

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/2019/163

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Gelet op het Bestuursdecreet van 7 december 2018, titel II, hoofdstuk 3;

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. 1 juli 2019, gericht aan de stad Hoogstraten, waarbij werd verzocht om afschrift te verlenen van de overeenkomst(en) tussen de stad Hoogstraten en Groep Sportoase NV voor de bouw en/of uitbating van het sportcomplex Stede Akkers, en van de lijst van de huidige geldende tarieven in het complex;

Gelet op de beslissing van de stad Hoogstraten d.d. 8 juli 2019 waarbij afschrift van de overeenkomst met Groep Sportoase NV werd geweigerd;

Gelet op het beroepschrift van ■■■ d.d. 9 juli 2019 tegen de weigering van de stad Hoogstraten;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 9 juli 2019;

Gelet op de beslissing van 1 augustus 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:

Het oorspronkelijk verzoek dateert van 1 juli 2019. Op 8 juli 2019 heeft de stad Hoogstraten hierin een weigeringsbeslissing genomen.

De beroepsinstantie beschouwt het beroep dan ook als **ontvankelijk**.

1) Overzicht van de feiten

```

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

```

de stad Hoogstraten de betrokken documenten aan de beroepsinstantie, en gaf ze nog de volgende bijkomende toelichting:

De overeenkomst waarop de aanvraag tot openbaarmaking betrekking heeft, is het resultaat van een overheidsopdracht zoals georganiseerd door de gemeente Hoogstraten voor de bouw en de uitbating van het sportcomplex Stede-Akkers. In het kader van deze overheidsopdracht werd door Groep Sportoase een offerte ingediend waarvan de betreffende overeenkomst een vertaling is. De betreffende overeenkomst bevat dan ook wel degelijk commerciële vertrouwelijke informatie dewelke een concurrentieel voordeel kan verschaffen aan concurrenten van Groep Sportoase in geval zij zou worden bekendgemaakt.

Bovendien dient vastgesteld te worden dat de betreffende overeenkomst uitdrukkelijk een geheimhoudingsclausule bevat dewelke betrekking heeft op de inhoud van de overeenkomst en alle daarmee verband houdende informatie die naar haar aard vertrouwelijk moet blijven (zoals documenten, computerbestanden, bestekken, formules, evaluaties, methoden, processen, technische beschrijvingen, rapporten en andere gegevens, bestanden, tekeningen, modellen en berekeningen en de documenten of informatie verstrekt in de loop van procedures). De gemeente Hoogstraten is dan ook contractueel verplicht tot geheimhouding van de betreffende overeenkomst.

Naast deze uitdrukkelijke contractuele geheimhoudingsplicht van de gemeente Hoogstraten verbiedt artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten de mededeling van commercieel gevoelige informatie bij overheidsopdrachten. De offertes van de inschrijvers worden als commercieel gevoelige informatie beschouwd en mogen niet meegedeeld worden Dit betreft ook vaste rechtspraak van het Hof van Justitie én de Raad van State (Zie o.m. R.v.St. nr. 218.355. 8 maart 2012).

In elk geval dient vastgesteld te worden dat minstens de volgende informatie zoals opgenomen in de overeenkomst en de bijlagen niet kan worden openbaar aangezien het als commercieel gevoelige informatie dient te worden beschouwd, en/of auteursrechtelijk beschermd is en/of de gemeente Hoogstraten niet over de nodige rechten beschikt teneinde deze openbaar te maken:

- *Alle elementen dewelke betrekking hebben op het financiële gedeelte van de overeenkomst en de bijlagen, zoals onder andere:*
 - o *alle uitdrukkelijk in de overeenkomst en de bijlagen opgenomen bedragen en percentages, uitgezonderd de tarieven aangezien deze publiek gekend zijn;*
 - o *alle gegevens met betrekking tot het financieel model;*
 - o *alle gegevens met betrekking tot de Financial Close en het Financial Close Certificaat;*
 - o *alle financiële gegevens met betrekking tot de bankgarantie, aanvangsgarantie en overdrachtsgarantie;*

```
//
```

- o *alle financiële gegevens met betrekking tot de beschikbaarheidsvergoeding en de mijlpaarvergoeding;*
 - o *alle financiële gegevens met betrekking tot de winstdeling;*
 - o *alle financiële gegevens met betrekking tot overwinst;*
 - o *alle financiële gegevens met betrekking tot de beschikbaarheidskortingen, prestatiekortingen en boetekortingen;;*
 - o *alle opgenomen investeringsbedragen;*
 - o *alle opgenomen vergoedingen;*
 - o *alle gegevens inzake personeelsinzet en personeelskost*
 - o *....*
- *De plannen omdat deze auteursrechtelijk zijn beschermd of omdat de gemeente Hoogstraten niet beschikt over de nodige rechten, waaronder:*
 - o *Plan van bouwterrein en werfterrein;*
 - o *Opmetingsplan; ;*
 - o *Managementplan, waaronder onderhoudsplan en projectplanning;*
 - o *Plan bestaande riolering;*
 - o *Overzicht plan nutsleidingen van nutsmaatschappijen;*
 - o *...*
- *De integrale offerte van Groep Sportoase NV.*

3) Het standpunt van de beroepsinstantie

Vooreerst merkt de beroepsinstantie op wat betreft de door de stad Hoogstraten aangehaalde geheimhoudingsclausule in de overeenkomst, dat een dergelijke clausule nooit boven het grondwettelijk en decretaal geregeld recht op openbaarheid kan gaan. De overeenkomst vermeldt overigens zelf 'De Opdrachtgever mag verder Vertrouwelijke Informatie bekendmaken: (i) voor zover vereist op grond van de op dat ogenblik geldende regelgeving inzake openbaarheid van bestuur'.

Er moet dus enkel nagegaan worden of de betrokken overeenkomst geheel of gedeeltelijk valt onder een van de uitzonderingsgronden van het Bestuursdecreet, of een andere wettelijke uitzondering.

De stad verwijst ook naar artikel 26 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. Dit artikel is gericht tot de verhaalinstanties bij overheidsopdrachten (Raad van State en gewone rechtbanken), en luidt: *'De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moeten worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de*

[illegible]

eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.'

In tegenstelling tot wat de stad Hoogstraten stelt, wordt hierin dus niet bepaald dat offertes sowieso (volledig) als commercieel gevoelige informatie moeten worden beschouwd. Ook de Raad van State én de beroepsinstantie hebben zich nooit in dergelijke absolute termen over offertes uitgesproken; er moet telkens in concreto onderzocht worden welke informatie uit offertes al dan niet als vertrouwelijk dient te worden beschouwd, en welke wel in aanmerking komt voor openbaarmaking.

De beroepsinstantie is verder van oordeel dat niet voor alle onderdelen van de overeenkomst kan gesteld worden dat deze commerciële vertrouwelijke informatie bevatten. De overeenkomst bevat immers een groot aantal algemene bepalingen, definities, informatie met betrekking tot de timing van afspraken vervat in de overeenkomst e.d.m., waarvan de beroepsinstantie niet inziet op welke manier dit gevoelige commerciële informatie zou zijn waarvan de openbaarmaking Sportoase concurrentieel zou kunnen benadelen. Deze algemene informatie werd ofwel verstrekt aan alle aangeschreven kandidaten, of gaat over bepaalde modaliteiten van de opdracht (definities, bepalingen mbt wijzigingen, intellectuele eigendomsrechten, geschillenregeling, enz...) waarvan de beroepsinstantie niet inziet op welke manier dit gevoelige commerciële informatie zou zijn waarvan de openbaarmaking Groep Sportoase NV concurrentieel zou kunnen benadelen.

De beroepsinstantie heeft zich voor wat betreft deze ingeroepen uitzonderingsgrond dan ook beperkt tot de informatie uit de overeenkomst die de stad Hoogstraten in haar mail van 17 juli 2019 expliciet bestempelde als niet vatbaar voor openbaarmaking.

Ondanks herhaaldelijk aandringen van de beroepsinstantie, heeft de stad Hoogstraten haar niet het volledig gevraagde bestuursdocument bezorgd. Het managementplan en de laatste offerte van de Groep Sportoase NV, die als bijlagen 6 en 7 integraal deel uitmaken van de overeenkomst, werden niet aan de beroepsinstantie bezorgd, zodat deze die niet in detail heeft kunnen onderzoeken maar slechts in algemene principes een uitspraak kan doen over de vraag of deze al dan niet vallen onder de uitzonderingsgrond van artikel 11, 35. 3° Bestuursdecreet.

Artikel 11.35, 3° Bestuursdecreet bepaalt dat een openbaarheidsverzoek wordt afgewezen indien de instantie van oordeel is dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie, als die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, tenzij degene van wie de informatie afkomstig is met de openbaarheid instemt.

De stad Hoogstraten roept deze uitzonderingsgrond in voor alle informatie die financiële gegevens bevat, voor de gegevens inzake personeelsinzet en personeelskost, en voor de integrale offerte van Sportoase.

Het bestek van de opdracht hanteert een aantal gunningscriteria op basis waarvan de opdrachtnemer gekozen werd:

- 1) Financieel gunningscriterium (60 punten), met als subcriteria netto contante waarde en prijs bijkomende werken

[illegible]

2) Kwaliteit (40 punten), met als subcriteria:

- Plan van aanpak en business plan
- Robuustheid financiering
- Technische kwaliteit
- Invulling van het behoeftenprogramma

De concurrentie tussen de verschillende kandidaten speelde zich bijgevolg binnen deze aspecten af, en het is volgens het oordeel van de beroepsinstantie dan ook enkel informatie met betrekking tot deze gunningscriteria waarvan de openbaarmaking een concurrentieel nadeel in hoofde van Groep Sportoase NV zou kunnen opleveren bij toekomstige soortgelijke opdrachten.

Het bouwen en uitbaten van gemeentelijke sportinfrastructuur, waaronder zwembaden, gebeurt immers momenteel in de meeste gevallen via een of andere PPS-constructie waarbij gemeenten een overeenkomst afsluiten met een private partner. Volgens inlichtingen door de beroepsinstantie ingewonnen bij Sport Vlaanderen is er momenteel veel verouderde zwembadinfrastructuur in de Vlaamse gemeenten, en is de kans zeer reëel dat in de nabije toekomst verschillende gemeenten nog een dergelijke overeenkomst zullen wensen af te sluiten. Daarbij gaat het om een zeer concurrentiële markt met slechts een drietal (grote) spelers.

Groep Sportoase NV is een mogelijke kandidaat voor deze toekomstige contracten met andere gemeenten; het vrijgeven van bepaalde specifieke informatie (i.e. de delen van de overeenkomst die betrekking hebben op de gunningscriteria) kan bijgevolg een concurrentieel nadeel betekenen in hoofde van Groep Sportoase NV als concurrenten kennis nemen van deze informatie en hun eigen commerciële strategie hierop zouden afstemmen.

Het gaat hierbij dan concreet over informatie in de bijlagen bij de overeenkomst die door de opdrachtnemer werden verstrekt: de informatie m.b.t. de gunningscriteria die vervat is in de offerte, het managementplan bestaande uit het onderhoudsplan en de projectplanning, en bijlage 16 deel 1 die aanpassingen aan het financieel model uit de oorspronkelijke offerte bevat. Onder voorbehoud van hetgeen hierboven uiteengezet werd m.b.t. het feit dat de beroepsinstantie geen kennis heeft kunnen nemen van de offerte en van het managementplan, is dit volgens het oordeel van de beroepsinstantie effectief commercieel gevoelige informatie waarvan de kennisname door concurrenten van Groep Sportoase NV tot een economisch nadeel in diens hoofde kan leiden.

Andere afspraken/informatie in de overeenkomst, die pas na de gunningsbeslissing gemaakt werden, zijn slechts aanvullend en hadden geen impact op de positie van Groep Sportoase NV en de beoordeling van haar offerte. Deze informatie kan volgens het oordeel van de beroepsinstantie dan ook niet beschouwd worden als noodzakelijk te beschermen om het economisch belang van Groep Sportoase NV te vrijwaren.

De vermelding op p. 54 van de overeenkomst van het bedrag van de mijlpaalvergoeding (het bedrag dat moet worden betaald bij de voorlopige oplevering van de bijkomende werken (parkings, fietsstalling, speelplein...)) is volgens het oordeel van de beroepsinstantie geen af te schermen vertrouwelijke commerciële informatie, aangezien dit een totaalprijs is voor de bijkomende werken die eenmalig

```
//
```


Het beroepschrift van [REDACTED] d.d. 9 juli 2019 tegen de weigering van de stad Hoogstraten wordt als ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond beschouwd.

Bijgevolg dient het gevraagde bestuursdocument (de overeenkomst met Groep Sportoase NV, waarvan de bijlagen integraal deel uitmaken) gedeeltelijk openbaar te worden gemaakt door er een afschrift van te verstrekken, met weglating van de volgende informatie:

- Het managementplan (bijlage 6)
- De informatie m.b.t. de gunningscriteria in de offerte van Groep Sportoase NV (deel I van bijlage 7)
- Bijlage 16 deel 1: aanvulling bij financial close
- De auteursrechtelijk beschermde documenten waarvan het auteursrecht niet toekomt aan de stad Hoogstraten of aan de stad werd overgedragen. Inzage in deze documenten is wel mogelijk.

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 titel II, hoofdstuk 4 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (zie artikel 11.44, §3, van het Bestuursdecreet).

Brussel, 23 augustus 2019

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter

//