVIII lid 1 aanhef en onder e GPA 1994 en art. XVI lid 2 aanhef en onder d GPA 2012.

Justitie heeft gedaagd vanwege het niet tijdig omzetten van Richtlijn 2019/1024/EU inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie.¹⁰³

In het licht van het voorgaande is het echter niet zozeer de vraag of nieuwe transparantieplichtingen worden geïntroduceerd, maar veelmeer wanneer welke verplichtingen. Daarvan uitgaande, kan reeds nu worden nagedacht hoe een dergelijk systeem vorm zou kunnen krijgen. Het is noodzakelijk vooraf te definiëren wat het doel of de doelen van de transparantieplichtingen zou(den) moeten zijn. Dit is zowel van belang voor de vraag in hoeverre de Uniewetgever bevoegd is tot het treffen van maatregelen als voor de precieze inhoud van de verplichtingen.

Gelet op de verwijzing in de considerans naar artikelen 53, 62, en 114 VWEU, is de unierechtelijke basis voor de Richtlijnen met name ingegeven door interne-marktdoeleinden. Binnen die kaders is de Uniewetgever bevoegd. Bij een ander primair doel ligt het meer voor de hand dat de lidstaten bevoegd zijn. Daar komt bij dat, als belangen van mededingingsrechtelijke aard het primaire doel vormen, de motivering met name gericht dient te zijn op de rechtmatigheid van de wijziging. Echter, een motiveringsverplichting kan ook strekken tot de doelmatigheid van een wijziging. Een nieuw transparantiesysteem zou daarom gebaseerd kunnen worden op een gemeenschappelijke kern waarop lidstaten naar believen kunnen voortbouwen. Bij wijze van gedachtenvorming kan betoogd worden dat bij het ontwikkelen van een dergelijk systeem acht geslagen wordt op de volgende aspecten.

Ten eerste zouden wijzigingen die binnen de reikwijdte van het wijzigingenmandje vallen, niet gepubliceerd hoeven te worden, althans niet op grond van het gemeenschappelijke deel. Deze wijzigingen zijn immers in beginsel hoe dan ook toegestaan. Deze ontheffing verlicht administratieve lasten, terwijl duidelijk is dat wijzigingen die wél gepubliceerd worden niet binnen de reikwijdte van deze uitzondering (kunnen) worden geplaatst.

Ten tweede kan publicatie van het gebruik van een optie of herzieningsclausule (vanaf een bepaalde financiële waarde) verplicht worden gesteld. Dat een dergelijk beding deugdelijk is opgesteld, wil namelijk nog niet zeggen dat het ook op de juiste wijze wordt ingezet.¹⁰⁴

Ten derde verdient het aanbeveling na te denken over de vraag of de publicatie vooraf of achteraf dient plaats te vinden. Vanwege de werkbaarheid en de legitimiteit van het systeem, verdient het de voorkeur om voor publicatie achteraf te kiezen. Die keuze heeft als nadeel dat andere ondernemers voor een voldongen feit kunnen komen te staan. Een middenweg kan gevonden worden in een model

103 Zie inbreukprocedure INFR(2021)0474. Op 15 februari 2023 heeft de Europese Commissie besloten de zaak aanhangig te maken bij het Hof van Justitie.

104 Bogdanowicz 2021, p. 109 is hiervan een voorstander. Hij noemt het zelfs “*startling*” dat die verplichting nog niet bestaat.

waarbij wijzigingen vanaf een bepaalde financiële waarde vooraf dienen te worden gepubliceerd.¹⁰⁵

Ten vierde zou de bescherming van commercieel gevoelige informatie integraal deel uit moeten maken van het register.¹⁰⁶ Maatwerkoplossingen zijn reeds beschikbaar. Dat een toelichting op een bepaald abstractieniveau wordt gegeven, kan worden verduidelijkt door een vinkje aan te kruisen waaruit blijkt dat sprake is van een commercieel gevoelige informatie die niet bekend gemaakt kan worden. Ook kan bijvoorbeeld een regeling getroffen worden op grond waarvan informatie door een onafhankelijke derde vertrouwelijk worden geanalyseerd.¹⁰⁷

Ten vijfde kan de tijdslimiet voor publicatie in beginsel op 30 dagen worden gezet. Voor uitzonderingen kan een langere periode worden toegestaan.¹⁰⁸

Ten zesde dient de aanbestedende dienst risicoverantwoordelijk te zijn voor de input in het systeem. Indien fouten kunnen worden toegerekend aan de opdrachtnemer, kunnen de gevolgen daarvan tussen beide partijen worden afgewikkeld.

Tot slot dient publicatie plaats te vinden via hetzelfde platform als waar de aanbestedingsdocumenten zijn gepubliceerd. Zodoende kan een opdracht van begin tot einde worden gevolgd.

Evident ligt er ten aanzien van publicatieverplichtingen nog het nodige in het verschiet. Het lijkt daarom voor de wetgever wenselijk om goed beslagen ten ijs te komen, teneinde een deugdelijke keuze te kunnen maken.

7.6 BEANTWOORDING DEELVRAAG 6

Deelvraag 6 luidt: hoe kan een derde effectief zijn rechten uitoefenen met betrekking tot wijzigingen tijdens de uitvoering van een aanbestede overeenkomst, aangezien veel wijzigingen zich aan het zicht van derden onttrekken?

Hoewel deze vraag in Nederland vooralsnog weinig aandacht genereert, neigt het antwoord in veel gezaghebbende bronnen naar meer transparantieverplichtingen. Transparantie wordt daarin niet louter als middel gezien om derden in staat te stellen hun rechtspositie in te schatten. Ook wordt het als geschikt instrument ervaren om controle uit te oefenen op de rechtmatige en doelmatige besteding van belastingen.

105 Blaisse-Verkooijen 2016, § 3 slotalinea pleit onverkort voor een *ex ante* bekendmaking. Ik kan mij daar niet in vinden, zie § 7.3.3.

106 Ten minste zal dat met inachtneming van Richtlijn 2016/943/EU dienen te geschieden.

107 Vgl. naar analogie art. 5.2 en 5.3 Modelbepalingen Algoritmische toepassingen gemeente Amsterdam in het kader van broncodes bij AI-toepassingen.

108 In Plas 2021, § 6.4 stond ik deels een termijn van drie maanden voor. Inmiddels lijken verschillende termijnen mij onwenselijk.

tingelden. Zo bezien, vallen vermogensrechtelijke en maatschappelijke belangen in toenemende mate samen, waarbij de aanbestede overeenkomst aldus meer en meer publiek bezit wordt ten nadele van de partijautonomie.

Tegelijkertijd dient niet uit het oog te worden verloren dat transparantie geen doel is, maar een hulpmiddel. Net zoals met ieder ander instrument heeft transparantie zijn nut én zijn grenzen. Daarom dient er rekening mee te worden gehouden dat commercieel gevoelige informatie in beginsel vertrouwelijk dient te blijven. Het verdient verduidelijking welke informatie waarom, wanneer en waar dient te worden gepubliceerd en wat de sancties kunnen zijn bij tekortkomingen. Op dat punt bestaan nog te veel onduidelijkheden, wat de effectiviteit van deze instrumenten niet ten goede komt en tot rechtsonzekerheid kan leiden. De wetgever en de rechtspraak dienen hier nog een slag te slaan.

