

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/2020/342

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Bevoegdheid beroepsinstantie

Bestuursdecreet van 7 december 2018, titel II, hoofdstuk 3, afdeling 6.

Besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2007 tot oprichting van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie.

Voorafgaande procedure

Op 28 oktober 2020 diende ■■■ een verzoek in bij de stad Antwerpen waarbij werd verzocht om een afschrift te verlenen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (verder 'UEA') van ■■■ in het kader van de raamovereenkomst voor levering, installatie en onderhoud van automatische verdwijnpalen en toebehoren en van een centraal afstandsbeveiligingssysteem (MPA Antwerpen, 28/9/2019).

De stad Antwerpen heeft dit verzoek tot openbaarmaking bij mailbericht d.d. 18/11/20 geweigerd.

Op 16 december 2020 diende ■■■ beroep in bij de beroepsinstantie tegen de voormelde weigeringsbeslissing. Dit beroep werd geregistreerd op 17 december 2020.

Ontvankelijkheid van het beroep

Het oorspronkelijk verzoek dateert van 28 oktober 2020.

De weigeringsbeslissing van de stad Antwerpen betreffende het openbaarheidsverzoek dateert van 18 november 2020. Deze beslissing maakt melding van de beroepsmogelijkheid en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel II.43, §1, derde lid van het Bestuursdecreet.

Op 16 december 2020 diende verzoeker beroep in tegen voormelde weigeringsbeslissing. Het ingediende beroep is bijgevolg tijdig ingediend en is **ontvankelijk**.

Gegrondeheid van het beroep

Overeenkomstig artikel II.31, eerste lid 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. Bestreden beslissing

Bij mail d.d. 18 november 2020 heeft de stad Antwerpen het openbaarheidsverzoek afgewezen. De stad Antwerpen verwijst hiervoor naar artikel II.35, 1° van het Bestuursdecreet, dat stelt dat een verzoek afgewezen moet worden als het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een economisch, financieel of commercieel belang van de overheidsinstantie. Ze verwijst tevens naar een gerechtelijke procedure om de afwijzing te motiveren.

2. Inhoud van het beroepschrift

Verzoeker dient een beroep in tegen de weigeringsbeslissing vanwege de stad Antwerpen.

Volgens verzoeker bevat de UEA geen zakengeheimen, fabrieks- of bedrijfsgeheimen.

Verzoeker stelt nog dat, als de beroepsinstantie beslist de openbaarheid te weigeren voor de integrale UEA, hij graag een afschrift had van de pagina's 3 en 7, om het antwoord te kennen van ■■■ op de volgende vragen:

- Neemt de ondernemer samen met anderen deel aan de aanbestedingsprocedure? ja/nee;
- Doet de ondernemer een beroep op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria ... ja/nee;
- Is de ondernemer van plan een gedeelte van de opdracht in onderaanneming aan derden te geven? ja/nee

3. Standpunt van de beroepsinstantie

Teneinde met kennis van zaken te kunnen oordelen, contacteerde de beroepsinstantie op 21 december 2020 de stad Antwerpen voor toelichting bij de bestreden weigeringsbeslissing. De stad Antwerpen stuurde op 6 januari 2021 de UEA, samen met een uitgebreide motivering van de weigering.

Hangend burgerlijk of administratief rechtsgeding

In de oorspronkelijke motivering voor de weigering van de openbaarheid verwees de Stad Antwerpen o.a. naar de mogelijkheid van een procedure voor de Raad van State. In de bijkomende motivering van 6 januari 2021 geeft de stad Antwerpen aan dat er geen dergelijk schorsings- of annulatieberoep is ingesteld, maar dat verzoeker een procedure tot schadevergoeding dreigt in te leiden.

Volgens artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet moet een aanvraag tot openbaarmaking worden afgewezen als het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid een eerlijk proces te verkrijgen.

Het gaat om een relatieve uitzonderingsgrond. De uitzonderingsgrond geldt enkel ten aanzien van openbaarheidsverzoeken die betrekking hebben op rechtsgedingen die op het ogenblik van de openbaarheidsaanvraag aanhangig zijn. De uitzonderingsgrond kan dus niet worden ingeroepen om de openbaarheid van bestuursdocumenten te weigeren die volgens de overheidsinstantie tegen haar zouden kunnen worden aangewend in een eventueel, toekomstig rechtsgeschil. Het belang waarvan artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet de bescherming beoogt, is immers in casu niet bestaande bij afwezigheid van een lopende gerechtelijke procedure.

De bescherming van een economisch, financieel of commercieel belang van de overheidsinstantie

De stad Antwerpen geeft aan de er op de markt van de overheidsopdracht in kwestie slechts 2 bedrijven actief zijn, met name dat van de verzoeker en [REDACTED]. Beide zijn betrokken in een hevige onderlinge concurrentiestrijd. De stad Antwerpen maakt echter nergens in de motivering hard dat deze concurrentiestrijd haar economisch, financieel of commercieel belang op de helling zet.

Het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie

Gezien verzoeker en [REDACTED] concurrenten zijn, meent de beroepsinstantie volledigheidshalve dat de vraag ook getoetst moet worden aan artikel II.35, 3° van het Bestuursdecreet, in die zin dat de informatie in de UEA misschien het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie van [REDACTED] schendt. Op grond van artikel II.35, 3° van het Bestuursdecreet dient een bestuursinstantie een verzoek om openbaarheid af te wijzen als ze van oordeel is dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren.

De UEA bevat voornamelijk ja/nee vragen om te toetsen of inschrijvers vallen onder de verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden of onder de uitsluitingsgronden die betrekking hebben op fiscale en sociale schulden, overeenkomstig artikel 67 tot en met 69 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

De keuze voor [REDACTED] voor het uitvoeren van de opdracht impliceert dat de firma niet onder enige verplichte uitsluitingsgrond valt. De beroepsinstantie meent dan ook dat er geen bezwaar is tegen de openbaarmaking van dit deel (pagina 5 tot en met 8) in de UEA, omdat deze informatie niet beschouwd kan worden als van vertrouwelijke aard.

Ook wat de andere uitsluitingsgronden betreft (pagina 8 tot en met 13), ziet de beroepsinstantie geen bezwaren. Als de inschrijver immers een aantal van deze vragen met 'ja' had beantwoord, had dit minstens opgenomen moeten worden bij de juridische en feitelijke motieven in het selectieverslag, conform artikel 5, 9° 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. In het kader van een andere vraag tot openbaarmaking bij de stad Antwerpen, ontving de verzoeker op 28 september 2020 reeds dit selectieverslag. De beroepsinstantie meent dat deze informatie bijgevolg niet van vertrouwelijke aard is.

De UEA bevat daarnaast informatie over de aanbestedingsprocedure op pagina 1, informatie die reeds bekend is bij de verzoeker. Vervolgens bevat het op pagina 1-3 gegevens over de ondernemer (tot en met punt c), die ook publiekelijk raadpleegbaar zijn op de website van de ondernemer of op de kruispuntbank

van ondernemingen. De beroepsinstantie meent dat ook deze informatie bijgevolg niet van vertrouwelijke aard is.

Pagina 3 (punt A, d)) en pagina 4, punten C en D, bevatten de informatie waar verzoeker het meest in geïnteresseerd is, met name het antwoord op de volgende vragen:

- Neemt de ondernemer samen met anderen deel aan de aanbestedingsprocedure? ja/nee;
- Doet de ondernemer een beroep op de draagkracht van andere entiteiten om te voldoen aan de selectiecriteria ... ja/nee;
- Is de ondernemer van plan een gedeelte van de opdracht in onderaanneming aan derden te geven? ja/nee

Dit is informatie die conform artikel 164, §1, 4° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, in combinatie met artikel 6 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, ook opgenomen moet worden in het selectieverslag, indien van toepassing. Zoals reeds gesteld, ontving verzoeker dit selectieverslag reeds op 28 september 2020. De beroepsinstantie meent dat ook deze informatie bijgevolg niet van vertrouwelijke aard is.

Pagina's 14 tot en met 16 bevatten een aantal standaard-verklaringen, die ook voor zich spreken en waarvan de openbaarmaking, bij gebrek aan vertrouwelijkheid, uiteraard geen problemen stelt.

Voor al deze delen van de UEA is het ingestelde beroep dan ook **gegrond**.

De bescherming van de persoonlijke levenssfeer

De informatie op pagina 3-4 onder punt B (informatie over de vertegenwoordigers van de ondernemer) bevat gegevens, zoals geboorteplaats, geboortedatum, privé-adres van natuurlijke personen, die behoren tot de persoonlijke levenssfeer.

De beroepsinstantie stelt vast dat artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet de verplichting bevat om, behoudens toestemming van de betrokkene, een aanvraag af te wijzen als de openbaarmaking afbreuk doet aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Artikel 22 van de Grondwet waarborgt uitdrukkelijk het recht op eerbiediging van het privéleven, net zoals artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens dit doet. De bedoeling en het fundamentele uitgangspunt van de in artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet bedoelde uitzonderingsgrond bestaat er precies in om het aan iedereen toegekende grondwettelijke recht op de eerbiediging van zijn privéleven te beschermen. Artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet stelt weliswaar dat een verzoek tot openbaarmaking moet worden afgewezen indien de openbaarmaking afbreuk zou doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, maar niettemin is hier, hoewel het om een absolute uitzonderingsgrond gaat waardoor er geen belangenafweging moet plaatsvinden tussen het door de uitzonderingsgrond beschermde belang met het belang van de openbaarheid (wat nogmaals uitdrukkelijk werd bevestigd in een recent arrest van de Raad van State, RvS, arrest nr. 243.607 van 7 februari 2019, TBP 2019/6, 339: *“Zoals reeds overwogen, moet er geen belangenafweging plaatsvinden tussen het door de uitzonderingsgrond beschermde belang met het belang van de openbaarheid, en de weigering tot openbaarmaking moet niet door deze belangenafweging worden gemotiveerd.”*), toch een relatief aspect aanwezig. De decreetgever was weliswaar van oordeel dat er geen afweging vereist is met het openbaar belang dat met de openbaarheid is gediend, maar wijst er desondanks op dat telkens en in concreto geoordeeld moet worden of er al dan niet een inbreuk is gepleegd op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (Parl.St. VI.Parl. 2017-18, nr. 1656/1, 58).

De beroepsinstantie merkt op dat bij het onderzoek naar de uitzonderingsgrond met betrekking tot de persoonlijke levenssfeer moet worden nagegaan of er al dan niet sprake is van informatie in een bestuursdocument die op de persoonlijke levenssfeer betrekking heeft.

In casu is dergelijke informatie onmiskenbaar aanwezig in dit deel van de UEA. Dit deel bevat immers de geboorteplaats, geboortedatum en privé-adres van de inschrijver.

Deze gegevens behoren tot het privéleven van de betrokkenen. De beroepsinstantie is van oordeel dat het vrijgeven van deze gegevens in principe een inbreuk uitmaakt op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van die personen. Het privéleven vormt de kern van de persoonlijke levenssfeer (F. SCHRAM, Het decreet openbaarheid van bestuur. Een juridische analyse in historisch perspectief, Brugge, Vanden Broele, 247; Concl. Adv.Gen. bij HvJ 8 april 2014, nr. C-293/12, Digital Rights Ireland Ltd, nr. 61). Het openbaar maken van deze gegevens heeft aldus betrekking op de kern van een belang – het door artikel 22 van de Grondwet en het door artikel 8 EVRM aan eenieder toegekende recht op eerbiediging van zijn privéleven – dat de uitzonderingsgrond uit artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet wenst te beschermen tegen de openbaarheid van bestuur (RvS, nr. 234.609 dd. 2 mei 2016).

Voor de toepassing van de uitzonderingsgrond uit artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet is een bijkomende afweging van het belang van de openbaarheid en het belang van de persoonlijke levenssfeer niet vereist, daar het hier een absolute uitzonderingsgrond betreft. De openbaarmaking dient inderdaad te worden afgewezen van zodra in concreto wordt vastgesteld dat het beschermde belang door de openbaarmaking zou worden aangetast (RvS nr. 234.609 d.d. 2 mei 2016).

De beroepsinstantie is van oordeel dat in dit concrete geval dit deel van de UEA niet openbaar kan gemaakt worden, en dus afgeschermd moet worden in toepassing van artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet. Zoniet zou afbreuk worden gedaan aan het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene.

Voor dit deel van de UEA is het beroep dan ook **ongegron**d.

Gedeeltelijke openbaarmaking

In toepassing van artikel II.45, §2 van het Bestuursdecreet is de informatie die in casu niet openbaar kan gemaakt worden ingevolge artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet, perfect afsplitsbaar van de overige gegevens die wel openbaar kunnen gemaakt worden, zodat een gedeeltelijke openbaarmaking van de UEA aangewezen is.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepsschrift van ■■■ d.d. 16 december 2020 tegen de weigeringsbeslissing vanwege de stad Antwerpen wordt als ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond beschouwd.

Bijgevolg dient de volledige UEA, met uitzondering van punt B op pagina 3-4, openbaar te worden gemaakt, door er een afschrift van te bezorgen.

Geen toestemming tot hergebruik van bestuursdocumenten

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, 15 januari 2021

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter