

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/2019/284

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 ■■■, bij brief d.d. 16 oktober 2019, gericht aan de Vlaamse Waterweg, Afdeling Bovenschelde (verder 'de Vlaamse Waterweg'), om afschrift van alle stukken (e-mails, briefwisseling en getekende documenten) waaruit de inhoud van het akkoord tussen de Vlaamse Waterweg en ■■■ blijkt inhoudende dat de uitgraving onder het normale waterpeil werd gekwalificeerd (baggerspecie), met forfaitaire bepaling van de volumes;

Gelet op de weigeringsbeslissing van de Vlaamse Waterweg d.d. 31 oktober 2019;

Gelet op het beroepschrift van ■■■ (verder de 'verzoekers') d.d. 14 november 2019 tegen voormelde weigeringsbeslissing;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 19 november 2019;

Gelet op de beslissing van de beroepsinstantie d.d. 19 december 2019 tot verlenging van de termijn om uitspraak te doen over het beroepschrift overeenkomstig artikel II.50, §1, tweede lid van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (hierna: Bestuursdecreet);

Wat de ontvankelijkheid betreft:

Verzoekers halen vervolgens aan dat de verwijzing naar de uitzondering van het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie van artikel II.35, 3° van het Bestuursdecreet niet terzake doet, nu de contractprijzen die vastgelegd zijn of aangerekend worden in de relatie tussen het opdrachtgevend bestuur en de hoofdaannemer geen voorwerp zijn van de vraag tot inzage van de verzoekers en verzoekers er geen problemen mee hebben dat deze gegevens geschrapt worden.

Aanvullend merken de verzoekers nog op dat alle uitzonderingen op de openbaarheid van bestuur restrictief geïnterpreteerd moeten worden en dat, wanneer een opgevraagd document informatie bevat die onder één van de uitzonderingsgronden valt, dit niet tot gevolg mag hebben dat het hele document aan de openbaarheid wordt onttrokken, en eventueel een gedeeltelijke openbaarmaking aan de orde is.

3) Beoordeling door de beroepsinstantie

De beroepsinstantie heeft, om met kennis van zaken over het ingestelde beroep te kunnen oordelen, de Vlaamse Waterweg op 21 november, 2 december en 5 december 2019 om nadere toelichting verzocht betreffende dit beroep en op 22 november, 2 december en 10 december 2019 antwoord ontvangen.

Daaruit is gebleken dat het voorwerp van het openbaarheidsverzoek de brief is d.d. 23 mei 2019 vanuit De Vlaamse Waterweg aan ■■■, waarbij het akkoord (m.b.t. het grondverzet en het baggeren en bepaling van geforfaitariseerde hoeveelheden) tussen de beide partijen als bijlage wordt gevoegd.

a) De prijzen

Bij mailbericht d.d. 2 december stelt de Vlaamse Waterweg dat het opgevraagde akkoord tussen de Vlaamse Waterweg en [REDACTED] niet tot gevolg heeft dat de eenheidsprijs werd gewijzigd, maar een wijziging betreft van de opsplitsing van 'nat' en 'droog' grondverzet op basis van de beschrijving, opgenomen in het bijzonder bestek en zoals ook gemotiveerd werd in de brief van [REDACTED] van 23 mei 2019.

Uit het bovenstaande blijkt dat er sprake is van een wijziging wat betreft de opsplitsing tussen ‘nat’ en ‘droog’ grondverzet naar aanleiding van een nieuwe interpretatie van het bestek, volgens de verzoekers, waardoor ‘elke uitgraving onder het normale waterpeil van de Leie’ als ‘baggerspecie gekwalificeerd’ wordt. Het lijkt de beroepsinstantie twijfelachtig dat het hier louter om een interpretatie zou gaan, nu in het bestek 16EGGE1409 duidelijk het volgende staat op p17 (A6 Bijzondere voorwaarden) bij het vierde punt: “Merk op dat het droog grondverzet op sommige plaatsen tot – aanzienlijk – onder het normaal peil van de Leie dienst uitgevoerd te worden.”

Verzoekers stellen in hun beroepsschrift dat deze wijziging impact heeft op het contract van hun cliënt met [REDACTED], gezien hun cliënt alleen belast is met het droog grondverzet. De beroepsinstantie meent dan ook dat de opmerking van de Vlaamse Waterweg dat het akkoord geen impact heeft op de eenheidsprijs, zeker nu de verzoekers uitdrukkelijk stellen hier niet in geïnteresseerd te zijn, niets terzake doet.

De beroepsinstantie merkt op dat artikel II.45 §2 van het Bestuursdecreet bepaalt dat een bestuursdocument gedeeltelijk openbaar kan gemaakt worden als informatie waarop een uitzondering van toepassing is als

Daarom zal er bij de verdere bespreking van het opgevraagde document (brief met akkoord als bijlage) door de beroepsinstantie vanuit gegaan worden dat de daarin vermelde prijzen geen voorwerp uitmaken van het openbaarheidsverzoek.

De beroepsinstantie onderzoekt hierna de toepassing van de ingeroepen uitzonderingsgronden.

De Vlaamse Waterweg meent allereerst dat haar economische, financiële en commerciële belangen, zoals beschermd door artikel II.35, 1° van het Bestuursdecreet, geschonden worden bij openbaarmaking van het akkoord omdat de wijziging van de hoeveelheden de economie van de voorliggende overheidsopdracht raakt. Met het opgevraagde akkoord zijn immers de hoeveelheden van het grondverzet verminderd ten opzichte van de vermoedelijke hoeveelheden voorzien in het bijzonder bestek. Ze vervolgt dat het niet de bedoeling is van de Vlaamse Waterweg om bij elke opdracht toe te staan dat de opsplitsing tussen 'nat' en 'droog' grondverzet, zoals opgenomen in het bijzonder bestek, wordt gewijzigd. De vrijgave van deze gegevens zou er kunnen toe leiden dat de onderaannemer bij de inschrijving op nieuwe opdrachten tracht te speculeren op het verkrijgen van een dergelijke wijziging en daarop haar prijszetting tracht af te stemmen, in die zin dat hij inschrijft met een lage eenheidsprijs om de opdracht binnen te halen, maar mogelijk weet dat hij het genomen risico kan compenseren door te speculeren op een wijziging van hoeveelheden en zo zijn verlies kan beperken. De Vlaamse Waterweg vervolgt dat de cliënt van verzoekers dit tijdens de uitvoering als precedent kan gebruiken tegen de Vlaamse Waterweg. Het is belangrijk dat de toekomstige onderhandelingspositie van de Vlaamse Waterweg bij nieuwe contracten inzake grondverzet gevrijwaard blijft.

Deze uitzonderingsgrond van artikel 11.35, 1° Bestuursdecreet is bovendien trouwens enkel aan de orde indien het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen dit economisch belang. In casu bestaat het belang van de openbaarheid erin dat burgers en a fortiori een onderaannemer die belast is met een deel van de opdracht, kunnen nagaan of de opdracht correct werd toegewezen, met name op grond van een correcte en grondige vergelijking van de ingediende offertes. Een wijziging van het bestek, zoals huidige

pagina 4 van 8

wijziging van hoeveelheden, moet conform de wetgeving overheidsopdrachten gebeuren, maw met eerbiediging van de vrije mededinging. De cliënt van verzoekers heeft daarnaast ook alle belang bij het bekendmaken van de hoeveelheden in het onderlinge akkoord, waar hij geen betrokken partij bij was, gezien dit een impact heeft op het volume werk dat aan hem toegewezen is als onderaannemer.

De beroepsinstantie is daarom van oordeel dat in casu geen toepassing kan gemaakt worden van de uitzonderingsgrond, zoals voorzien in artikel 11.35, 1° van het Bestuursdecreet.

c) Artikel II.35, 3° van het Bestuursdecreet

De Vlaamse Waterweg haalt vervolgens de schending aan van artikel II.35, 3° van het Bestuursdecreet in die zin dat de vrijgave van de forfaitarisering van de vermoedelijke hoeveelheden het vertrouwelijk karakter schendt van de commerciële en industriële informatie in hoofde van [REDACTED], nu de forfaitarisering het rechtstreeks gevolg is van de specifiek voor de werf in kwestie door [REDACTED] voorgestelde uitvoeringswijze. Het droog grondverzet maakt onder meer het voorwerp uit van een onderaannemingscontract tussen [REDACTED] en [REDACTED]. De Vlaamse Waterweg weet niet of de beschrijving van het droog grondverzet uit de onderaannemingsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] verschilt van de uitvoeringswijze uit het opgevraagde akkoord van 23 mei 2019. De vrijgave van de gegevens, kan aldus de Vlaamse Waterweg, het economisch belang van [REDACTED] schaden.

De beroepsinstantie kon evenwel vaststellen dat er niets nieuws is aan de verschillende posten, opgesomd in de tabel (resultaat van het akkoord), doorgestuurd door de Vlaamse Waterweg. De posten 'baggeren' hernemen letterlijk de passages op de pagina's 147 en 148 van 'E technische bepalingen deel bouwkunde van het bestek 16EGGE1409 en de opsplitsing tussen 'gebruik als Vlarema nv bouwstof' en 'verwerking' is eveneens voorzien op deze pagina's (onder 3.2.1 en 5.2.1). De posten grondverzet anderzijds zijn een logisch gevolg van onder andere de passages op p. 65 en 66 van diezelfde technische bepalingen. Ze verwijzen ook vaak naar bepaalde methodes die vastgelegd zijn in het Standaard Bestek 260, een bestek dat publiek te consulteren is en bijgevolg ook niet als vertrouwelijk kan beschouwd worden. De offerte van 23 april 2018 van de cliënt van verzoekers herhaalt overigens letterlijk de posten uit de tabel van het opgevraagde akkoord. In deze delen van de tabel is bijgevolg weinig te merken van de beschrijving van een uitvoeringswijze die vertrouwelijk moet blijven. Daarenboven is het de cliënt van de verzoekers die de werken moet uitvoeren. De beroepsinstantie veronderstelt dat hij daarom minstens moet weten, als hij dat al niet weet, hoe hij die werken moet uitvoeren.

Het enige vertrouwelijke dat rest (buiten de prijzen, waarvan de verzoekers uitdrukkelijk hebben gesteld dat ze daar niet naar vragen) in de tabel van het akkoord kunnen dan nog de vermelde hoeveelheden zijn. De aanpassing van de hoeveelheden zou het gevolg zijn van een nieuwe interpretatie van ‘baggeren’, zo stellen verzoekers. Een interpretatie die vermoedelijk ook niet vertrouwelijk was, gezien, volgens verzoekers, op 19 september 2019 hun cliënt tijdens een vergadering met het opdrachtgevend bestuur en [REDACTED] hiervan mondeling op de hoogte gebracht werd. Deze vergadering ging tevens gepaard met een powerpointpresentatie, waarin dat eveneens aangegeven werd. De Vlaamse Waterweg geeft eveneens aan dat de hoeveelheden gewijzigd werden, doch bevestigt niet uitdrukkelijk in haar antwoorden aan de beroepsinstantie dat dit het gevolg zou zijn van een nieuwe interpretatie van ‘baggeren’.

De beroepsinstantie ziet dan ook niet in waarom deze hoeveelheden vertrouwelijk moeten blijven, nu de cliënt van verzoekers belast is met de uitvoering van het droog grondverzet (via onderaannemingscontract). De offerte van [REDACTED] d.d. 23 april 2018 inzake het uitvoeren van bodemsaneringswerken (onderaanneming voor droog grondverzet) stelt uitdrukkelijk dat deze kadert in het bestek 16EGGE1409. Om zijn opdracht te kunnen vervullen moet hij weten om welke hoeveelheden het precies gaat. Het is de beroepsinstantie echt niet duidelijk waarom hij een hoeveelheid 'droge' grond zou moeten verwerken die afwijkt van de hoeveelheid, die voorzien is in het akkoord tussen de Vlaamse Waterweg en [REDACTED].

De beroepsinstantie ziet dan ook niet in hoe de openbaarmaking van de informatie over de hoeveelheden (posten baggeren en posten grondverzet) die voorkomt in de tabel van het akkoord d.d. 23 mei 2019 beschouwd kan worden als een inbreuk op het economisch belang van [REDACTED], nu deze werken rechtmatig toekomen aan de onderaannemer, cliënt van verzoeker in dit beroepsdossier inzake openbaarheid van bestuur.

De beroepsinstantie is daarom van oordeel dat in casu geen toepassing kan gemaakt worden van de uitzonderingsgrond, zoals voorzien in artikel 11.35, 3° van het Bestuursdecreet.

d) Artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet

In bijkomende orde wijst de Vlaamse Waterweg nog op het dispuut tussen [REDACTED] en de cliënt van de verzoekers omtrent de problemen van de afzet van de gronden. [REDACTED] diende op 7 juni 2019 reeds een klacht in bij de Vlaamse Waterweg op grond van artikel 52 en 56 van het Koninklijk Besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, zodat niet uit te sluiten valt dat er in de toekomst nog een burgerlijke procedure opgestart wordt lastens de Vlaamse Waterweg.

Op grond van artikel 11.35,4° van het Bestuursdecreet kan een aanvraag tot openbaarmaking worden afgewezen als het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van de rechtspleging na beraadslaging, in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid een eerlijk proces te verkrijgen.

Het gaat hierbij om een relatieve uitzonderingsgrond. Er moet bijgevolg eerst worden onderzocht of de openbaarmaking het beschermde belang schaadt. Als er effectief belangenschade is, moet het te beschermen belang vervolgens worden afgewogen tegen het belang van de openbaarheid, en de openbaarmaking mag enkel worden bevolen als daarmee een hoger belang wordt gediend dat zwaarder doorweegt dan het door de uitzonderingsgrond beschermde belang.

De uitzonderingsgrond van 11.35,4° van het bestuursdecreet wil het eerlijk verloop van de rechtspleging vrijwaren, dat een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces het beginsel van de “gelijkheid der wapens in een proces” is. Het beginsel van de wapengelijkheid houdt in dat elke partij het recht heeft haar argumenten te doen gelden in omstandigheden die haar niet benadelen ten opzichte van de tegenpartij. De bestaansreden van de geciteerde uitzonderingsgrond is vooral daarin gelegen te verhinderen dat de openbaarheid van bestuur waaraan één partij onderworpen is, afbreuk doet aan de wapengelijkheid.

Brussel, 3 januari 2020

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter

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