

Europese aanbestedingsprocedure, waaraan GOM mee zou mogen doen. GOM stelt in dat verband ook dat zij enkel heeft ingestemd met een verlenging voor onbepaalde tijd en een opzegtermijn van twee maanden omdat die opzegtermijn GOM voldoende tijd gaf om bij een heraanbesteding de contractwisseling van de werknemers van GOM te bewerkstelligen. Een nieuwe opdrachtnemer zou namelijk op grond van de toepasselijke CAO verplicht zijn geweest om de werknemers van GOM een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Daarnaast had GOM ook zelf de aanbesteding kunnen winnen, aldus GOM.

GRD betwist dat er een contractuele verplichting bestond tot openbare aanbesteding. In de brief van 23 oktober 2014 is op verzoek van GRD opgenomen dat de Overeenkomst wordt verlengd in verband met de voorbereiding van een nieuwe aanbesteding om het tijdelijke karakter van de verlenging te onderstrepen. Bovendien is in de brief niet opgenomen op welke wijze er door GRD zou worden aanbesteed en blijkt uit de brief zeker niet uit dat er openbaar zou worden aanbesteed, aldus GRD. Naar het oordeel van de rechtbank bestond er aan de zijde van GRD geen contractuele verplichting tot openbare aanbesteding na opzegging van de Overeenkomst. GOM mocht er niet enkel op basis van de toevoeging in de brief van 23 oktober 2014 dat de Overeenkomst werd verlengd vanwege "het voorbereiden van een nieuwe aanbesteding" op vertrouwen dat er na opzegging van de Overeenkomst een openbare aanbesteding zou plaatsvinden waaraan zij mee zou kunnen doen.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

GOM SCHOONHOUDEN B.V.,
gevestigd te Schiedam,

eiseres,

advocaat mr. B.K.A. van Rijsbergen,
tegen

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE DORDRECHT,

zetelend te Dordrecht,

2. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENSCHAPPELIJKE REGELING DRECHT-
STEDEN,

zetelend te Dordrecht,

3. de publiekrechtelijke rechtspersoon
DIENST GEZONDHEID & JEUGD ZUID-
HOLLAND ZUID,

zetelend te Dordrecht,

4. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE ALBLASSERDAM,

zetelend te Alblasterdam,

5. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE PAPENDRECHT,

zetelend te Papendrecht,

6. de publiekrechtelijke rechtspersoon
GEMEENTE ZWIJNDRECHT,

zetelend te Zwijndrecht,

gedaagden,

advocaat mr. A.J. van de Watering.

De volledige uitspraak is te raadplegen op maat.sdu.nl

221

Rechtbank Noord-Holland
6 september 2017, nr. 251636,
ECLI:NL:RBNHO:2017:7337
(mr. Saarloos)
Noot mr. A. Stellingwerff Beintema

Vertrouwelijke informatie. Concurrentiegevoelige informatie. Onrechtmatige daad. Overeenkomst.

[Dbw art. 2; Wbp; BW art. 6:163]

De gemeenten Alkmaar, Bergen, Castricum, Heerhugowaard, Heiloo, Langedijk en Uitgeest hebben in juli 2015 een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor het uitvoeren van "het collec-

tief vraagafhankelijk vervoer voor geïndiceerde reizigers vanuit de deelnemende gemeenten in de regio Noord-Kennemerland" vanaf 1 januari 2016. Zorgvervoercentrale Nederland B.V. (hierna: ZCN) was op dat moment de dienstverlener en contracterende partij voor dit vervoer. Het contract dateerde van 1 december 2010 en was met de provincie Noord-Holland gesloten.

In het kader van de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure is door gemeenten aan ZCN om gegevens gevraagd omtrent de zogenoemde 'integrale rittenbakken' over de periode 2010 tot en met 2014. Deze gegevens zouden moeten dienen als informatie die in de aanbestedingsprocedure aan de kandidaat inschrijvers zou kunnen worden meegedeeld om hun inschrijving op te baseren.

Het Excel-bestand van de zogenaamde rittenbakken met daarachter meerdere draaitabellen is vrijdagmiddag 31 juli 2015 door gemeenten naar TenderNed geüpload en gepubliceerd als bijlage bij de Nota van Inlichtingen 2. Alle potentiële inschrijvers hebben een notificatie ontvangen van de publicatie van de Nota van Inlichtingen 2. ZCN heeft gemeenten een uur nadat de gemeente Alkmaar het bestand publiceerde aangespoord dit direct offline te halen, omdat het bestand geheime informatie zou bevatten. Ondanks eerdere pogingen door gemeenten is op maandag 3 augustus 2015, 8.43 uur, de bijlage op 'vervallen' gezet, terwijl het bestand vanaf woensdag 5 augustus 2015, 8.56 uur, niet meer was te downloaden.

Gemeenten hebben naar aanleiding van het gebeure de aanbesteding ingetrokken en besloten om de opdracht in gewijzigde vorm uit te vragen. Op 20 augustus 2015 is de tweede aanbesteding gepubliceerd. Daarbij is een andere systematiek gehanteerd. ZCN heeft met drie mededingers op deze aanbesteding ingeschreven en een aanbieding gedaan. ZCN is als vierde geëindigd in de aanbesteding. De opdracht is uiteindelijk gegund aan Connexion. ZCN heeft een kort geding procedure aangespannen tegen de gunning aan Connexion. De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft de vorderingen van ZCN bij vonnis van 17 december 2015 afgewezen. Tegen deze beslissing is geen hoger beroep ingesteld.

Overeenkomst

De overeenkomst is in 2010 gesloten tussen de provincie Noord-Holland en ZCN. Gemeenten hebben niet betwist dat zij de inhoud van de overeenkomst kenden, maar dat is niet voldoende om aan te nemen dat zij zelf aan de inhoud daarvan gebonden waren. Inderdaad zijn gemeenten ook bij de uitvoering van de overeenkomst betrokken

geweest; het ging immers om het voor gemeenten te verrichten vervoer. Maar dat wil nog niet zeggen dat gemeenten daardoor ook gebonden waren aan de verplichtingen die de provincie en ZCN jegens elkaar zijn aangegaan. De rechtbank is met ZCN van oordeel dat gemeenten wel rekening dienden te houden met de belangen van ZCN. De voorliggende feiten leiden echter niet tot de conclusie dat gemeenten rechtstreeks gebonden waren aan de contractverplichtingen tussen ZCN en de provincie. Dit deel van de vordering zal daarom worden afgewezen.

Inbreuk op databankrechten

Voorop moet worden gesteld dat de publicatie van het bestand, zoals dat op 31 juli 2015 is gebeurd, nooit de bedoeling van gemeenten is geweest. Daarover verschillen partijen ook niet van mening. Daarnaast is van belang dat het bestand gedurende slechts enkele dagen voor derden beschikbaar is geweest en daarna weer van TenderNed is afgehaald.

Het beroep van ZCN ziet op artikel 2 lid 1 van de Databankenwet. De rechtbank is van oordeel dat in deze zaak geen sprake is van het opvragen of hergebruiken van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank van ZCN. Dit onderdeel van de vordering zal daarom worden afgewezen.

Onrechtmatige daad

Op zichzelf is natuurlijk juist dat tot 1 januari 2016 de overeenkomst slechts tussen de provincie Noord-Holland en ZCN gold. Het gaat er in dit geval om dat gemeenten per 1 januari 2016 een overeenkomst dienden te sluiten, als opvolgende instantie om het collectief vraagafhankelijk vervoer te regelen. Gemeenten stellen zelf ook dat de overgang geruisloos diende plaats te vinden. Gemeenten waren ook bekend met de inhoud van de overeenkomst en dienden rekening te houden met de belangen van ZCN.

In aanbestedingsprocedures is het van belang dat bedrijfsgeheimen van betrokken partijen niet aan andere inschrijvers bekend raken. Het zal soms nodig zijn om dat soort gegevens wel aan de aanbesteder te presenteren, ter onderbouwing van de inschrijving, maar het is uiteraard niet de bedoeling dat dit soort informatie kan worden gebruikt door andere inschrijvers bij hun inschrijving. Partijen zijn het er niet over eens dat het publiceren van de gegevens uit de rittenstaten schending van een bedrijfsgeheim van ZCN oplevert.

ZCN heeft ook zoveel mogelijk maatregelen genomen om die informatie geheim te houden. Allereerst – in ieder geval in haar eigen visie – in de overeenkomst met de provincie, maar daarnaast met name ook in het overleg met gemeenten, voorafgaande aan de publicatie van het bestand. Het alsnog openbaren en verspreiden van deze bedrijfsgeheimen van ZCN door online publicatie van het bestand door gemeenten levert daarmee een onrechtmatige daad jegens ZCN op. Dit onderdeel van de vordering is daarom toewijsbaar.

Schending privacy klanten ZCN

Het bestand bevatte ook persoonsgegevens in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Die persoonsgegevens bestonden onder meer uit de namen en verschillende andere gegevens van klanten, die werden vervoerd. Gemeenten hebben onder meer als verweer aangevoerd, met een beroep op artikel 6:163 BW, dat de bepalingen van de Wbp niet strekken ter bescherming van de belangen van ZCN. Dat standpunt wordt gedeeld door de rechtbank.

Schadestaat

Met gemeenten is de rechtbank van oordeel dat uit de in deze procedure vastgestelde feiten en wat daarover voorts op de zitting naar voren is gekomen, niet volgt dat ZCN schade heeft geleden. Zoals ZCN terecht heeft aangevoerd, is volgens vaste jurisprudentie echter voor de toewijzing van een vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk wordt gemaakt. Die mogelijkheid is wel voldoende aannemelijk gemaakt. Zo is inderdaad denkbaar dat ZCN de aanbesteding heeft verloren, omdat haar concurrenten gebruik hebben gemaakt van de gegevens die uit het gepubliceerde bestand waren af te leiden.

In de schadestaatprocedure zal ZCN de gelegenheid hebben om het bestaan van de gestelde schade nader te onderbouwen en met name het causaal verband tussen die gestelde schade en de onrechtmatige daad (het publiceren van het bestand). Dat causaal verband staat nog allerminst vast. Het mag zo zijn dat de concurrenten over de gegevens uit het bestand konden beschikken – ter zitting is namens gemeenten verklaard dat de concurrenten ongetwijfeld direct het bestand hebben gedownload – daarmee staat nog niet vast dat zij hun inschrijving daarop hebben aangepast en dat ZCN daardoor de inschrijving heeft verloren. ZCN was een van de vier inschrijvers en is op de vierde plaats is geëindigd. Eerder is in rechte

vastgesteld dat gemeenten op grond van de inschrijvingen op juiste wijze tot die rangschikking zijn gekomen.

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

ZORGVERVOERCENTRALE NEDERLAND B.V., gevestigd te Rotterdam,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

REVA TAXI B.V., handelend onder de naam BIOS PERSONENVERVOER,

gevestigd te Rotterdam,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CETORHINUS MAXIMUS B.V.,

gevestigd te Rotterdam,

eiseressen,

advocaat mr. R.W. de Vrey te Utrecht,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersonen

1. GEMEENTE ALKMAAR,

zetelend te Alkmaar,

2. GEMEENTE BERGEN,

zetelend te Bergen (NH),

3. GEMEENTE CASTRICUM,

zetelend te Castricum,

4. GEMEENTE HEERHUGOWAARD,

zetelend te Heerhugowaard,

5. GEMEENTE HEILOO,

zetelend te Heiloo,

6. GEMEENTE LANGEDIJK,

zetelend te Langedijk,

7. GEMEENTE UITGEEST,

zetelend te Uitgeest,

gedaagden,

advocaat mr. J. Tophoff te Alkmaar.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- dagvaarding d.d. 10 augustus 2016
- conclusie van antwoord
- het tussenvonnissen van 8 maart 2017
- akte van depot aan de zijde van gemeenten
- akte, houdende producties aan de zijde van ZCN
- akte, houdende productie aan de zijde van gemeenten
- het proces-verbaal van comparitie van partijen d.d. 23 augustus 2017 met bijlagen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. De gemeenten Alkmaar, Bergen, Castricum, Heerhugowaard, Heiloo, Langedijk en Uitgeest hebben in juli 2015 een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor het uitvoeren van "het collectief vraagafhankelijk vervoer voor geïndiceerde reizigers vanuit de deelnemende gemeenten in de regio Noord-Kennemerland" vanaf 1 januari 2016. Deze aanbesteding liep via TenderNed, het online marktplaats voor aanbestedingen van de Nederlandse overheid.

2.2. ZCN was op dat moment de dienstverlener en contracterende partij voor dit vervoer. Het contract dateerde van 1 december 2010 en was met de provincie Noord-Holland gesloten. Bios Personenvervoer was daarvan de feitelijke uitvoerder, handelend als 'onderaannemer' van ZCN. Cetorhinus is de moedermaatschappij van ZCN en Bios Personenvervoer.

2.3. De gemeente Alkmaar was namens gemeenten penvoerder in de aanbestedingsprocedure. In het kader van de voorbereiding van deze aanbestedingsprocedure is door gemeenten in maart 2015 aan ZCN om gegevens gevraagd omtrent de zogenoemde 'integrale rittenbakken' over de periode 2010 tot en met 2014. Deze gegevens zouden moeten dienen als informatie die in de aanbestedingsprocedure aan de kandidaat inschrijvers zou kunnen worden meegedeeld om hun inschrijving op te baseren.

2.4. ZCN heeft niet aan dat verzoek voldaan, daarbij verwijzend naar bepalingen uit de geldende overeenkomst (hierna: de overeenkomst) tussen haar en de provincie:

"Artikel 25 Geheimhouding

25.1. De Vervoerder is verplicht adequate maatregelen te nemen, om de geheimhouding te verzekeren ten aanzien van

(a) alle gegevens en informatie van de provincie Noord-Holland dan wel (elk van) de provincie Noord-Holland betreffende met een geheim of vertrouwelijk karakter, of waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat zij een geheim of vertrouwelijk karakter bezitten,

(b) op de privacy van de Reizigers betrekking hebbende gegevens waar hijzelf, zijn Personeel of gecontracteerde derden bij de uitvoering van de werkzaamheden kennis van nemen, een en ander met inachtneming van de Wet Bescherming Persoonsgegevens.

25.2. De Vervoerder garandeert dat zijn personeel, alsmede (Personeel van) door hem gecontracteerde derden, zich verplichten om de in het voorgaande lid genoemde geheimhoudingsplicht na(te)leven.

25.3. De provincie Noord-Holland verplicht zich jegens de Vervoerder tot geheimhouding ter zake al hetgeen haar bekend wordt ter zake van de onderneming van Vervoerder, behoudens algemeen bekende en/of voor een ieder toegankelijke informatie en behoudens voor zover het strafrechtelijke of bestuursrechtelijke misdrijven of overtredingen betreft.

25.4. De in het kader van de uitvoering van deze Overeenkomst verzamelde gegevens worden niet aan derden - anders dan de provincie Noord-Holland en Wmo-gemeenten - ter beschikking gesteld. Na afloop van deze Overeenkomst draagt de Vervoerder en al diegenen die hij bij de uitvoering van deze overeenkomst heeft betrokken, alle bedoelde gegevens over aan de provincie Noord-Holland, tenzij dit in strijd zou zijn met alsdan geldende wettelijke regelingen."

2.5. Gemeenten hebben van de provincie Noord-Holland een Excel-bestand (hierna: het bestand) ontvangen met gegevens over gefactureerde ritten in de maand december 2014. De gegevens in dat bestand waren door ZCN aan de provincie aangeleverd om te voldoen aan haar contractuele verplichting uit artikel 15 van de overeenkomst. Deze verplichting voor ZCN bestond om controle te kunnen uitoefenen op de door ZCN in te dienen facturen:

"Artikel 15 Ritadministratie

15.1. De Vervoerder dient een betrouwbare en nauwkeurige ritadministratie en ritregistratie te voeren.

De Vervoerder dient de provincie Noord-Holland desgevraagd inzage te verlenen in zijn administratie. De ritadministratie en de ritregistratie dienen te voldoen aan de daarvoor dienende wettelijke eisen.(...)

15.3. In verband met de door Opdrachtgever geëiste data en ten behoeve van analyse en controle van deze data, dient de aanbieder over het beschreven vervoerproces in, de volgende data te verzamelen, te registreren en vast te leggen in een database. De naar Opdrachtgever of Wmo-gemeente uitgesplitste database zal binnen twee weken na afloop van een maand door de aanbieder aan betreffende Opdrachtgever of Wmo-gemeente digitaal worden aangeleverd. Door Opdrachtgever zal in samen-

spraak met de aanbieder worden bepaald in welke bestandsvorm de database aan de Opdrachtgever wordt aangeleverd.

15.4. De Vervoerder dient aan de provincie Noord-Holland iedere maand de volgende gegevens te verstrekken met betrekking tot het bestellen van de rit:

- Datum en tijdstip bestelling rit
 - Telefonische wachttijd en spreektijd (in seconden)
 - Het pasnummer indien het een Wmo-geïndiceerde of de term OV indien het een niet Wmo-geïndiceerde Reiziger betreft.
 - Geplande datum en vertrektijd van de rit
 - Geplande ritten met een aankomst- of aansluitgarantie
 - Beginpunt van de rit (adres + postcode of naam bushalte of station)
 - Eindpunt van de rit (adres + postcode of naam bushalte of station)
 - Indicatie wet of geen rolstoelrit
 - Indicatie Wmo-rit met begeleiding of gezinsleden
- De Vervoerder dient aan de provincie Noord-Holland iedere maand de volgende gegevens te verstrekken met betrekking tot de rit zelf:
- Tijdstip terugbelservice
 - Daadwerkelijke vertrektijd
 - Daadwerkelijke aankomsttijd
 - Het aantal in rekening te brengen openbaar vervoer zones.
 - De werkelijk geïnde bijdrage per Reizigersrit, uitgesplitst naar reizigers die reizen in kader Wmo, openbaar vervoer Reizigers en openbaar vervoer Reizigers die reizen tegen het gereduceerde openbaar vervoer tarief.
 - Het door de gemeenten t.b.v. de Wmo-geïndiceerde Reizigers, gezinsleden en begeleiders nog aan te vullen verschil tussen het Wmo-tarief (en in geval van begeleiders gratis tarief.) en de ritprijs. Ook de bestelde en naderhand door de Reizigers afgezegde ritten worden bij de punten 2 en 3 geregistreerd. Gekoppeld aan het in punt 1 geëiste en ten behoeve van een analyse- en controlemogelijkheid van de gegevens door de Opdrachtgever dient de aanbieder over het vervoerproces één (1) keer per maand de volgende data op papier en digitaal aan de Opdrachtgever te presenteren uitgesplitst naar openbaar vervoer provincie Noord-Holland en Wmo-reizigers uitgesplitst naar deelnemende gemeente:
 - Het totaal aantal verreden Reizigersritten.
 - Het totaal aantal verreden zones via de geografisch kortste route.

- Het totaal aantal werkelijk geïnde Reizigersbijdragen.

(...)

15.6. De Vervoerder dient tevens aan de provincie Noord-Holland en de Wmo-gemeenten iedere maand een korte managementrapportage te verstrekken. Deze managementrapportage bestaat in ieder geval uit:

- (a) Overzicht van totaal aantal uitgevoerde ritten;
- (b) Overzicht van stiptheid;
- (c) Overzicht van de in de vorige maand afgehandelde klachten waarbij de vervoerder in ieder geval de volgende zaken registreert: type klacht en afhandelingstermijn van de klacht."

2.6. Het Excel-bestand van de zogenaamde rittenbakken met daarachter meerdere draaitabellen is vrijdagmiddag 31 juli 2015 door gemeenten naar TenderNed geüpload en gepubliceerd als bijlage bij de Nota van Inlichtingen 2. Alle potentiële inschrijvers hebben een notificatie ontvangen van de publicatie van de Nota van Inlichtingen 2. ZCN heeft gemeenten een uur nadat de gemeente Alkmaar het bestand publiceerde aangespoord dit direct offline te halen, omdat het bestand geheime informatie zou bevatten. Ondanks eerdere pogingen door gemeenten is op maandag 3 augustus 2015, 8.43 uur, de bijlage op "vervallen" gezet, terwijl het bestand vanaf woensdag 5 augustus 2015, 8.56 uur, niet meer was te downloaden.

2.7. Nadien is overleg gevoerd tussen gemeenten en ZCN. Gemeenten hebben aan hun respectieve gemeenteraden verslag gedaan:

"Memo 18 augustus 2015 van het college van B & W Alkmaar aan de gemeenteraad

Alkmaar is namens de regiogemeenten penvoerder voor een aanbesteding voor het Wmo-vervoer.

Op vrijdag 31 juli is op TenderNed, de site waarop de gemeente aanbestedingen bekendmaakt zodat er door aanbieders op ingeschreven kan worden, een nota van inlichtingen gepubliceerd.

Aan deze nota was een bestand gekoppeld waarin aanvullende gegevens waren opgenomen, zoals aantallen ritten, afstanden, wel of geen rolstoel et cetera. Deze informatie is nodig voor aanbieders om een gerichte prijsopgave te kunnen doen. Door een ambtelijke fout blijken er ook aanvullende gegevens in dat bestand terecht te zijn gekomen van de huidige vervoerder. Hierdoor hadden de mededingers toegang tot informatie die als concurrentiegevoelig en vertrouwelijk te kenschetsen is. (...) Ze

zouden daarmee in theorie voordeel ten opzichte van de uitschrijvende partij kunnen hebben opgedaan ten opzichte van de uitschrijvende partij. (...) Om herstart van de aanbesteding op korte termijn mogelijk te maken, ligt de oplossing in het aangeven van een gewenste (maximale) ritprijs zodat er tussen mogelijke aanbieders weer sprake is van gelijke uitgangspunten en gelijke kansen (gelijk level playing field). Concreet betekent dat dat in de gunning de prijs niet langer doorslaggevend is, maar dat gunningscriteria aangepast worden naar economisch meest voordelige inschrijving (EMVI), waarbij onderdelen als innovatie, duurzaamheid en klanttevredenheid een meer doorslaggevend rol gaan spelen.”

2.8. ZCN heeft bij brieven van 10 augustus, 18 en 21 september 2015 gemeenten aansprakelijk gesteld voor de schade geleden door de handelswijze van gemeenten. De schade werd door ZCN in de brief van 18 september 2015 begroot op minimaal € 17,7 miljoen.

2.9. Gemeenten hebben naar aanleiding van het gebeurde de aanbesteding ingetrokken en besloten om de opdracht in gewijzigde vorm uit te vragen. Op 20 augustus 2015 is de tweede aanbesteding gepubliceerd. Daarbij is een andere systematiek gehanteerd. ZCN heeft met drie mededingers op deze aanbesteding ingeschreven en een aanbieding gedaan. ZCN is als vierde geëindigd in de aanbesteding. De opdracht is uiteindelijk gegund aan Connexxion. ZCN heeft een kort geding procedure aangespannen tegen de gunning aan Connexxion. De voorzieningenrechter van deze rechtbank heeft de vorderingen van ZCN bij vonnis van 17 december 2015 afgewezen. Tegen deze beslissing is geen hoger beroep ingesteld.

3 De vordering

3.1. ZCN vordert om, voor zover mogelijk, uitvoerbaar bij voorraad:

- (i) te verklaren voor recht dat gemeenten door het in het lichaam van de dagvaarding beschreven handelen, waaronder de publicatie van het bestand, tezamen althans ieder voor zich, in strijd hebben gehandeld met de op de gemeenten rustende contractuele geheimhoudingsplicht;
- (ii) te verklaren voor recht dat gemeenten door het in het lichaam van de dagvaarding beschreven handelen, waaronder de publicatie van het bestand, tezamen althans ieder voor zich, in strijd handelen met de databankrechten van eiseressen;

(iii) te verklaren voor recht dat gemeenten door het in het lichaam van de dagvaarding beschreven handelen, waaronder de publicatie van het bestand, tezamen althans ieder voor zich, onrechtmatig hebben gehandeld jegens eiseressen;

(iv) gemeenten te veroordelen tot betaling aan eiseressen van de door eiseressen ten gevolge van het onrechtmatig handelen en de wanprestatie geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met wettelijke rente ex artikel 6: 119a BW, althans artikel 6: 119 BW over dit bedrag vanaf 31 juli 2015, althans vanaf datum van dagvaarding tot aan de dag der voldoening;

(v) gemeenten hoofdelijk des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, te veroordelen in de kosten van deze procedure met inbegrip van de nakosten, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW, althans artikel 6:119 BW, over dit bedrag vanaf 14 dagen na de datum van het vonnis tot aan de dag der voldoening.

Voor zover de kosten zien op de inbreuk op de databankrechten van eiseressen, vorderen eiseressen dat gemeenten overeenkomstig worden veroordeeld in de volledige kosten van deze procedure ex art. 1019h Rv.

3.2. Gemeenten voeren gemotiveerd verweer.

3.3. Op de standpunten en verweren van partijen wordt hierna bij de beoordeling ingegaan.

4 De beoordeling

Vordering i.

Bepalingen overeenkomst ook van toepassing op gemeenten

4.1. ZCN stelt dat de overeenkomst, en in het bijzonder artikel 25.3, ook op gemeenten van toepassing is. Gemeenten zijn bij deze overeenkomst betrokken en worden in deze overeenkomst gedefinieerd als de “Wmo-gemeenten”. De provincie Noord-Holland heeft de aanbesteding in 2009 uitgeschreven ten behoeve van het vervoer in de gemeenten.

Hoewel formeel geen contractspartij, hebben gemeenten intensief samengewerkt met ZCN ter uitvoering van de in de overeenkomst gegunde opdracht. Deze samenwerking tussen gemeenten en ZCN en de uitvoering van de opdracht wordt immers vormgegeven door de inhoud van de overeenkomst.

Door de vertrouwelijke gegevens van ZCN te gebruiken buiten het kader van de

overeenkomst (namelijk: ten behoeve van de eerste aanbestedingsprocedure) en door deze gegevens openbaar te maken, is sprake van wanprestatie door gemeenten. Zij hebben de hiervoor geciteerde geheimhoudingsverplichtingen van art. 25.3 en 25.4 geschonden.

4.2. Gemeenten betwisten dat zij gebonden zijn aan de overeenkomst.

De overeenkomst is in 2010 gesloten tussen de provincie Noord-Holland en ZCN. Uit de overeenkomst vloeien geen rechtstreekse verplichtingen voor gemeenten voort. Zelfs al zouden gemeenten als contractpartij bij de overeenkomst moeten worden beschouwd, dan houdt dat nog geen verplichting tot geheimhouding voor gemeenten in. Artikel 25 handelt immers slechts over informatie omtrent de onderneming van vervoerder en betreft dus niet de door de ondernemer verzamelde ritinformatie. Deze informatie is juist volgens artikel 25 van de provincie. De provincie heeft de informatie ter beschikking gesteld aan gemeenten ten behoeve van publicatie in een aanbesteding en daarvoor ook expliciet toestemming gegeven.

Ten slotte zijn gemeenten – in navolging van het in deze procedure weergegeven standpunt van de provincie – van mening dat de geheimhoudingsverplichting van artikel 25 niet ziet op de provincie, maar juist op de vervoerder.

4.3. Het is juist dat een derde partij onder bepaalde omstandigheden gehouden kan zijn een overeenkomst waarbij hij geen partij is, tegen zich te laten gelden. Daarvoor dient voldoende rechtvaardiging te worden gevonden in de aard van het desbetreffende geval.

Gemeenten hebben niet betwist dat zij de inhoud van de overeenkomst kenden, maar dat is niet voldoende om aan te nemen dat zij zelf aan de inhoud daarvan gebonden waren. Inderdaad zijn gemeenten ook bij de uitvoering van de overeenkomst betrokken geweest; het ging immers om het voor gemeenten te verrichten vervoer. Maar dat wil nog niet zeggen dat gemeenten daardoor ook gebonden waren aan de verplichtingen die de provincie en ZCN jegens elkaar zijn aangegaan. Zoals hierna zal blijken is de rechtbank met ZCN van oordeel dat gemeenten wel rekening dienden te houden met de belangen van ZCN. De voorliggende feiten leiden echter niet tot de conclusie dat gemeenten rechtstreeks gebonden waren aan de contractverplichtingen tussen ZCN en de provincie.

Dit deel van de vordering zal daarom worden afgewezen.

Vordering ii.

Inbreuk op databankrechten

4.4. Deze vordering is gebaseerd op de stelling van ZCN dat het samenstellen en publiceren van het Excelbestand, een databank, althans een deel daarvan, waarvan ZCN rechthebbende is, moet worden aangemerkt als het opvragen en hergebruiken van de databank van ZCN, waarvoor ZCN uitdrukkelijk geen toestemming heeft verleend. Hierdoor hebben gemeenten volgens ZCN inbreuk gemaakt op haar databankrecht.

4.5. ZCN heeft onbetwist gesteld dat het gepubliceerde Excel-bestand is samengesteld uit gegevens en andere zelfstandige elementen die afkomstig zijn uit een databank, geproduceerd door of in opdracht van ZCN. De rechtbank gaat daar dan ook van uit.

ZCN stelt ten slotte dat zij veel tijd, geld en moeite heeft geïnvesteerd in het creëren van de databank, door haar ook wel planningstool genoemd. Dit is met stukken onderbouwd en ter zitting nader toegelicht. Ook is toegelicht dat nog steeds investeringen plaatsvinden om het systeem te onderhouden en up-to-date te houden. Het verweer van de gemeente dat geen sprake zou zijn van een substantiële en voortdurende investering in de databank – en dat ZCN dus geen bescherming in het kader van de Databankenwet toekomt – wordt daarom verworpen.

4.6. Voorop moet worden gesteld dat de publicatie van het bestand, zoals dat op 31 juli 2015 is gebeurd, nooit de bedoeling van gemeenten is geweest. Daarover verschillen partijen ook niet van mening. Daarnaast is van belang dat het bestand gedurende slechts enkele dagen voor derden beschikbaar is geweest en daarna weer van TenderNed is afgehaald.

Tegen deze achtergrond zal dit onderdeel van de vordering worden beoordeeld.

4.7. Het beroep van ZCN ziet op artikel 2 lid 1 van de Databankenwet:

“De producent van een databank heeft het uitsluitende recht om toestemming te verlenen voor de volgende handelingen:

a. het opvragen of hergebruiken van het geheel of een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank; (...)”

Gemeten naar de maatstaven zoals aangelegd in het arrest van het Hof van Justitie EG van 5 maart 2009 (ECLI:EU:C:2009:132 Apis/Lakorda) kan

geoordeeld worden dat door het overbrengen van de inhoud van een deel van de databank van ZCN sprake is van "opvragen" in de zin van deze wet. Datzelfde geldt voor het "hergebruiken" van dit deel van de databank, door dat aan het publiek ter beschikking te stellen.

In zijn arrest van 9 november 2004 (ECLI:EU:C:2004:695 British Horseracing Board/William Hill) antwoordt het Hof van Justitie EG op prejudiciële vragen dat het begrip "substantieel deel in kwantitatief opzicht" verwijst naar de hoeveelheid gegevens in verhouding tot de totale omvang van de databank. ZCN heeft toegelicht dat haar databestand bestond uit de gegevens over de afgelopen vijf jaar. In het onderhavige geval zijn slechts de gegevens over één maand, december 2014, gepubliceerd. Ook geteld op het totale aantal ritten dat via de draaitabellen beschikbaar wordt gemaakt, gaat het dan om zo'n 2-3% van het totale bestand.

Volgens datzelfde arrest verwijst "substantieel deel in kwalitatief opzicht" naar de omvang van de investering die ziet op de gepubliceerde gegevens. Ook hier geldt weer dat dat betrekking heeft op slechts één maand gegevens.

De rechtbank is op grond van het voorgaande van oordeel dat in deze zaak geen sprake is van het opvragen of hergebruiken van een in kwalitatief of kwantitatief opzicht substantieel deel van de inhoud van de databank van ZCN.

Overigens kan worden opgemerkt dat het de vraag is of de gebeurtenissen vanaf 31 juli 2015 niet vallen onder de uitzondering van artikel 1 lid 2 van de Databankenwet:

"Het voor een beperkte tijd en zonder direct of indirect economisch of commercieel voordeel voor gebruik ter beschikking stellen door voor het publiek toegankelijke instellingen wordt niet als opvragen of hergebruiken beschouwd."

Dat gemeenten zelf voordeel hebben gehad of getracht te krijgen door het ter beschikking stellen van de data is niet aan de orde.

Hoe dan ook, er is geen sprake van een inbreuk (op een databankrecht), zoals bedoeld in de Databankenwet. Dit onderdeel van de vordering zal daarom worden afgewezen.

Vordering iii.

Onrechtmatig handelen door gemeenten

4.8. ZCN stelt dat gemeenten onrechtmatig hebben gehandeld door het openbaren en verspreiden van bedrijfsgeheimen van ZCN. Verder stelt ZCN dat de publicatie van het bestand vanuit het oog-

punt van de Wet bescherming persoonsgegevens en andere privacywetgeving onrechtmatig is jegens ZCN. Gemeenten hebben volgens ZCN zeer onzorgvuldig gehandeld, waarmee zij de zorgvuldigheidsplicht van artikel 6:162 BW hebben geschonden.

4.9. Op zichzelf is natuurlijk juist dat tot 1 januari 2016 de overeenkomst slechts tussen de provincie Noord-Holland en ZCN gold. Het gaat er in dit geval om dat gemeenten per 1 januari 2016 een overeenkomst dienden te sluiten, als opvolgende instantie om het collectief vraagafhankelijk vervoer te regelen. Gemeenten stellen zelf ook dat de overgang geruisloos diende plaats te vinden. Gemeenten waren ook bekend met de inhoud van de overeenkomst en dienden rekening te houden met de belangen van ZCN. Tegen deze achtergrond dient te worden beoordeeld of gemeenten jegens ZCN de in het maatschappelijke verkeer vereiste zorgvuldigheid in acht hebben genomen. Bij deze beoordeling speelt de inhoud van de overeenkomst dus wel een rol.

Schending bedrijfsgeheimen

4.10. In aanbestedingsprocedures is het van belang dat bedrijfsgeheimen van betrokken partijen niet aan andere inschrijvers bekend raken. Het zal soms nodig zijn om dat soort gegevens wel aan de aanbesteder te presenteren, ter onderbouwing van de inschrijving, maar het is uiteraard niet de bedoeling dat dit soort informatie kan worden gebruikt door andere inschrijvers bij hun inschrijving.

Uit de in het geding gebrachte correspondentie tussen ZCN en gemeenten blijkt ook dat ZCN gemeenten uitdrukkelijk op dit aspect heeft gewezen en gemeenten zich dat ook hebben gerealiseerd. Zo schrijft de contactpersoon van de gemeente Alkmaar in een email van 13 april 2015 aan ZCN: *"Alle gegevens die wij van jullie krijgen worden natuurlijk met de grootst mogelijke zorgvuldigheid en vertrouwelijkheid behandeld."*

4.11. Partijen zijn het er niet over eens dat het publiceren van de gegevens uit de rittenstaten schending van een bedrijfsgeheim van ZCN oplevert. Gemeenten stellen zich op het standpunt dat deze gegevens noodzakelijk zijn voor andere inschrijvers om te kunnen bepalen waar zij op inschrijven. ZCN heeft verwezen naar andere aanbestedingsprocedures, waarin dergelijke rittenstaten gemotiveerd juist niet door een gemeente werden prijsgegeven aan de andere mededingers.

Dit geschilpunt kan in deze zaak echter verder in het midden blijven. Vast staat immers dat behalve de rittenbakken, die volgens gemeenten bedoeld waren om te worden gepubliceerd, via de gepubliceerde draaitabellen die achter het Excel-bestand zaten ook nog allerlei andere gegevens uit het bestand konden worden gegenereerd. Gemeenten hebben erkend dat dat nooit de bedoeling is geweest. Dat is ook de reden geweest dat gemeenten hebben getracht het gepubliceerde bestand zo snel mogelijk van TenderNed te halen.

Hierbij gaat de rechtbank uit van het door ZCN op USB-stick in het geding gebrachte bestand van 25,6 Mb, zoals dat ter zitting is ingezien.

Overigens is het zelfs bij het geringere, door gemeenten in het geding gebrachte bestand mogelijk om via de draaitabellen allerlei gegevens te creëren.

Ter zitting heeft ZCN aangetoond welke gegevens allemaal zichtbaar konden worden gemaakt. Naar het oordeel van de rechtbank is evident dat dit bedrijfsgevoelige informatie oplevert, of, na bewerking van de gegevens, voor een concurrent kan opleveren. Zodoende betreft het hier geheime bedrijfsinformatie met handelswaarde. ZCN heeft ook zoveel mogelijk maatregelen genomen om die informatie geheim te houden. Allereerst – in ieder geval in haar eigen visie – in de overeenkomst met de provincie, maar daarnaast met name ook in het overleg met gemeenten, voorafgaande aan de publicatie van het bestand. Het alsnog openbaren en verspreiden van deze bedrijfsgeheimen van ZCN door online publicatie van het bestand door gemeenten levert daarmee een onrechtmatige daad jegens ZCN op. Dit onderdeel van de vordering is daarom toewijsbaar op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

Schending privacy klanten ZCN

4.12. Het bestand bevatte ook persoonsgegevens in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Die persoonsgegevens bestonden onder meer uit de namen en verschillende andere gegevens van klanten, die werden vervoerd. ZCN stelt dat het publiceren door gemeenten van deze persoonsgegevens onrechtmatig is jegens ZCN. Iedereen die door het niet in acht nemen van de Wbp schade ondervindt kan aanspraak maken op vergoeding van die schade, aldus ZCN.

Gemeenten hebben onder meer als verweer aangevoerd, met een beroep op artikel 6:163 BW, dat de bepalingen van de Wbp niet strekken ter bescherming van de belangen van ZCN. Dat stand-

punt wordt gedeeld door de rechtbank. ZCN heeft niet duidelijk kunnen maken waaruit de schade zou (kunnen) bestaan, die zij heeft geleden als gevolg van de gestelde schending van de Wbp. Dit onderdeel kan daarom niet dienen als grondslag voor de vordering. Subsidiar doet ZCN een beroep op schending van de (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm van de Wbp. Dit subsidiaire standpunt wordt eveneens verworpen, omdat ook daarvoor geldt dat ZCN niet heeft kunnen onderbouwen, waaruit de geleden schade voor haar bestaat in het kader van de gestelde schending van de Wbp.

Schadestaat

4.13. Gemeenten stellen zich op het standpunt dat ZCN in deze procedure wel stelt dat er schade is geleden, maar dat die schade in het geheel niet wordt onderbouwd. ZCN stelt daartegenover dat geen schade wordt gevorderd, maar een verklaring voor recht en een verwijzing naar de schadestaatprocedure. In die vervolgproucedure kunnen partijen dan over de (hoogte van de) schade verder procederen.

4.14. Met gemeenten is de rechtbank van oordeel dat uit de in deze procedure vastgestelde feiten en wat daarover voorts op de zitting naar voren is gekomen, niet volgt dat ZCN schade heeft geleden. Zoals ZCN terecht heeft aangevoerd, is volgens vaste jurisprudentie echter voor de toewijzing van een vordering tot verwijzing naar de schadestaatprocedure voldoende dat de mogelijkheid van schade aannemelijk wordt gemaakt. Die mogelijkheid is wel voldoende aannemelijk gemaakt. Zo is inderdaad denkbaar dat ZCN de aanbesteding heeft verloren, omdat haar concurrenten gebruik hebben gemaakt van de gegevens die uit het gepubliceerde bestand waren af te leiden.

In de hiervoor onder 2.7 in dit vonnis opgenomen memo verklaart gemeente Alkmaar ook dat mededingers van ZCN door de publicatie van het bestand toegang hadden tot informatie die als concurrentiegevoelig en vertrouwelijk te kenschetsen is: *“Ze zouden daarmee in theorie voordeel kunnen hebben opgedaan ten opzichte van de uitschrijvende partij”*. Daarmee wordt ZCN bedoeld. Ter zitting is namens gemeenten ook bevestigd dat het door hen in eerste instantie niet ondenkbaar werd geacht dat er schade is geleden door ZCN.

De vordering is daarom op dit onderdeel toewijsbaar op de wijze zoals in de beslissing vermeld

4.15. In genheide schade causaal onrecht stand). vast. H de geg- ter z de con hebber dat zij en dat ren. Zo op de rechte de insc king zi Ter zit van ZC ten ov kader ingesc niet he de ins ander de mo Conn 1,65 j gesch de hoc kenne regel l Het v meent bandt in het Daarr de dir van 4 meeg meer gezie melijk een ui in de 4.16. l dat Z schad gevor niet t Proce

4.15. In de schadestaatprocedure zal ZCN de gelegenheid hebben om het bestaan van de gestelde schade nader te onderbouwen en met name het causaal verband tussen die gestelde schade en de onrechtmatige daad (het publiceren van het bestand). Dat causaal verband staat nog allerminst vast. Het mag zo zijn dat de concurrenten over de gegevens uit het bestand konden beschikken – ter zitting is namens gemeenten verklaard dat de concurrenten ongetwijfeld direct het bestand hebben gedownload – daarmee staat nog niet vast dat zij hun inschrijving daarop hebben aangepast en dat ZCN daardoor de inschrijving heeft verloren. ZCN was een van de vier inschrijvers en is op de vierde plaats is geëindigd. Eerder is in rechte vastgesteld dat gemeenten op grond van de inschrijvingen op juiste wijze tot die rangschikking zijn gekomen.

Ter zitting is aan ZCN gevraagd of de wetenschap van ZCN dat haar concurrenten mogelijk beschikten over haar gegevens maakte dat ZCN in het kader van de tweede aanbesteding anders heeft ingeschreven. Daarop was het antwoord dat dat niet het geval was, omdat niet is toegestaan dat je de inschrijving laat beïnvloeden door wat je van andere inschrijvers weet. In de onderbouwing van de mogelijke schade stelt ZCN echter tevens dat Connexxion in de bandbreedte van € 1,40 tot € 1,65 juist € 0,03 onder de prijs van ZCN heeft ingeschreven, omdat Connexxion van die prijs op de hoogte was of kon zijn. Daarmee betoogt ZCN kennelijk dat Connexxion zich niet aan bedoelde regel heeft gehouden.

Het voorgaande is des te meer van belang, nu gemeenten ter zitting hebben verklaard dat de bandbreedte in de tweede aanbesteding onder de in het bestand gepubliceerde prijs van ZCN lag. Daarnaast blijkt uit de overgelegde stukken dat de directeur van ZCN volgens een gespreksverslag van 4 augustus 2015 aan gemeenten zou hebben meegedeeld dat de BIOS-groep (van ZCN) niet meer meedoet aan alle prijs aanbestedingen, aangezien ze daarvoor te duur zijn en dat ze voornamelijk voor goede kwaliteit gaan. Alkmaar vormde een uitzondering, omdat de BIOS-groep de markt in de regio goed kende, aldus het gespreksverslag.

4.16. Hiervoor is overwogen dat nog niet vaststaat dat ZCN door de handelwijze van gemeenten schade heeft geleden. Dat heeft als gevolg dat de gevorderde ingangsdatum van de wettelijke rente niet toewijsbaar is.

Proceskosten

4.17. Gemeenten zullen als de voor het grootste deel in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van ZCN worden begroot op:

- dagvaarding € 77,75
- griffierecht 619,00
- salaris advocaat 904,00 (2,0 punt × tarief € 452,00)

Totaal € 1.600,75.

ZCN stelt zich terecht op het standpunt dat ten aanzien van vordering ii de bijzondere proceskostenregeling van artikel 1019h Rv geldt (volledige vergoeding van de proceskosten). Keerzijde van die medaille is dat dit ook voor gemeenten geldt, nu ZCN op dit punt in het ongelijk is gesteld. Daarvoor is echter noodzakelijk dat gemeenten een beroep doen op deze bepaling en ook een groting van hun proceskosten in het geding brengt. Dat is niet gebeurd. Daarom wordt geen bijzondere proceskostenbeslissing op dit punt genomen.

De vorderingen van Reva Taxi B.V. en Ceterhinus Maximus B.V.

4.18. In de dagvaarding wordt niet onderbouwd waaruit mogelijk de schade voor Reva Taxi B.V. en Ceterhinus Maximus B.V. zou bestaan. Ook na een opmerking daarover in de conclusie van antwoord zijn deze partijen daarop niet nader teruggekomen. Voor zover de vordering door deze partijen is ingesteld, zal deze daarom worden afgewezen.

4.19. Ten aanzien van de proceskosten van deze partijen wordt overwogen dat er namens gemeenten geen bijzondere proceshandelingen zijn verricht om verweer te voeren tegen deze vorderingen.

5 De beslissing

De rechtbank

in de zaak tussen ZCN en gemeenten:

- 5.1. verklaart voor recht dat gemeenten jegens ZCN aansprakelijk zijn voor de schade die door ZCN is geleden en eventueel nog zal worden geleden als gevolg van het onrechtmatig publiceren van het bestand op vrijdag 31 juli 2015, welke schade nog dient te worden opgemaakt bij staat;
- 5.2. veroordeelt gemeenten hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt ook de anderen zullen zijn bevrijd, in de proceskosten, aan de zijde van ZCN tot op heden begroot op € 1.600,75, te vermeerderen met de wettelijke rente als be-

doeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van 14 dagen na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.3. veroordeelt gemeenten in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,- aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat gemeenten niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis hebben voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening;

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af; in de zaak tussen Reva Taxi B.V. en Cetorhinus Maximus B.V. en gemeenten;

5.6. wijst de vorderingen af;

5.7. veroordeelt Reva Taxi B.V. en Cetorhinus Maximus B.V. in de kosten van deze procedure, tot heden aan de zijde van gemeenten begroot op nihil.

NOOT

Bekendmaken bedrijfsvertrouwelijke informatie

Op een aanbestedende dienst rust de verplichting om een voldoende mate van 'level playing field' te creëren en daarmee invulling te geven aan het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het waarborgen van gelijke kansen.

Bij een aanbestedingsprocedure kan het onvermijdelijk zijn dat een potentiële inschrijver als zittende leverancier/dienstverlener/aannemer wellicht enige (informatie)voorsprong heeft. Deze omstandigheid vormt in zekere zin een 'inherent de facto voordeel'. Dit is niet zonder meer onrechtmatig. Op de aanbestedende dienst

rust geen verplichting om alle inschrijvers op voorhand in een gelijkwaardige positie te brengen.¹

Van belang is dat de aanbestedende dienst voldoende informatie aan de inschrijvers verstrekt om een adequate inschrijving te kunnen doen. Anderzijds is van belang dat de aanbestedende dienst géén informatie verstrekt die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt en die schade kan toebrengen aan de gerechtvaardigde economische belangen van de ondernemer.² Hier ligt een spanningsveld.

In de praktijk komt het met enige regelmaat voor dat een aanbestedende dienst in haar hang om voldoende informatie te verstrekken al dan niet per abuis bedrijfsvertrouwelijke informatie van de zittende partij verstrekt. Deze situatie deed zich ook in de onderhavige uitspraak voor.³

In casu zijn de gemeenten voorbij geschoten in hun doel om voldoende informatie aan de inschrijvers te verstrekken door (per abuis) ook bedrijfsgevoelige informatie van de zittende partij op te nemen in het bij de Nota van Inlichtingen verstrekte Excel-bestand. Het gaat hier om geheime informatie met handelswaarde volgens de rechtbank. Daarbij komt nog dat de gemeenten wisten dat het om bedrijfsvertrouwelijke informatie ging. Dit had de betreffende zittende partij immers meermaals aan de gemeenten (en aan de Provincie die de betreffende informatie aan de gemeenten had verstrekt) kenbaar gemaakt nog voordat de informatie openbaar werd gemaakt bij de Nota van Inlichtingen.

- 1 Vzr. Rb. 's-Gravenhage, 27 maart 2012, ECLI: NL:RBSGR:2012:BW0018, «JAAN» 2012/79; Gerecht van Eerste Aanleg EG, 12 maart 2008, zaak T-345/03, LJN BF7684, Evropaiki Dynamiki/Commissie, ro. 68 t/m 73; HvJ, 17 september 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland, ro. 81 t/m 86.
- 2 Artikel 2.57 lid 1 Aanbestedingswet 2012, zie ook artikel 2.53 lid 3 en artikel 2.104 Aanbestedingswet 2012.
- 3 Zie ook: Vzr. Rb. Gelderland 14 juli 2017 ECLI:NL:RBGEL:2017:4329.

De rechtbank gaat niet in op de vraag of sprake is van schending van de (voornoemde artikelen in) de Aanbestedingswet 2012. Ook zonder verwijzing naar de Aanbestedingswet 2012 komt de rechtbank tot het oordeel dat de gemeenten onrechtmatig jegens de zittende partij hebben gehandeld.

De rechtbank verwijst partijen naar een schade-staatprocedure om de door de zittende partij geleden schade vast te stellen. Om de schade vast te stellen moet de zittende partij bewijzen (i) het bestaan c.q. de hoogte van de gestelde schade en (ii) het causaal verband tussen de gestelde schade en de onrechtmatige daad (het publiceren van het bestand).

De beweerdelijke schade zal, naar ik aanneem, met name gelegen zijn in de gederfde winst wegens het verlies van de opdracht.⁴ Zoals uit het vonnis blijkt, zal het een lastige kluit worden om aan te tonen dat de opdracht verloren is omdat de gemeenten de bedrijfsvertrouwelijke informatie van de zittende partij bekend hebben gemaakt.

De aanbesteding waarin de betreffende informatie bekend is gemaakt is immers ingetrokken. De opdracht is vervolgens opnieuw in gewijzigde vorm uitgevraagd. Er is tevens een andere gunningssystematiek gehanteerd. Prijs werd niet meer doorslaggevend en de gemeenten hanteerden een bandbreedte waarbinnen moest worden ingeschreven. Onderdelen als innovatie, duurzaamheid en klanttevredenheid kregen een grotere rol. De opdracht kan dus ook om andere redenen verloren zijn.

De beoordeling van de kwaliteit waarmee is ingeschreven op de aanbesteding staat vast. De zittende partij moet dus uitrekenen hoe hoog de ritprijs van de winnaar van de aanbesteding bij deze kwaliteit had moeten zijn om de aanbesteding te winnen.

⁴ Zie voor andere mogelijke schadeposten: Aanbesteding en Aansprakelijkheid, redactie W.H. van Boom e.a., Boom Juridische uitgevers, 2001, p. 38-50.

Ligt die ritprijs boven de bandbreedte, dan is per definitie géén sprake van causaal verband. Immers, de winnende partij zou zelfs al zou hij met de maximale ritprijs hebben ingeschreven nog steeds hebben gewonnen.

Ligt die ritprijs lager dan de bandbreedte, dan moet de zittende partij aantonen dat de winnaar met minimaal die ritprijs zou hebben ingeschreven als de winnaar niet zou hebben beschikt over het Excel-bestand. Dit lijkt mij een onmogelijke opgave. Allereerst lag de bandbreedte waarbinnen qua prijs moest worden ingeschreven onder de in het Excel-bestand gepubliceerde prijs van de zittende partij. Als de winnaar in haar prijsstrategie al rekening zou hebben gehouden met het Excel-bestand, dan lijkt het mij dat de winnaar hierdoor eerder met een hogere ritprijs zou hebben ingeschreven dan oorspronkelijk de bedoeling was, dan met een lagere ritprijs zoals de zittende partij stelt. Immers, de winnaar zou er, lijkt mij, eerder vanuit zijn gegaan dat de zittende partij een ritprijs tegen het maximum zou aanbieden, dan een ritprijs ver onder het maximum. Daarnaast is relevant dat de winnaar – naar ik aanneem – bij het bepalen van haar prijsstrategie niet alleen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat de zittende partij zou inschrijven, maar ook dat andere (potentieel prijsvechtende) partijen zouden inschrijven. Het was immers een openbare aanbesteding en geen meervoudig onderhandse aanbesteding waarvoor alleen de zittende partij en de winnaar waren uitgenodigd.

Ook in het geval van de zaak die speelde in Vزر. Rb. Gelderland 14 juli 2017

ECLI:NL:RBGEL:2017:4329 vrees ik dat het aantonen van het causaal verband tussen het verstrekt hebben van de gegevens en schade een te lastige opgave zal zijn. De zittende partij had er verstandiger aan gedaan om tijdens de aanbesteding aan te dringen op heraanbesteding waarbij bijvoorbeeld prijs geen rol meer zou spelen. Na ontvangst van de afwijzing is hij hier, zoals de voorzieningenrechter terecht oordeelt, te laat mee.

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk
Een aanbestedende dienst moet zich er bij het verstrekken van informatie die betrekking heeft op een potentiële inschrijver (dit zal met name

de zittende partij zijn) van vergewissen dat deze informatie niet bedrijfsvertrouwelijk is. Maakt zij namelijk bedrijfsvertrouwelijke informatie openbaar, dan handelt zij onrechtmatig jegens de betreffende inschrijver.

Het aantonen van een causaal verband tussen het verstrekt hebben van de bedrijfsvertrouwelijke informatie en het lijden van schade zal evenwel in de praktijk een lastige opgave zijn voor de partij wiens bedrijfsvertrouwelijke informatie openbaar is gemaakt. Inschrijvers doen er dan ook goed aan om een geheimhoudingsclausule inclusief boetebeding in hun overeenkomst met een aanbestedende dienst op te nemen. Daarnaast doen potentiële inschrijvers wier bedrijfsvertrouwelijke informatie openbaar wordt gemaakt er goed aan om bij de aanbestedende dienst heraanbesteding af te dwingen, zodat zij een eerlijke kans hebben om de opdracht te verwerven.

A. Stellingwerff Beintema,
partner Maasdam Broers Fischer advocaten

222

Rechtbank Midden-Nederland
13 september 2017, nr. C/16/442456/KG ZA
17-524, ECLI:NL:RBMNE:2017:4660
(mr. Zuurmond)
Zie noot mr C.W. Oudenaarden

Concurrentiegerichte dialoog. Rechtsverwerking. Realistische inschrijving. Certificerings-eis. Wezenlijke wijziging.

De GGD regio Utrecht, GGD regio Twente en Gemeenschappelijke Gezondheidsdienst Hollands Noorden (hierna: GGD) hebben op 16 februari 2017 – nadat zij eerst een marktconsultatie had gehouden – een aankondiging verzonden voor een Europese aanbesteding volgens een concurrentiegerichte dialoog voor een 'GGD Digitaal Dossier t.b.v. GGD Hollands Noorden, GGD regio Utrecht en GGD Twente'.

Ter beoordeling staat of eiseres in de hoofdzak/verweerster in het incident tot tussenkomst en subsidiair tot voeging (hierna: eiseres) haar klachten over de aanbestedingsprocedure tijdig aan de GGD

kenbaar heeft gemaakt en of zij dit op een zodanige wijze heeft gedaan dat het de GGD redelijkerwijs duidelijk had kunnen zijn dat eiseres zich het recht voorbeheld om haar bezwaren na het indienen van haar definitieve conceptoplossing nog in een kort geding aan de orde te stellen en intrekking van de aanbestedingsprocedure te vorderen.

Eiseres stelt zich op het standpunt dat zij tijdig heeft geklaagd. Zij stelt dat zij ter gelegenheid van de inlichtingen en ten tijde van de dialoog meermalen bezwaar heeft gemaakt tegen de niet eenduidige, onbepaalbare eisen van de opdracht. De GGD betwist dit. Zij stelt dat eiseres in de eerste, tweede en derde inlichtingenronde geen enkele vraag heeft gesteld. In de vierde Nvl heeft eiseres weliswaar een aantal vragen gesteld, maar deze zijn kennelijk afdoende door de GGD beantwoord nu eiseres hierop bij de vijfde en zesde inlichtingenronde niet is teruggekomen en zelfs helemaal geen vragen heeft gesteld.

Volgens de GGD geldt ook ten aanzien van de dialoogrondes dat er geen sprake is geweest van een duidelijke klacht of waarschuwing van de kant van eiseres, laat staan met een indicatie van mogelijke gevolgen. Eiseres heeft, ondanks haar bezwaren ten aanzien van de onbepaalbaarheid van de koppelvlakken, op 22 juni 2017 een definitieve conceptoplossing ingediend en heeft zich kennelijk op basis van de beschikbare gegevens in de aanbestedingsstukken toch in staat geacht om een voorlopige inschrijving te doen. Door het indienen van een definitieve conceptoplossing heeft zij gelet op het bepaalde in hoofdstuk 2.6 van het Beschrijvend Document (hierna: BD) ingestemd met alle uitgangspunten en voorwaarden zoals beschreven in het BD. Gelet hierop hoefde de GGD er geen rekening mee te houden dat eiseres nadien nog, na het bekend worden van de uitslag van de beoordeling van haar definitieve conceptoplossing, in een kort geding intrekking van de aanbesteding zou vorderen omdat de koppelvlakken onvoldoende gespecificeerd zouden zijn dan wel dat de opdracht anderszins onvoldoende eenduidig en bepaalbaar zou zijn.

Gelet op de fundamentele bezwaren die eiseres tegen de aanbestedingsprocedure heeft, lag het op de weg van eiseres om, toen bleek dat de GGD niet aan haar bezwaren ten aanzien van de koppelvlakken tegemoet kon of wilde komen, ofwel niet in te schrijven ofwel vóór het verstrijken van de indieningstermijn van de definitieve conceptoplossing haar bezwaren in een kort geding procedure aan de orde te stellen. Door dit pas na de uitslag