



VERTROUWELIJKHEID LEIDT TOT ONDUIDELIJKHEID



DE ZAAK

Het Waterschapshuis, een regie- en uitvoeringsorganisatie voor 21 waterschappen in Nederland, start een Europese niet-openbare aanbesteding voor de levering van standaardsoftware en daaraan gerelateerde dienstverlening. Tijdens de aanbesteding publiceert het Waterschapshuis twee versies van de tweede nota van inlichtingen (Nvl). De reden hiervoor is dat in de eerste versie van de tweede Nvl per ongeluk een vertrouwelijke vraag van een gegadigde was opgenomen. Het antwoord op die vraag is niet vermeld. De gegadigde die de vertrouwelijke vraag heeft gesteld – SoftwareONE – krijgt een individueel antwoord op deze vraag van het Waterschapshuis, waar de andere inschrijvers geen kennis van kunnen nemen.

Twee partijen – Protinus en SoftwareONE – schrijven in op perceel 2 van de aanbesteding. Het Waterschapshuis is voornemens de opdracht aan SoftwareONE te gunnen. Protinus stelt dat de inschrijving van SoftwareONE niet voldoet aan de gestelde eisen. SoftwareONE zou de gegevens verwerken op een wijze die niet zou zijn toegestaan. Protinus verwijst daarbij naar het antwoord op vraag 19 uit de eerste Nvl over bepaalde waarborgen, die de Opdrachtnemer moet treffen bij de doorgifte van persoonsgegevens aan een land of organisatie buiten de EER.

Het Waterschapshuis en SoftwareONE betwisten dat deze eis/voorwaarde is gesteld. Zij stellen dat als uitgangspunt geldt dat de gegevensverwerking uitsluitend in Nederland plaatsvindt. De gegevensverwerking mag alleen buiten de EER plaatsvinden als het Waterschapshuis daarvoor haar schriftelijke toestemming heeft gegeven, én als is voldaan aan één van de waarborgen zoals vermeld in (vooral artikel 46 lid 2 van) de Algemene Verordening Gegevensverwerking (AVG). Dat deze eis/voorwaarde is gesteld, volgt onder meer uit het individuele antwoord dat zij aan SoftwareONE hebben gegeven.

De voorzieningenrechter stelt vast dat het antwoord op vraag 19 van de eerste Nvl afwijkt van het individuele antwoord op de vertrouwelijke vraag van SoftwareONE. In dat antwoord wordt verwezen naar ruimere mogelijkheden die de AVG biedt om gegevens buiten de EU/EER te verwerken, die niet zijn genoemd in het antwoord op vraag 19 uit de eerste Nvl. Omdat beide inschrijvers van verschillende eisen/voorwaarden mochten uitgaan, is volgens de rechter sprake van strijd met het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Het Waterschapshuis dient over te gaan tot heraanbesteding.



JURIDISCH KADER

- Artikel 1.8 Aw 2012 bepaalt dat een aanbestedende dienst ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze moet behandelen. Het gelijkheidsbeginsel beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen.
- Artikel 1.9 Aw 2012 bevat het transparantiebeginsel en verplicht aanbesteders alle voorwaarden op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze te formuleren. Dat geldt ook voor voorwaarden die (al dan niet voor het eerst) worden gesteld naar aanleiding van een antwoord uit een Nota van Inlichtingen.



RECHTERS AAN HET WOORD

- Op grond van het arrest Succhi di Frutta van het Hof van Justitie van de EU impliceert het transparantiebeginsel dat alle voorwaarden en modaliteiten van de procedure in de aanbestedingsstukken worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen, deze op dezelfde manier interpreteren en de aanbestedende dienst kan nagaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de gestelde eisen.
- Het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht vereisen dat gunningsvoorwaarden van overheidsopdrachten vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk worden omschreven (HvJEU Commissie/Frankrijk).
- Het wijzigen van gunningscriteria gedurende de aanbestedingsprocedure is in beginsel niet geoorloofd. Een trans-

parante en objectieve gunningssystematiek vormt immers de belangrijkste waarborg voor een gelijke behandeling van de inschrijvers, doordat de keuzevrijheid van de aanbestedende dienst wordt beperkt tot de uitkomst van een vooraf bekendgemaakt beoordelingsproces ([HvJEU Wienstrom](#) / [HvJEU Succhi di Frutta](#)). doende invulling geven aan hun in het kader van de Wmo en Jeugdwet opgedragen taken en aan hun aanbestedingsrechtelijke controleplicht.

- De aanbestedende dienst mag tijdens de aanbestedingsprocedure niet de betekenis wijzigen van de belangrijkste voorwaarden van de opdracht – waaronder de gunningsvoorwaarden – waarop (potentiële) inschrijvers zich hebben gebaseerd om een offerte voor te bereiden of juist van deelneming aan de betrokken aanbestedingsprocedure af te zien ([HvJEU Borta UAB](#) / [HvJEU Max Havelaar](#)).



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Zorg ervoor dat alle deelnemers aan een aanbesteding over dezelfde informatie beschikken. Indien u als aanbestedende dienst informatie verstrekt aan een deelnemer in het kader van een vertrouwelijke vraag die van belang is voor alle deelnemers, zorg er dan voor dat de andere deelnemer ook over deze informatie beschikken.
- Bied altijd de mogelijkheid tot het stellen van vertrouwelijke vragen, desgewenst in een aparte NvI-ronde, waarin gegadigden vertrouwelijke verzoeken om inlichtingen mogen indienen. Geef in dat verband aan dat de vertrouwelijkheid van de door gegadigden gestelde vragen zal respecteren.
- Als aanbestedende dienst bepaal je of een vraag (inderdaad) een vertrouwelijk karakter heeft, of een algemeen karakter.
- Bij honorering van het verzoek een of meer vragen vertrouwelijk te behandelen, beantwoord je als aanbestedende dienst deze vraag/vragen individueel aan de betreffende gegadigde.
- Als (de beantwoording van) de vertrouwelijke vraag een 'algemeen' karakter heeft, is het raadzaam als aanbestedende dienst het recht voor te behouden deze informatie (of eventuele aanpassingen/wijzigingen in de aanbestedingsstukken naar aanleiding daarvan) schriftelijk te delen met andere gegadigden. Voor zover mogelijk dien je als aanbestedende dienst de betreffende vraag niet te herhalen/benoemen en ervoor zorg te dragen dat de vraag niet te herleiden valt tot de betreffende vragensteller.
- Bij afwijzing van het verzoek een of meer vragen vertrouwelijk te behandelen, leg je als aanbestedende dienst de vraag terug bij de vragensteller, die vervolgens kan besluiten de vraag al dan niet opnieuw als verzoek om een (algemene) inlichting in te dienen.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com