Gemeente Amsterdam

Bezoekadres
Stationsplein 7
1012 AB Amsterdam

Postbus 2181
1000 CD Amsterdam
Telefoon 020 255 3000
www.noordzuidlijnkennis.net
www.wijnemenjemee.nl

Retouradres: Gemeente Amsterdam, Postbus 2181, 1000 CD Amsterdam

BarentsKrans
[redacted]
Postbus 30457
2500 GL DEN HAAG

Datum	4 december 2018
Ons kenmerk	SJZ/UIT/00034
Uw kenmerk	
Behandeld door	[redacted], Metro en Tram
	[redacted]@amsterdam.nl
Kopie aan	[redacted] (bezwaarschriftencommissie), [redacted] (Croon Advocaten), [redacted] (Metro en Tram)
Bijlage(n)	2
Onderwerp	aanvullend besluit Wob verzoek Exterion Media BV

Geachte heer [redacted],

I. Inleiding

Met uw brief van 26 juni 2018 vroeg u namens Exterion Media (Netherlands) B.V. (hierna Exterion), met een beroep op de Wet openbaarheid van bestuur(Wob) om openbaarmaking van:

A. alle interne stukken omtrent de besluitvorming binnen de gemeente;
B. de meest recente versie van de (concept-)overeenkomst alsook;
C. alle correspondentie tussen de gemeente en CS Digital omtrent het sluiten van de overeenkomst met betrekking tot de concessieverlening voor de reclame in het metronet van Amsterdam.

Op 7 augustus 2018 besliste ik afwijzend op uw verzoek en besloot de door u gevraagde documenten niet openbaar te maken.

Tegen dit besluit tekende u op 17 september 2018 bezwaar aan. Op 6 november 2018 behandelde de bezwaarschriftencommissie van de gemeente Amsterdam uw bezwaarschrift.
Bij deze zitting waren u, uw cliënt en medewerkers van Metro en Tram aanwezig.

Tijdens de zitting werd afgesproken dat ik uw verzoek en de daarop betrekking hebbende documenten nogmaals zou bestuderen en eventueel een aanvullend besluit zou nemen op mijn besluit van 7 augustus 2018. Ook werd afgesproken dat ik u een lijst met de documenten die tot het dossier behoren zou opsturen.

Op 29 november 2018 heeft de heer [redacted] telefonisch contact met u gehad. Met u is afgesproken dat het besluit met betrekking tot uw Wob-verzoek in twee besluiten wordt gesplitst. Het eerste deel, waar dit besluit over gaat, heeft betrekking op de onderdelen A en B van uw Wob-verzoek, respectievelijk documenten die betrekking hebben op A) de gemeentelijke besluitvorming en B)de overeenkomst tussen de gemeente Amsterdam en CSDM.

U ontvangt bij dit deelbesluit de documenten die ik (beperkt) openbaar maak met betrekking tot de overeenkomst tussen de gemeente Amsterdam en CSDM. Tevens ontvangt u een totaal overzicht van de documenten die betrekking hebben op dit dossier (dus de gemeentelijke besluitvorming, de overeenkomst tussen de gemeente Amsterdam en CSDM en de correspondentie tussen de gemeente Amsterdam en CSDM).
Ik wijs u erop dat dit totaaloverzicht nog zou kunnen wijzigen met name waar het de documenten betreft die betrekking hebben op de correspondentie tussen de gemeente Amsterdam en CSDM (zie hierna).

De documenten met betrekking tot de gemeentelijke besluitvorming die reeds openbaar zijn dan wel die ik (gedeeltelijk) openbaar maak worden nog nagezonden. Deze zijn nog in bewerking.

Het tweede besluit zal betrekking hebben op onderdeel C van uw Wob-verzoek, de correspondentie tussen de gemeente Amsterdam en CSDM. Voordat ik een besluit neem ten aanzien van deze documenten moet ik een belanghebbende, in dit geval CSDM, in de gelegenheid stellen, op grond van artikel 4:8 Algemene wet bestuursrecht (Awb), een zienswijze naar voren te brengen.

II. Juridisch kader

a) Uitgangspunt van de Wob is dat er in het belang van een democratische en controleerbare taakuitvoering van het bestuursorgaan, voor diegene die om informatie verzoekt een recht op openbaarmaking van die informatie bestaat voor zover neergelegd in reeds bestaande documenten. Het bestuursorgaan kan openbaarmaking van de gevraagde informatie achterwege laten wanneer een of meer van de in artikelen 10 en 11 van de Wob genoemde uitzonderingsgronden zich voordoen.

   Het recht op openbaarmaking op grond van de Wob dient uitsluitend het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering. Het komt iedere burger in gelijke mate toe. Daarom kan ten aanzien van de openbaarheid geen onderscheid worden gemaakt naar gelang de persoon of de bedoeling of belangen van de verzoeker. Bij de te verrichten belangenafweging worden dan ook betrokken het algemene belang bij openbaarmaking van de gevraagde informatie en de door de uitzonderingsgronden te beschermen belangen, maar niet het specifieke belang van de verzoeker.
   Evenmin kent de Wob een beperkte vorm van openbaarmaking. Dit betekent dat openbaarmaking van de gevraagde documenten uitsluitend aan u op grond van de Wob niet mogelijk is. Indien ik aan u de betreffende documenten verstrek, moet ik deze ook

aan anderen geven indien zij daarom verzoeken. In dat licht vindt de onderstaande belangenafweging dan ook plaats.

b) Aangezien uw verzoek betrekking heeft op documenten die zijn opgesteld dan wel correspondentie die is gevoerd in het kader van een aanbestedingsprocedure, is naast de Wob tevens artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw) van toepassing. Op grond van dat artikel is een aanbestedende dienst gehouden informatie die hem door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar te maken (artikel 2.57 lid 1). In artikel 2.57 lid 2 AW is opgenomen dat een aanbestedende dienst geen informatie openbaar maakt 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. Volgens bestendige jurisprudentie dient de Wob als algemene openbaarmakingsregeling te wijken voor een bijzondere openbaarmakingsregeling met een uitputtend karakter, zoals artikel 2.57 van de Aw.

c) Tot slot is artikel 11a van de Advocatenwet ook van toepassing op uw verzoek. Uw verzoek ziet onder andere op adviezen van advocaten aan de gemeente Amsterdam. Deze documenten vallen onder de geheimhoudingsplicht van artikel 11a lid 1 Advocatenwet. Uit jurisprudentie[1] volgt dat artikel 11a van de Advocatenwet een bijzondere openbaarmakingsregeling is die derogeert aan de Wob.

III. Documenten

Na (her)inventarisatie heb ik geconcludeerd dat uw Wob-verzoek betrekking heeft op 225 documenten.

Het overzicht van deze documenten gaat als bijlage bij dit besluit. In de kolommen 'openbaar', 'niet openbaar, uitsluitingsgrond Wob' en 'beperkt openbaar, onderbouwing Wob' kan u zien welke uitzonderingsgrond al dan niet van toepassing is op het desbetreffende document. Ik wijs u er op dat ten aanzien van onderdeel C van uw Wob-verzoek -correspondentie tussen de gemeente Amsterdam en CSDM- deze kolommen nog niet zijn ingevuld. Ten aanzien van deze documenten heb ik, zoals in de inleiding aangegeven, CSDM verzocht hun zienswijze aan mij kenbaar te maken voordat ik hierover besluit.

IV. Aanvullend besluit

Nadere bestudering van het dossier heeft mij doen besluiten mijn oorspronkelijke besluit van 7 augustus 2018 aan te vullen met onderhavig besluit. Mijn besluit komt er feitelijk op neer dat ik een aantal documenten openbaar maak, een aantal deels openbaar maak en een aantal documenten niet openbaar maak. Hierna licht ik per onderdeel toe hoe ik tot mijn besluit ben gekomen. Hierbij volg ik de indeling zoals u die gehanteerd heeft bij uw verzoek van 26 juni 2018.

A. Alle interne stukken omtrent de besluitvorming binnen de gemeente

1) Openbaar te maken

De documenten, 5, 7, 13, 53, 80, 82, 85, 89 en 95 maak ik volledig openbaar.

---

[1] Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2017:715

2) Gedeeltelijk openbaar
De documenten24, 34, 58, 78 en 83 maak ik gedeeltelijk openbaar. Op deze documenten is artikel 10 lid 2, aanhef en onder e van de Wob van toepassing.
Op grond van dit artikel blijft verstrekking van informatie achterwege voor zover het belang van de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer zwaarder weegt dan het belang van de openbaarheid.
Met betrekking tot deze documenten is dit het geval.

Namen, ook die van hen die in een ambtelijke organisatie werken, zijn persoons- en contactgegevens die naar de betreffende personen herleidbaar zijn. Het belang van eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan zich daarom tegen het openbaar maken hiervan verzetten.
Ik ben van mening dat dit het geval is ten aanzien van deze documenten, omdat de betreffende personen niet uit hoofde van hun functie in de openbaarheid treden. De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer weegt dan zwaarder dan het belang van openbaarmaking (zie ook de uitspraak van de Raad van State d.d. 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:321).

Ik heb daarom informatie die op enigerlei wijze herleidbaar is op personen geanonimiseerd ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van hen die het betreft, ter voorkoming van dat bijvoorbeeld contact met hen wordt gezocht in de privésfeer of dat deze informatie op het internet en daarmee samenhangende sociale media wordt bekend gemaakt.

Concreet houdt dit in dat, namen, telefoonnummers, e-mailadressen enz. onleesbaar zijn gemaakt.

3) Niet openbaar te maken
Ik besluit de documenten 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 81, 84, 86, 87, 88, 90, 91, 92, 93, 94 en 96 niet openbaar te maken.
Op deze documenten zijn de volgende uitzonderingsgronden van toepassing: artikel 10 lid 2 aanhef en onder b Wob; artikel 10 lid 2, aanhef en onder g Wob; artikel 11 lid 1 Wob artikel 2.57 AW en artikel 11a Advocatenwet.

<u>Onderbouwing</u>

- *Artikel 11 lid 1 Wob*

Artikel 11 lid 1 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.

In de documenten nummers 42, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 55, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 71, 84, 88, 90, 91, 92 en 93 gaat het (onder andere) om interne vertrouwelijke discussies en persoonlijke

beleidsopvattingen geuit in het kader van intern beraad over (de gunning van) de reclameconcessie. Zo worden er bijvoorbeeld verschillende scenario's geschetst ten aanzien van het gunnen van het reclamecontract en worden onder andere meningen, interpretaties van gegevens en standpunten ingenomen die op personen zijn te herleiden.
Door openbaarmaking zal het uitgangspunt van de bescherming van de vrije meningsvorming en het belang om in vertrouwelijke sfeer vrijuit te kunnen praten, discussiëren en van gedachten te kunnen wisselen door intern bij de gemeente betrokkenen bij het aanbestedingsproces worden ondergraven. Het gevaar van suboptimale advisering is niet ondenkbaar omdat de interne adviseurs van de gemeente zich niet beschermd zullen achten.

- *Artikel 10 lid 2, aanhef en onder b en onder g*

  Artikel 10 lid 2, aanhef en onder b Wob bepaalt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de economische of financiële belangen van de Staat, de andere publiekrechtelijke lichamen of de in artikel 1a, onder c en d, bedoelde bestuursorganen. Uit dit artikel valt af te leiden dat als de economische of financiële belangen van de gemeente kunnen worden geschaad, het verstrekken van informatie achterwege blijft.

  Artikel 10 lid 2, aanhef en onder g Wob bepaalt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft 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.

  Zoals hiervoor (onder artikel 2.57 lid 1 AW) reeds is aangegeven heeft CSDM in het kader van de aanbesteding vertrouwelijk strategische bedrijfsgegevens aan de gemeente verstrekt die, als openbaar gemaakt, de marktwerking ten nadele van CSDM kan verstoren.

Potentiële concurrenten van CSDM zullen bij openbaarmaking deze informatie maximaal in eigen voordeel aanwenden. Dit kan ten koste gaan van bijvoorbeeld het marktaandeel en de klantenkring van CSDM. CSDM loopt dan het risico om huidige en potentiële klanten te verliezen en wordt hierdoor dus onevenredig benadeeld. Dit kan tot gevolg hebben dat CSDM de gemeente aansprakelijk stelt voor (te verwachten) inkomstenderving/schade. De gemeente kan hiervan dus financieel nadeel ondervinden.

Bij openbaarmaking van deze informatie zullen mogelijke concurrenten van CSDM daar dus onevenredig voordeel van kunnen hebben, terwijl CSDM en de gemeente onevenredig (financieel) kunnen/zullen worden benadeeld.

Deze uitzonderingsgronden zijn met name van toepassing op documenten nummers 6, 10, 11, 12, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 36 t/m 48, 50, 51, 54, 55, 56, 57, 59, 60 t/m64, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 79, 81, 86 en 92.

- *Artikel 10 lid 1 onder c Wob*

  Artikel 10 lid 1 onder c van de Wob bepaalt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover dit bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.

Zowel documenten 11 als 86 bevatten vertrouwelijk bedrijfsgegevens die CSDM aan de gemeente heeft verstrekt. Deze gegevens hebben onder meer betrekking op de organisatie-/bedrijfsstructuur (document 86) en de verwachte opbrengst en afdracht met betrekking tot het contract (document 11).
Als deze gegevens openbaar worden gemaakt, wordt aan een ieder feitelijk inzage gegeven in de (strategische) bedrijfsgegevens van CSDM.

Deze uitzonderingsgrond van artikel 10 lid 1 onder c is daarom (eveneens) van toepassing op documenten nummers 11 en 86.

- *Artikel 2.57 AW*

Artikel 2.57 AW gaat, als lex specialis, voor op de Wob. Artikel 2.57 lid1 AW bepaalt dat een aanbestedende dienst vertrouwelijke informatie die hem door een ondernemer is verstrekt niet openbaar mag maken.

CSDM heeft in het kader van de aanbesteding vertrouwelijk bedrijfsgegevens aan de gemeente verstrekt, die betrekking hebben op onder meer de financiële staat van het bedrijf, de winst- en omzetprognoses, groei- en ontwikkelingsstrategie, marktaandeel en organisatiestructuur. Als deze gegevens openbaar worden gemaakt, wordt aan een ieder feitelijk inzage gegeven in deze strategische bedrijfsgegevens, dus ook aan potentiele concurrenten en bedrijven die in deze (reclame)markt actief zijn. Er kan dus vervalsing van mededinging optreden (ten nadele van CSDM, maar ten faveure van potentiële concurrenten) als gevolg van de openbaarmaking van de stukken.

Deze uitzonderingsgrond is van toepassing op alle door de gemeente van CSDM ontvangen documenten met de hiervoor beschreven inhoud die vervolgens in de interne besluitvorming van de gemeente zijn betrokken.

Artikel 2.57 lid 2 AW bepaalt dat een aanbestedende dienst geen informatie openbaar maakt 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.

Openbaarmaking van de documenten nummers, 8, 15, 17, 75, 76 en 77 zal ertoe leiden dat potentiële concurrenten van CSDM inzage krijgen in interne discussies die speelden tijdens het gunningsproces. Als dit openbaar wordt, kan dit ten koste gaan van bijvoorbeeld het marktaandeel en de klantenkring van CSDM. CSDM loopt dan het risico om huidige en potentiële klanten te verliezen en wordt hierdoor dus onevenredig benadeeld.

- *Artikel 11a Advocatenwet*

Artikel 11a Advocatenwet bepaalt dat een advocaat ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht.

Bij de aanbesteding van het reclamecontract heeft de gemeente beroep gedaan op advocaten die gespecialiseerd zijn in de Aanbestedingswet en het aanbestedingsproces in algemene zin.

Deze advocaten hebben de gemeente over de aanbesteding juridisch geadviseerd en het aanbestedingsproces begeleid. De adviezen van de advocaten vallen onder de geheimhoudingsplicht zoals opgenomen in artikel 11 a Advocatenwet en daarmee samenhangende jurisprudentie (onder andere ECLI:NL:RVS:2017:715, zie voetnoot 1). Indien op de adviezen van de advocaten de Wob van toepassing zou zijn, zou dat ertoe kunnen leiden dat informatie die onder de geheimhoudingsplicht valt voor een ieder openbaar zou moeten worden gemaakt. Daarmee zou afbreuk worden gedaan aan de goede werking van de Advocatenwet.

De documenten die onder de werking van artikel 11a Advocatenwet vallen zijn nummers 4, 9, 14, 17, 35, 49, 52, 68, 87, 93, 94 en 96. Deze worden dus niet openbaar gemaakt. Artikel 11a Advocatenwet dient te worden aangemerkt als een bijzondere openbaarmakingsregeling met een uitputtend karakter, waarmee openbaarmaking van documenten die daarop betrekking hebben via de Wob niet verenigbaar is.

4) Reeds openbare documenten

Documenten 1, 2, 3 en 32 zijn reeds openbaar. Deze documenten worden voor de volledigheid bijgevoegd, doch het betreft een feitelijke verstrekking waarop de Wob niet van toepassing is. Het gaat dan meer specifiek om raadsamendementen en een voordracht van het college van burgemeester en wethouders.

B. De meest recente versie van de (concept-)overeenkomst

1) Openbaar te maken

De documenten 2 tot en met 22 maak ik volledig openbaar.

2) Gedeeltelijk openbaar

Document 1, de getekende overeenkomst, maak ik gedeeltelijk openbaar. Bij de getekende overeenkomst gaan 4 bijlagen. Bijlage 2 en bijlage 4 bij de overeenkomst en artikel 6.1 onder e maak ik niet openbaar.

Artikel 10 lid 2, aanhef en onder g Wob bepaalt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft 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.

Eventuele concurrenten van CSDM zullen bij openbaarmaking, deze informatie maximaal in eigen voordeel kunnen aanwenden. Dit kan ten koste gaan van bijvoorbeeld het marktaandeel en de klantenkring van CSDM. CSDM loopt dan het risico om huidige en toekomstige klanten te verliezen en zal door openbaarmaking van artikel 6.1 onder e en bijlage 4 dus onevenredig benadeeld worden. Dit kan tot gevolg hebben dat CSDM de gemeente aansprakelijk stelt voor (te verwachten)inkomstenderving/schade.

Bijlage 2 betreft door CSDM vertrouwelijk verstrekte informatie aan de gemeente Amsterdam in het kader van de aanbesteding. Op grond van artikel 2.57 lid 1 AW is een

aanbestedende dienst gehouden informatie die hem vertrouwelijk is verstrekt niet openbaar te maken.

Volledigheidshalve wijs ik ook nog op artikel 7 van de Algemene Inkoopvoorwaarden. Partijen, dus ook de gemeente Amsterdam, worden geacht om vertrouwelijke documenten of documenten waarvan het vertrouwelijke karakter bekend is of redelijkerwijs kan worden vermoed op generlei wijze bekend te maken, behalve voor zover enig wettelijk voorschrift of rechterlijke uitspraak tot bekendmaking noopt. CSDM kan alsdan de concessieovereenkomst per direct opschorten dan wel zonder rechterlijke tussenkomst en zonder ingebrekestelling ontbinden. De gemeente Amsterdam zal hierdoor ook direct in haar financieel belang worden getroffen, onder andere het mislopen van inkomsten uit het reclamecontract.
De gemeente kan dus financieel nadeel ondervinden indien bijlage 4 openbaar wordt gemaakt zonder dat daar enig wettelijk voorschrift of rechterlijke uitspraak daartoe noopt. In dat geval is ook artikel 10 lid 2, aanhef en onder b Wob van toepassing op artikel 6.1 onder e, bijlage2 en bijlage 4.

Bij openbaarmaking van artikel 6.1 onder e, bijlage2 en bijlage 4 zullen potentiele concurrenten van CSDM daar dus onevenredig voordeel van kunnen hebben, terwijl CSDM en de gemeente onevenredig (financieel) kunnen/zullen worden benadeeld.

Hoogachtend,

Drs. M. J. van Bekkum
Algemeen Directeur
Metro en Tram