

Ministerie van Infrastructuur
en Waterstaat

> Retouradres Postbus 20904 2500 EX Den Haag



Bestuurskern

Dir. Openbaar Vervoer en
Spoor
Afdeling OV en Stations

Rijnstraat 8
Den Haag
Postbus 20904
2500 EX Den Haag

Contactpersoon

wob-loket@minienw.nl

Ons kenmerk

IENW/BSK-2021/88365

Datum 22 april 2021
Betreft Besluit op uw Wob-verzoek 2020-72 inzake de
correspondentie IenW - ACM



Bij e-mail van 8 juli 2020, ontvangen op 8 juli 2020, heeft u bij mijn ministerie een verzoek ingediend als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob). U heeft verzocht om de tussen het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat (IenW) en de Autoriteit Consument & Markt (ACM) gewisselde correspondentie en stukken ten aanzien van het voornemen tot onderhandse gunning HRN, besluitvorming rondom marktordening en de decentralisatie van spoorlijnen, evenals onafhankelijke advisering van ACM.

Ik citeer hieronder de afzonderlijke aangelegenheden waarop uw verzoek betrekking heeft.

1) Een kopie van alle in verband met deze Brief (en het daarmee verbonden beleidsvoornemen tot onderhandse gunning) gevoerde correspondentie - inclusief eventuele e-mailcorrespondentie, gespreksverslagen en sms-whatsappberichten - zoals gewisseld tussen uw ministerie en (vertegenwoordigers van) ACM over de periode van september 2017 tot en met heden;

2) Een kopie van alle in het verband van de (volgens uw Brief (pagina 5) nog niet uitgekristalliseerd zijnde) nieuwe voorwaarden in de PSO-verordening gevoerde correspondentie - inclusief eventuele emailcorrespondentie, gespreksverslagen en whatsappberichten - zoals gewisseld tussen u of andere vertegenwoordigers van uw ministerie en de leden van de Raad van Bestuur en/of (medewerkers van) ACM; resp. tussen de leden van de Raad van Bestuur of Raad van Commissarissen en/of medewerkers van de NS en de leden van de Raad van Bestuur en/of medewerkers van de ACM (voor zover uw ministerie daarover beschikt) over de periode van september 2017 tot en met heden;

3) Een kopie van eventuele correspondentie (met inbegrip van gespreksverslagen, sms- en whatsappberichten en overige schriftelijke documenten) die verband houdt met dit dossier en betrekking heeft op eventuele contacten daarover met (medewerkers van) ACM, met inbegrip van een eventuele adviesaanvraag die uw ministerie bij de ACM heeft ingediend, de eventueel daarover gevoerde

correspondentie met (medewerkers van) ACM en contacten en de eventuele adviezen die u op basis daarvan hebt ontvangen;

4) Een kopie van alle overige correspondentie die over het afgelopen de periode van september 2017 tot en met heden gevoerd is tussen (vertegenwoordigers van) uw ministerie en (vertegenwoordigers of medewerkers van) ACM, met inbegrip van maar niet beperkt tot gespreksverslagen en emailcorrespondentie, voor zover deze betrekking hadden op de besluitvorming rondom marktordening en/of decentralisatie van spoorlijnen en/of het in de eerste alinea van dit Wob-verzoek genoemde beleidsvoornemen tot onderhandse gunning van het HRN aan NS;

5) Een kopie van alle correspondentie (met inbegrip van gespreksverslagen, whatsappberichten en overige schriftelijke documenten) die verband houdt met het voorstel van ACM tot onafhankelijke advisering en betrekking heeft op eventuele contacten daarover van uw ministerie met de ACM, met inbegrip van eventuele correspondentie tussen het ministerie en/of de NS en/of de ACM over het wel of niet doen van een adviesaanvraag aan ACM, over een eventuele adviesaanvraag die uw ministerie bij de ACM heeft ingediend inclusief (voor zover van toepassing) voorafgaande conceptversies, over een eventuele afwijzing van het voorstel van ACM om op te treden als onafhankelijk adviesorgaan zoals ACM in 2018 in het bovengenoemde webbericht en brief kenbaar maakte, de eventueel daarover gevoerde correspondentie en contacten tussen (vertegenwoordigers van) uw ministerie en (vertegenwoordigers van) ACM en de eventuele adviezen die uw ministerie op basis daarvan van (vertegenwoordigers van) ACM heeft ontvangen.

Verloop van de procedure

Op 8 juli 2020 is de ontvangst van uw Wob-verzoek schriftelijk bevestigd per e-mail. Op 4 augustus 2020 is de beslistermijn per e-mail met vier weken verdaagd.

Wettelijk kader

Uw verzoek valt primair onder de reikwijdte van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob), en voor een gedeelte onder de reikwijdte van de Aanbestedingswet 2012 (hierna Aw). Voor de relevante wetsartikelen verwijs ik u naar bijlage 1.

Inventarisatie documenten

Op basis van uw verzoek zijn in totaal 137 documenten (94 in Deel 1 en 43 in Deel II) aangetroffen. Deze documenten zijn opgenomen in een inventarislijst, die als bijlage 2 bij dit besluit is gevoegd.

Zienswijze

Op 3 maart 2021 is ACM als derde-belanghebbende in de gelegenheid gesteld haar zienswijze naar voren te brengen. De zienswijze heb ik in mijn belangenafweging meegenomen.

Openbare documenten

De Wob is niet van toepassing op documenten die reeds openbaar zijn. Documenten die reeds openbaar zijn, worden als zodanig aangegeven op de inventarislijst.

Besluit

Ik heb besloten uw verzoek gedeeltelijk te honoreren door de documenten zoals weergegeven op de inventarislijst geheel of gedeeltelijk openbaar te maken. Voor de motivering verwijs ik naar het onderdeel 'Overwegingen' in dit besluit. De inventarislijst maakt integraal onderdeel uit van dit besluit. Voor de toegepaste weigeringsgronden wil ik u verwijzen naar de inventarislijst.

Overwegingen

Verhouding tussen de Aanbestedingswet 2012 en de Wob

De Aw is een wet in formele zin als bedoeld in artikel 2 van de Wob en kent in het artikel 2.57 een bijzondere openbaarmakingsregeling, specifiek voor informatie in het kader van een aanbestedingsprocedure, die voorrang heeft op de algemene openbaarmakingsregeling in de Wob (ABRvS 28 augustus 2013, ECU:NL:RVS:2013:888). Indien de geheimhoudingsplicht in de Aw geen beletsel vormt voor het verstrekken van informatie, dient aan de hand van de criteria van de Wob te worden bezien of er andere belangen spelen die aan openbaarmaking in de weg staan. Voor uw verzoek betekent dit dat ik bij de bij mijn ministerie aanwezige informatie eerst moet beoordelen of deze onder artikel 2.57 Aw valt. Is dat niet het geval, dan moet ik beoordelen of op deze informatie een van de uitzonderingsgronden in artikel 10 en 11 van de Wob van toepassing is.

Bescherming van de vertrouwelijkheid van overgelegde documenten en bescherming tegen vervalsing van de mededinging (artikel 2.57 Aw).

Op grond van artikel 2.57, eerste lid, Aw, maakt een aanbestedende dienst, onverminderd het in die wet bepaalde, informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, niet openbaar.

Op grond van artikel 2.57, tweede lid, van die wet, maakt een aanbestedende dienst, onverminderd het in die wet bepaalde, geen informatie openbaar uit aanbestedingsstukken of andere documenten die de dienst heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure, indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.

Dit artikel geldt zowel tijdens als na afloop van de aanbestedingsprocedure.

De documentnummers 2a, 4a en 25a uit Deel I bestaan uit onderzoeksopdrachten waarin eisen aan de opdracht worden gesteld en/of subgunningscriteria worden genoemd. Deze informatie kan gebruikt worden om de mededinging te vervalsen in toekomstige vergelijkbare aanbestedingsprocedures. Dat brengt met zich mee dat ik voor het niet openbaar maken van deze stukken een beroep doe op artikel 2.57 tweede lid, van de Aanbestedingswet 2012.

Documentnummer 10b uit Deel I betreft een Nota van inlichtingen die onderdeel vormt van de aanbesteding. In deze nota worden antwoorden gegeven op vragen die gesteld zijn door bedrijven die belangstelling hebben voor deelname aan de aanbesteding. Deze vragen dienen vertrouwelijk behandeld te worden, waardoor artikel 2.57, eerste lid, van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is en dit document niet openbaar wordt gemaakt. Hiernaast kunnen de gegeven antwoorden op deze vragen gebruikt worden om de mededinging te vervalsen in toekomstige vergelijkbare aanbestedingsprocedures. Dat brengt met zich mee dat ik voor het niet openbaar maken van dit document tevens een beroep doe op artikel 2.57 tweede lid, van de Aanbestedingswet 2012.

De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10, tweede lid onder e)

Op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder e, van de Wob blijft verstrekking van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.

In diverse documenten zijn namen van ambtenaren en derden opgenomen. Hoewel ambtenaren en derden met betrekking tot hun beroepshalve functioneren slechts in beperkte mate een beroep kunnen doen op het belang van eerbiediging van hun persoonlijke levenssfeer, geldt dit in beginsel wel voor gegevens als namen, telefoonnummers (werk en privé), e-mailadressen en handtekeningen en parafen van bestuurders, ambtenaren en personen van andere organisaties. Namen en andere naar een natuurlijke persoon herleidbare gegevens zijn immers persoonsgegevens en het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan zich tegen het openbaar maken van dergelijke informatie verzetten.

Het vraagt een belangenafweging en daarbij spelen volgens de rechtspraak verschillende aspecten een rol, zoals de functie van de ambtenaar en de mate waarin sprake is van een publieke functie, waardoor de betrokkenen in de openbaarheid treden of dat de namen in de openbare bronnen traceerbaar zijn. Dit geldt in ieder geval voor personen vanaf een bepaald functieniveau die zich in de openbaarheid presenteren vanuit hun functie. Tevens is van belang de positie en verantwoordelijkheid van de betrokkene bij de taakuitoefening.

Daarnaast is van belang de controleerbaarheid van de taakuitoefening. Zo worden namen van ambtenaren die krachtens mandaat stukken hebben ondertekend openbaar gemaakt, omdat volgens de jurisprudentie deze ambtenaren in beginsel hebben te aanvaarden dat met deze bevoegdheid hun namen naar buiten komen.

In de documenten in dit geval betreft het deels namen van personen die uit hoofde van hun functie in de openbaarheid treden. Deze namen worden openbaar gemaakt. De namen en contactgegevens van beleidsambtenaren en personen werkzaam bij andere organisaties die geen publieke functie hebben of mandaat hebben om stukken te ondertekenen, worden niet openbaar gemaakt. Er is geen publiek belang bij openbaarmaking van de betreffende persoonsgegevens. Ik ben van oordeel dat het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in die gevallen zwaarder weegt dan het algemene, publieke belang van openbaarheid. Deze namen zijn daarom onleesbaar gemaakt.

Het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling (artikel 10, tweede lid, onder g)

Op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob blijft verstrekking van informatie achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

Documentenummers 38a uit Deel I en 24b uit Deel II bevatten passages die gelet op de aard en de inhoud van de gevraagde informatie, openbaarmaking op grond van artikel 10, tweede lid, onder g, in de weg staan. Volledige openbaarmaking van de gevraagde informatie zou de bij deze informatie betrokken rechtspersonen namelijk onevenredig benadelen en kunnen leiden tot schadelijke effecten. Openbaarmaking van deze informatie zonder juiste feitelijke context kan leiden tot speculatie, het trekken van onjuiste conclusies en het waarnemen van risico's waar deze wellicht niet aanwezig zijn. Aldus kan er een verkeerdt dan wel onjuist beeld ontstaan van de in de betreffende documenten genoemde partijen, inhoudende dat hen ten onrechte een bepaalde positie en/of betrokkenheid wordt toegedicht.

Onder voornoemde omstandigheden weegt het belang van openbaarmaking naar mijn oordeel niet op het tegen het voorkomen van voor betrokkenen onevenredig nadelige gevolgen. De openbaarmaking van deze passages weiger ik daarom op grond van artikel 10, tweede lid, onder g, van de Wob.

Persoonlijke beleidsopvattingen uit intern beraad (artikel 11)

Artikel 11, eerste lid, van de Wob bepaalt dat in geval van een verzoek om informatie uit documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad, geen informatie wordt verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.

Artikel 11, tweede lid, van de Wob bepaalt, dat over persoonlijke beleidsopvattingen met het oog op een goede democratische bestuursvoering informatie kan worden verstrekt, maar niet in tot personen herleidbare vorm.

Op grond van artikel 1, onder c, van de Wob wordt onder intern beraad verstaan het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid. Een persoonlijke beleidsopvatting is "een opvatting, aanbeveling of conclusie van één of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten" (artikel 1, onder f, van de Wob).

Als documenten van intern beraad worden blijktens de toelichting op de Wob en bestendige jurisprudentie o.a. aangemerkt: nota's van ambtenaren aan hun politieke en ambtelijke leidinggevenden, correspondentie tussen ministeries of andere bestuursorganen onderling en concepten van stukken. Ook documenten afkomstig van externe personen of organisaties die bij de beleidsvorming en besluitvorming worden betrokken kunnen als documenten bestemd voor intern beraad worden aangemerkt. Deze beperking op de informatieverplichting is in de Wob opgenomen omdat een ongehinderde bijdrage van ambtenaren en van hen die van buiten bij het intern beraad zijn betrokken bij de beleidsvorming en -voorbereiding gewaarborgd moet zijn. Zij moeten in alle openhartigheid onderling en met bewindspersonen kunnen communiceren. Staatsrechtelijk zijn slechts de standpunten die het bestuursorgaan voor zijn rekening wil nemen relevant.

Ik acht het niet in het belang van een goede en democratische bestuursvoering indien de standpunten van ambtenaren zelfstandig worden betrokken in de publieke discussie. Ik zie in dit geval geen aanleiding om met toepassing van artikel 11, tweede lid, van de Wob in niet tot personen herleidbare vorm informatie te verstrekken over deze persoonlijke beleidsopvattingen.

In diverse documenten zijn passages onleesbaar gemaakt die niet binnen de reikwijdte van uw Wob-verzoek vallen. Dit is ook als zodanig aangegeven in de documenten en op de inventarislijst.

Wijze van openbaarmaking

De documenten die met dit besluit zoals vermeld op de inventarislijst geheel of gedeeltelijk worden openbaar gemaakt, worden u per e-mail toegezonden.

Plaatsing op internet

Dit besluit en de documenten die door middel hiervan geheel of gedeeltelijk openbaar worden gemaakt, worden geanonimiseerd op www.rijksoverheid.nl geplaatst.

Afschrift aan belanghebbenden

Een afschrift van dit besluit zend ik aan de belanghebbenden.

Ik vertrouw er op u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Hoogachtend,



Drs. C. van der Burg

DE STAATSSECRETARIS VAN INFRASTRUCTUUR EN WATERSTAAT,
namens deze,
De DIRECTEUR-GENERAAL MOBILITEIT

Bezwaarclausule

Voor nadere informatie over dit besluit kunt u terecht bij de hierboven genoemde contactpersoon. Op grond van de Algemene wet bestuursrecht kunnen belanghebbenden een bezwaarschrift indienen tegen dit besluit binnen zes weken na de dag waarop dit is bekendgemaakt. Het bezwaarschrift moet worden gericht aan de Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat, ter attentie van Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken, afdeling Algemeen Bestuurlijk-Juridische Zaken, postbus 20901, 2500 EX Den Haag.

Het bezwaarschrift dient te zijn ondertekend en ten minste te bevatten:

- a. naam en adres van de indiener;
- b. de dagtekening;
- c. een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaarschrift zich richt (datum en nummer of kenmerk);
- d. een opgave van de redenen waarom men zich met het besluit niet kan verenigen;
- e. zo mogelijk een afschrift van het besluit waartegen het bezwaarschrift zich richt.

Het niet voldoen aan deze eisen kan leiden tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaarschrift.

Een bezwaarschrift kan uitsluitend per gewone post en niet per e-mail worden ingediend.

Machtigt u iemand om namens u bezwaar te maken? Stuur dan ook een kopie van de machtiging mee. Bij indiening van een bezwaarschrift namens een rechtspersoon, dient u documenten mee te sturen (origineel uittreksel uit het handelsregister en/of een kopie van de statuten van de rechtspersoon) waaruit blijkt dat u bevoegd bent namens de rechtspersoon op te treden.