

Vlaamse overheid

Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur
en hergebruik van overheidsinformatie
afdeling openbaarheid van bestuur

Havenlaan 88, bus 20

1000 BRUSSEL

T : 02 553 57 25

Mail: openbaarheid@vlaanderen.be

Dossiernummer: OVB/2019/15

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Gelet op het bestuursdecreet van 7 december 2018, titel II, hoofdstuk 3, en artikel IV.275, eerste lid;

Gelet op het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2007 tot oprichting van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie;

Gelet op het oorspronkelijke verzoek van ■■■, d.d. 3 december 2018, gericht aan het Agentschap voor Infrastructuur in het Onderwijs (hierna vermeld als Agion), waarbij werd verzocht om een afschrift te verlenen van de volledige gemotiveerde selectiebeslissing in het kader van de overheidsopdracht "DBFM-project Projectcluster Maldegem-Poperinge-Wingene";

Gelet op de beslissing van Agion d.d. 21 december 2018 waarbij het openbaarheidsverzoek werd afgewezen;

Gelet op het beroepschrift van ■■■ d.d. 18 januari 2019 tegen de voormelde weigeringsbeslissing van Agion d.d. 21 december 2018;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 18 januari 2019;

Gelet op de beslissing van 15 februari 2019 van de beroepsinstantie waarbij de beslissingstermijn van dertig kalenderdagen met toepassing van artikel II.50, § 1, tweede lid van het bestuursdecreet tot een termijn van vijfenveertig kalenderdagen wordt verlengd;

Wat de ontvankelijkheid betreft:

Op 3 december 2018 diende ■■■ een openbaarheidsverzoek in bij Agion, waarbij werd gevraagd naar een afschrift van de volledige gemotiveerde selectiebeslissing in het kader van de overheidsopdracht "DBFM-project Projectcluster Maldegem-Poperinge-Wingene". Agion heeft dit openbaarheidsverzoek afgewezen

op 21 december 2018. Deze beslissing maakt melding van de beroepsmogelijkheden en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel 35, eerste lid van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur (thans artikel II.43, §1, derde lid van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (verder 'Bestuursdecreet')). Op 18 januari 2019 diende [REDACTED] beroep in tegen voormelde weigeringsbeslissing. Het ingediende beroep is bijgevolg tijdig ingediend en is **ontvankelijk**.

Wat de gegrondheid betreft:

Overeenkomstig artikel II.31, eerste lid van het Bestuursdecreet heeft het recht op passieve openbaarheid betrekking op bestuursdocumenten. Op grond van deze bepaling is elke instantie in principe verplicht aan eenieder die erom verzoekt inzage te geven in, uitleg te verschaffen over of een afschrift te bezorgen van de gewenste bestuursdocumenten. De openbaarmaking kan slechts geweigerd worden mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingen, zoals gestipuleerd in de artikelen II.33 tot en met II.39 van voormeld decreet.

1) Feiten

AGION heeft een overheidsopdracht "DBFM-project Projectcluster Maldegem-Poperinge-Wingene, dossiernummer DBFM _PSP_ CLOI " uitgeschreven, welke geplaatst werd via een mededingingsprocedure met onderhandeling.

Verzoeker (■) heeft een aanvraag tot deelneming aan de opdracht ingediend. Op 27 november 2018 werd vanuit AGION aan verzoeker meegedeeld dat de aanvraag tot deelneming niet werd geselecteerd. Bij die mededeling werd een uittreksel van de gemotiveerde selectiebeslissing toegestuurd aan verzoekers, met daarin de motieven voor de niet-selectie van verzoeker voor de opdracht, dit in overeenstemming met artikel 7, §1, 1° Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013.

Met een brief, verstuurd per email en aangetekende post, van 3 december 2018 verzocht verzoeker AGION om hen een kopie te willen medelen van de volledige selectiebeslissing met betrekking tot de voormelde overheidsopdracht.

Per aangetekende brief en email van 21 december 2018 deelde AGION mee dat niet kon worden ingegaan op het verzoek tot mededeling van een kopie van de volledige selectiebeslissing.

De raadsman van verzoeker heeft op 18 januari 2019 beroep ingesteld tegen de weigeringsbeslissing van Agion.

2) *De inhoud van de aangevochten beslissing*

In de aangevochten beslissing d.d. 21 december 2018 deelde Agion mee dat niet kon ingegaan worden op het verzoek tot mededeling van de volledige selectiebeslissing aan verzoekers. Er werd daarbij verwezen naar de toepassing van artikel 10 van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten

//

en concessies. Voorts werd ook nog verwezen naar artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet van 26 maart 2004.

Agion is van oordeel dat de bescherming van de vertrouwelijke commerciële gegevens en rechtmatige commerciële belangen van alle kandidaten en de bescherming van de eerlijke mededinging tussen hen rechtvaardigen om geen afschrift te verlenen van de volledige selectiebeslissing in het dossier van deze overheidsopdracht. Deze selectiebeslissing behelst een bespreking van diverse referentieprojecten en de kwaliteit en samenstelling van de teams van alle kandidaten. Deze informatie vormt volgens Agion bedrijfsvertrouwelijke gegevens die, in geval van bekendmaking aan de verzoekers, een sterk competitief voordeel voor hen zou kunnen genereren voor toekomstige overheidsopdrachten, waardoor de eerlijke mededinging zou kunnen worden geschaad. Dit geldt volgens Agion des te meer nu de selectiebeslissing kadert binnen het overkoepelend scholenbouwproject middels projectspecifieke DBFM-overeenkomsten, waarvoor mogelijk meerdere gelijkaardige opdrachten (voor de realisatie van ongeveer 40 scholen) met mogelijk gelijkaardige selectiecriteria zullen worden geplaatst.

Bijgevolg weegt het belang van de openbaarheid niet op tegen de bescherming van het belang dat gepaard gaat met het hiervoor geciteerd vertrouwelijk karakter van deze commerciële informatie van de betrokken kandidaten.

3) *De argumenten van beroeper uit zijn beroepschrift*

Verzoeker wijst erop dat hij enkel een afschrift heeft gevraagd van de selectiebeslissing die door AGION is genomen, doch niet van de door de andere kandidaten voorgelegde referentieprojecten zelf, noch van de door de andere kandidaten bij hun aanvraag tot deelneming gevoegde nota ter beoordeling van het kwalitatief selectiecriteria "kwaliteit en organisatie managementteam". In de mate dat die selectiebeslissing toch vertrouwelijke informatie zou bevatten, wijst de verzoeker op de mogelijke toepassing van artikel 9 Openbaarheidsdecreet, dat bepaalt dat een gedeeltelijke openbaarmaking van een bestuursdocument mogelijk is. In voorkomend geval kan de selectiebeslissing volgens hen worden megedeeld met het eenvoudig doorhalen of het verbergen van de eventuele commerciële informatie of gegevens die daarin zouden staan.

Verzoeker wijst er verder op dat de in casu in de selectieleidraad gevraagde referentieprojecten allemaal betrekking hebben op ofwel scholenbouwprojecten dan wel vergelijkbare publieke vastgoed gerelateerde projecten, dan wel op academies voor muziek, woordkunst en techniek en kindercrèches of vergelijkbare publieke vastgoed gerelateerde projecten. De gevraagde referentieprojecten betreffen dus allemaal "publieke" projecten. Dergelijke projecten en projectreferenties moeten geacht worden algemeen bekend te zijn, aangezien de gunning van al deze projecten ook openbaar is. Referenties die openbaar en algemeen gekend zijn, zijn geen vertrouwelijke commerciële gegevens.

Ook wat de bespreking van de kwaliteit en de samenstelling van de teams van de kandidaten betreft, vraagt verzoeker geenszins een afschrift/openbaarmaking van de nota's die daarover door de diverse kandidaten bij hun aanvragen tot deelneming zijn gevoegd, maar slechts de selectiebeslissing die de bespreking daarvan bevat. Verzoekers verwijzen in dit verband naar een eerdere beslissing van de beroepsinstantie waarbij werd geoordeeld dat CV's van teamleden, maar ook een organogram, etc., die deel uitmaken van de offertes ook openbaar kunnen worden gemaakt en geen vertrouwelijke gegevens in

```
//
```

de zin van artikel 14, 3° Openbaarheidsdecreet betreffen, en deze desnoods met toepassing van artikel 9 van hetzelfde decreet gedeeltelijk openbaar kunnen worden gemaakt d.m.v. een eenvoudige doorhaling van de eventueel wel vertrouwelijke persoonsgegevens.

Verzoeker verwijst tenslotte ook naar artikel 8 §1 van de Rechtsbeschermingswet, op grond waarvan aan alle wél geselecteerde kandidaten, minstens na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing, de volledige gunningsbeslissing wordt meegedeeld met inbegrip van de volledige selectiebeslissing. Daarom alleen al blijkt dat de motivering van AGION dat het niet meedelen van de selectiebeslissing aan de verzoekers een competitief voordeel zou geven voor toekomstige overheidsopdrachten, ook niet kan worden gevolgd. De andere wel geselecteerde kandidaten hebben of zullen de selectiebeslissing ook ontvangen. AGION stelt dus volgens verzoekers onjuist dat door het meedelen van de selectiebeslissing verzoekers een sterk competitief voordeel zouden kunnen genereren voor toekomstige overheidsopdrachten, waardoor de eerlijke mededinging zou kunnen worden geschaad.

4) Beoordeling door de beroepsinstantie

De beroepsinstantie heeft contact opgenomen met Agion, met het verzoek om toelichting te geven bij haar beslissing d.d. 21 december 2018 en met de vraag om de integrale selectiebeslissing mee te delen aan de beroepsinstantie. De beroepsinstantie kon dus zelf kennis nemen van de inhoud van de gemotiveerde selectiebeslissing d.d. 27 november 2018, waarvan in dit dossier een afschrift wordt gevraagd.

De beroepsinstantie stelt vooreerst vast dat de verwijzing van beroeper naar de bepaling van artikel 8, §1 van de Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013 in dit verband geen steek houdt. De bewering van beroeper dat AGION reeds in dit stadium, dan wel na de gunningsbeslissing, de selectiebeslissing heeft meegedeeld of zal meedelen aan de geselecteerde kandidaten mist feitelijke en juridische grondslag. Op grond van het voormelde artikel 8, §1 van de Rechtsbeschermingswet is de aanbestedende overheid bij een gunning (enkel) verplicht om de gemotiveerde gunningsbeslissing (en dus niet de selectiebeslissing) te bezorgen. Dit argument mist dan ook juridische grondslag: na het nemen van de gunningsbeslissing zal de selectiebeslissing dan ook niet worden overgemaakt, noch aan de geselecteerde kandidaten, noch aan de niet-geselecteerde kandidaten.

Navraag door de beroepsinstantie wees ook uit dat tot op heden vanuit Agion aan geen van de (al dan niet) geselecteerde kandidaten de integrale selectiebeslissing werd bezorgd. Evenmin beoogt Agion dit in de toekomst nog te doen. De (al dan niet) geselecteerde kandidaten beschikken in ieder geval over hetzelfde niveau van informatie omtrent de selectiebeslissing: zij kennen enkel de motieven van hun eigen niet-selectie, niet de motieven van de niet-selectie van de andere kandidaten, noch de motieven van de selectie van de geselecteerde kandidaten, zodat alle kandidaten op gelijke wijze behandeld werden.

Het komt nu voorts aan de beroepsinstantie toe om na te gaan in hoeverre in casu toepassing dient te worden gemaakt van het inroepen van II.35, 3° van het bestuursdecreet (het voormalige artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet). Voormelde decreetbepaling stipuleert dat een verzoek tot openbaarmaking wordt afgewezen, indien het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren. Tevens wordt hierbij rekening gehouden met de mogelijkheid om eventueel over te gaan tot een gedeeltelijke openbaarmaking van het opgevraagde document, in toepassing van artikel II.45, §2 van het bestuursdecreet.

```
//
```

Inhoud van de selectiebeslissing d.d. 27 november 2018

De beroepsinstantie stelt vast dat de eigenlijke beslissing slechts twee bladzijden in beslag neemt, waarin enkel de geselecteerde inschrijvers worden opgesomd, alsook de niet-geselecteerde inschrijvers. Aangezien het hier gaat om de loutere vermelding van de inschrijvers (rechtspersonen), ziet de beroepsinstantie niet in waarom de eigenlijke selectiebeslissing niet openbaar zou mogen worden gemaakt. Agion verwijst hieromtrent naar de toepassing van artikel 13 van de wet van 17 juni 2016 inzake de overheidsopdrachten. Voormelde wetbepaling voorziet echter dat zolang de aanbesteder geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten of deelnemers, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, de kandidaten, deelnemers, inschrijvers en derden geen toegang hebben tot de documenten betreffende de plaatsingsprocedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbesteder. In casu echter is er wel degelijk al een gemotiveerde selectiebeslissing genomen op 27 november 2018. De verwijzing naar artikel 13 van de overheidsopdrachtenwet doet in deze dus niet terzake. Er is al een selectiebeslissing genomen en de beroepsinstantie ziet niet in in hoeverre door de loutere vermelding van de namen van de kandidaat-inschrijvers afbreuk zou worden gedaan aan de commerciële belangen van die kandidaten. Door het feit dat het hier rechtspersonen betreft, is er ook geen sprake van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De beroepsinstantie is bijgevolg dan ook van oordeel dat deze eigenlijke selectiebeslissing openbaar kan worden gemaakt en dat het ingestelde beroep, wat dit onderdeel betreft, dan ook als **gegrond** wordt beschouwd.

Naast de eigenlijke selectiebeslissing, heeft het openbaarheidsverzoek ook betrekking op de bijlage die bij de gemotiveerde selectiebeslissing hoort, het gemotiveerde selectieverslag d.d. 27 november 2018.

De beroepsinstantie stelt vast dat in punt 1 (algemene gegevens van de opdrachtgever), punt 2 (overzicht van de inschrijvers voor de opdracht, met vermelding van naam en adres) en punt 3 (algemene toelichting bij de gehanteerde methode voor de beoordeling van de ingediende aanvragen) van het selectieverslag geen informatie voorkomt die moet worden afgeschermd door één van de in het bestuursdecreet voorziene uitzonderingsgronden. Het gaat immers om zeer algemene informatie, die openbaar kan worden gemaakt. Bijgevolg is het ingestelde beroep, wat deze punten betreft, dan ook als **gegrond** te beschouwen.

In punt 4 van het selectieverslag wordt de aanvraag tot deelneming voor elke inschrijver beoordeeld, aan de hand van de volgende criteria:

- volledigheid en formele regelmatigheid
- betrouwbaarheidscriteria
- toelaatbaarheids criterium (vereiste erkenning)
- geschiktheids criteria: financiële en economische draagkracht
- technische bekwaamheid: de verschillende referentieprojecten en de organisatie van het management team

De beroepsinstantie kan niet akkoord gaan met de redenering, zoals uiteengezet door Agion in haar beslissing d.d. 21 december 2018. Ze heeft zelf kunnen vaststellen dat de beoordeling van de aanvragen van de verschillende deelnemers in zeer algemene bewoordingen is opgesteld in het selectieverslag.

//

Daarbij wordt op geen enkel moment vertrouwelijke commerciële of industriële informatie van die bedrijven vernoemd. Om toepassing te kunnen maken van artikel II.35, 3° van het bestuursdecreet moet het vertrouwelijke commerciële en industriële informatie betreffen van firma's, waarbij deze informatie beschermd dient te worden om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren.

De stelling van Agion dat in de selectiebeslissing (meer bepaald in het selectieverslag dan) een inhoudelijke bespreking van de diverse referentieprojecten van de inschrijvers aan bod zou komen alsook een bespreking van de kwaliteit en samenstelling van de teams van alle kandidaten, kan niet worden gevolgd door de beroepsinstantie. Bij het merendeel van de kandidaten worden de referentieprojecten zelfs niet genoemd of aangeduid en wordt enkel in het algemeen vermeld dat de inschrijver de vereiste referentieprojecten heeft voorgelegd en dat die al dan niet voldoen aan de gestelde vereisten van de selectieleidraad. Bij bepaalde inschrijvers wordt wel een referentieproject omschreven of met naam genoemd, doch de beroepsinstantie ziet echt niet in in hoeverre dit een afbreuk zou kunnen doen aan de commerciële of industriële know-how van de betrokken inschrijver.

Ook bij de beoordeling van het criterium “kwaliteit en organisatie management team” worden enkel zeer algemene bewoordingen gehanteerd in het selectieverslag, waarbij enkel wordt gesteld dat de voorgelegde nota in dat verband voldoet aan de vereisten van de selectieleidraad en dat de leden van het managementteam als kwaliteitsvol worden beoordeeld, zonder dat er daarbij namen of curricula vitae worden vermeld. De beroepsinstantie is van oordeel dat de hiervoor vermelde informatie evenmin als vertrouwelijke commerciële of industriële informatie van de betrokken inschrijvers kan worden bestempeld en dat er dan ook geen enkele reden is om deze onleesbaar te maken in het selectieverslag. Het ingestelde beroep is, wat dit punt 4 betreft, dan ook als **gegrond** te beschouwen.

In punt 5 van het selectieverslag tenslotte wordt enkel een algemeen besluit geformuleerd, waarbij een opsomming wordt gegeven van de kandidaten wiens aanvraag tot deelneming aan de overheidsopdracht werd ingediend conform de eisen van de selectieleidraad, waarna als conclusie wordt voorgesteld om de opgesomde kandidaten te selecteren voor verdere deelname aan de plaatsingsprocedure van de overheidsopdracht. Ook hier stelt de beroepsinstantie vast dat er nergens vertrouwelijke commerciële of industriële informatie van de betrokken inschrijvers wordt vermeld. Het ingestelde beroep is, wat dit onderdeel betreft, dan ook als **gegrond** te beschouwen.

5) Conclusie

De beroepsinstantie stelt vast, na kennisname van het opgevraagde bestuursdocument (de gemotiveerde selectiebeslissing), dat dit geen vertrouwelijke commerciële of industriële informatie van de betrokken inschrijvende firma's bevat en dat er bijgevolg ook geen afbreuk wordt gedaan aan de eerlijke mededinging tussen de verschillende inschrijvers door de openbaarmaking ervan. Er dient in casu dan ook geen toepassing te worden gemaakt van artikel II.35, 3° van het bestuursdecreet.

Tevens ziet de beroepsinstantie ook geen andere wettelijke of decretale uitzonderingsgronden die in casu zouden moeten worden ingeroepen om de openbaarmaking van de opgevraagde selectiebeslissing in deze overheidsopdracht niet toe te staan.

Na beraadslaging,

/

//

BESLUIT:

Het beroepsschrift van [REDACTED] d.d. 18 januari 2019 tegen de weigeringsbeslissing van Agion d.d. 21 december 2018 wordt als ontvankelijk en gegrond beschouwd.

Bijgevolg dient het gevraagde bestuursdocument (de volledige selectiebeslissing d.d. 27 november 2018 met betrekking tot de overheidsopdracht “DBFM-project Projectcluster Maldegem-Poperinge-Wingene”) openbaar te worden gemaakt door er een afschrift van te verstrekken aan verzoekers.

In zoverre dit beroep gegrond werd verklaard, geldt dat deze inwilliging van de aanvraag tot openbaarmaking GEEN toestemming inhoudt om de gevraagde bestuursdocumenten te hergebruiken, als vermeld in hoofdstuk 4 van het bestuursdecreet van 7 december 2018 (zie artikel 11.44, §3, van het bestuursdecreet).

Brussel, 28 februari 2019

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter

```

////////////////////////////////////

```