

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/2021/115

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 17 januari 2021 diende [REDACTED] (verder: verzoekster), een verzoek in bij AWW Oost-Vlaanderen om een afschrift te verlenen van de volgende documenten met betrekking tot een overheidsopdracht voor het takelen van voertuigen:

1. het schriftelijk bevel van aanvang dat AWW aan Xxx heeft gegeven voor de aanvang van perceel 7 en van perceel 6;
2. het bewijs dat Xxx aan zijn offerte heeft gevoegd dat hij gedurende het volledige kalenderjaar 2019 wel degelijk 1 administratieve kracht en 6 uitvoerende werkrachten in loondienst had;
3. het bewijs dat Xxx aan zijn offerte heeft gevoegd dat hij gedurende het volledige kalenderjaar 2019 wel degelijk beschikte over 2 takelvoertuigen met laadvloer en 2 takelvoertuigen met laadvloer die bijkomend zijn uitgerust met een kraan;
4. de keuring door AWW die uiterlijk 15 dagen voor de aanvang van uitvoering van perceel 7 en 6 heeft plaatsgevonden en waaruit blijkt dat Xxx voor de vereiste takelvoertuigen in het bezit was van de keuringsattesten voor indienststelling alsook alle tussentijdse keuringsattesten, conform ARAB en deze attesten ter beschikking heeft gesteld van de opdrachtgever;
5. het bewijs dat Xxx op de dag van de aanvang van het contract/dienstverlening aan AWW heeft gegeven ter staving dat zijn uitvoerend personeel:
 - minstens over volgende bekwaamheden beschikt:
 - * in bezit van rijbewijs C (voorleggen van de rijbewijzen)
 - * in bezit van code 95 (voorleggen van de rijbewijzen)

- * in bezit van bevoegdheidsattest gebaseerd op een carrière waaruit blijkt dat de werknemer reeds 2 jaar ervaring heeft in het takelen van voertuigen (voorleggen van de bevoegdheidsattesten uitgeschreven door de werkgever)
- over een EHBO-brevet beschikt of ingeschreven is voor de opleiding.
- een opleiding “kleine brandblusmiddelen” heeft gevolgd of ingeschreven is voor de opleiding.

Op 4 februari 2021 werd het openbaarheidsverzoek gedeeltelijk afgewezen door AWV Oost-Vlaanderen.

Op 6 maart 2021 diende ■■■ beroep in bij de beroepsinstantie tegen de voormelde gedeeltelijke weigeringsbeslissing d.d. 4 februari 2021. Het beroep werd geregistreerd bij de beroepsinstantie op 8 maart 2021.

Op 6 april 2021 werd de beslissingstermijn van de beroepsinstantie, in toepassing van artikel II.50, §1, tweede lid van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, verlengd van dertig kalenderdagen naar vijfenveertig kalenderdagen.

Ontvankelijkheid van het beroep

Het oorspronkelijke verzoek tot openbaarmaking dateert van 17 januari 2021.

De bestreden beslissing van 4 februari van AWV Oost-Vlaanderen maakt melding van de beroepsmogelijkheden en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel II.43, §1, derde lid van het Bestuursdecreet.

Het beroepsschrift 6 maart 2021 is tijdig ingediend en **ontvankelijk**.

Gegrondeid 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

In antwoord op het openbaarheidsverzoek van ■■■ besliste AWV Oost-Vlaanderen op 4 februari 2021 om de aanvraag gedeeltelijk in te willigen en gedeeltelijk te weigeren. Van het aanvangsbevel voor de percelen 6 en 7 van de opdracht (punt 1 van het verzoek) werd een afschrift bezorgd aan verzoekster.

Voor de overige documenten werd het openbaarheidsverzoek afgewezen. AWV baseerde zich hierbij op de uitzonderingsgrond van artikel II. 35, 3° Bestuursdecreet: het waarborgen van het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie, als die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren.

Ook beroept AWV zich op artikel 13, §2, eerste lid Overheidsopdrachtenwet, waarin van de informatieverstreking aan inschrijvers wordt uitgesloten, de informatie die de aanbestedende overheid door een ondernemer als vertrouwelijk is verstrekt, met inbegrip van eventuele fabrieks- of bedrijfsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de offerte. Aansluitend haalt AWV artikel 10 Rechtsbeschermingswet aan dat stelt dat de informatieverstreking aan inschrijvers zich niet uitstrekt tot gegevens waarvan de openbaarmaking nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers of die de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden.

2. Inhoud van het beroepschrift

Verzoekster voert aan dat in het bestek van de bewuste opdracht voor het takelen van voertuigen, zeer strikte voorwaarden staan om geselecteerd te kunnen worden.

De inschrijver moest met name kunnen aantonen dat hij in de periode tussen 14 april 2019 en 14 april 2020 7 voltijdse equivalenten personeel in dienst had, waarvan 6 uitvoerende werkrachten en 1 administratieve werkracht (uitgedrukt in %VTE). Ook moest hij voor dezelfde periode kunnen aantonen dat hij over 2 takelvoertuigen met laadvloer en 2 takelvoertuigen met laadvloer en kraan beschikte.

Ook moesten volgens verzoekster aan de start van de uitvoering van de opdracht, volgende documenten worden aangeleverd en opgesteld:

- *'Op gebied van voorafgaande keuringen: Minstens 15 werkdagen voorafgaand aan de aanvang van de dienstverlening beschikt de dienstverlener over alle noodzakelijke rollend materieel en is een voorafgaande keuring ervan mogelijk en dit op eenvoudig verzoek van de Vlaamse overheid of de Federale Wegpolitie.'*
- Het bewijs dat de inschrijver op datum van 15/12/2020 (datum van mededeling van contractsluiting voor perceel 6 en 7 en datum van aanvangsbevel perceel 7) tien uitvoerende werkrachten, waarvan vier de rol van beveiligers kunnen opnemen, en 1 administratieve werkracht in dienst had.
- De bewijzen dat zijn uitvoerend personeel in het bezit is van een rijbewijs C, van code 95, en van een bevoegdheidsattest waaruit blijkt dat de werknemer reeds twee jaar ervaring heeft in het takelen van voertuigen.
- De bewijzen dat zijn uitvoerend personeel beschikt over een EHBO-brevet of ingeschreven is voor de opleiding, een opleiding 'kleine brandblusmiddelen' heeft gevolgd of ingeschreven is voor de opleiding.

Verzoekster is van oordeel dat de ingeroepen motivering in strijd is met artikel II.35 en artikel II.45 van het Bestuursdecreet en dus niet materieel draagkrachtig is om volgende redenen:

- 1/ de gevraagde documenten/bewijsstukken betreffen geen vertrouwelijke commerciële of industriële informatie en kunnen dus gedeeltelijk openbaar gemaakt worden gezien het perfect mogelijk is om de gevraagde documenten op grond van artikel II.45 §2 Bestuursdecreet gedeeltelijk openbaar te maken door in de opgevraagde documenten waar nodig informatie te censureren door hetzij anonimiseren, hetzij het weglaten (onleesbaar maken) van gegevens die de persoonlijke levenssfeer raken. De informatie die in de formulieren van bijlage 4.5 en 4.6. van het bestek diende te worden vermeld, betreft louter objectieve informatie met betrekking tot de selectiecriteria die van toepassing waren. Zoals uit de tabel vervat in bijlage 4.5. bij het bestek blijkt, wordt in dat document enkel informatie verstrekt over:
 - o de identiteit van de personeelsleden
 - o het percentage VTE waarmee het personeelslid tewerk wordt gesteld

- o de data van indienstneming
- o de periode gedurende dewelke ervaring is verworven in takelactiviteiten
- o de door het personeelslid gevolgde opleiding inzake EHBO en kleine blusmiddelen.

De informatie die in de tabel is opgenomen kan – voor wat de gegevens betreft die de persoonlijke levenssfeer raken – gecensureerd worden door ze onleesbaar te maken. De overige informatie in de tabel betreft voornamelijk data en OK/niet OK antwoorden zodat deze informatie de economische belangen van de desbetreffende inschrijver niet raakt omdat zij geen betrekking heeft op het inhoudelijk voorstel van die inschrijver. Het gaat niet om informatie op basis waarvan een concurrent zijn commerciële strategie bij nieuwe toekomstige overheidsopdrachten zou kunnen bepalen in het nadeel van de marktspeler over wie de informatie wordt verstrekt.

Deze vaststelling geldt ook voor de informatie die in de bijlage 4.6. over het beschikbare materiaal wordt gevraagd, aldus verzoekster. Ook hier gaat het louter over objectieve informatie die het beschikbaar materiaal identificeert en de technische kenmerken van het materiaal bevestigt. Ook hier is het mogelijk om gevoelige informatie onleesbaar te maken indien deze tot een te verregaande identificatie zou leiden. Daarenboven is de motivering dat informatie over het wagenpark van aard zou zijn om [REDACTED] de mogelijkheid te bieden de samenstelling van het wagenpark van Xxx te overklassen, zonder enige pertinentie omdat het beweerde “inhoudelijk overklassen” niet relevant is voor de beoordeling van de selectie-eis. Men bereikt de minimum drempel of men bereikt de minimum drempel niet.

Verder gebeurt de gunning van deze opdracht enkel op basis van prijs, zijnde de korting die geboden wordt op basistarieven. Er zijn geen andere kwalitatieve criteria. Het kwaliteitsniveau van het ingezette materiaal speelt dus geen rol. Dit ingeroepen argument ter afwijzing van de vraag tot openbaarmaking is dus niet pertinent en mist feitelijke grondslag.

Het verstrekken van informatie over de samenstelling van het wagenpark is ook niet van aard om te achterhalen hoe het winstmodel van Xxx in elkaar zit. Dit argument is evenzeer niet pertinent en mist feitelijke grondslag. Verzoekster verwijst naar de beslissing van de beroepsinstantie in dossier 2020/342 waarin geoordeeld werd dat informatie uit een UEA (Uniform Europees Aanbestedingsdocument), dat betrekking heeft op uitsluitingscriteria en louter ja/nee antwoorden inhoudt, geen vertrouwelijke commerciële of industriële informatie betreft. Het gaat om de louter onderliggende documenten op basis waarvan het luik betreffende de selectie van de inschrijvers in het gunningsverslag is opgebouwd.

Ook hier betreft de inhoud van de bijlage 4.5 en 4.6 bij het bestek, informatie die enkel toelaat om af te vinken of de inschrijver/opdrachtnemer over het vereiste aantal personeelsleden en materiaal beschikt om geselecteerd te kunnen worden. Het betreft informatie over de draagkracht van de persoon van de inschrijver en niet over het inhoudelijke voorstel dat men formuleert om de opdracht te komen, aangezien deze opdracht enkel op prijs wordt gegund, bij wege van een ingediende korting op de forfaitaire door AWV vastgelegde tarieven. Om deze reden kan AWV Oost-Vlaanderen zich niet beroepen op de uitzonderingsgrond van artikel II.35 3° van het Bestuursdecreet, aldus verzoekster.

- 2/ ondergeschikt : het belang van de openbaarmaking in hoofde van [REDACTED] weegt zwaarder dan het belang tot bescherming van het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie in hoofde van Xxx

Mocht de beroepsinstantie van oordeel zijn dat artikel II.35, 3° Bestuursdecreet hier toch speelt, dan moet er een belangenafweging gebeuren. In casu kadert het belang van openbaarmaking in hoofde van verzoekster binnen haar recht op een eerlijke mededinging en een gelijke behandeling van alle

inschrijvers op een overheidsopdracht (zie artikel 4 wet 17.06.2016 overheidsopdrachten). ■■■ leidt uit de jaarrekening van Xxx – meer in het bijzonder uit de sociale balans – af dat de onderneming in de periode 14.04.2019-14.04.2020 nooit het door het bestek vereiste aantal personeelsleden in VTE in dienst heeft gehad. In de jaarrekening 2019 die de periode 1.7.2018-30.06.2019 beslaat, is vermeld dat er gemiddeld 4,7 VTE tewerkgesteld waren, die alle het statuut van arbeider hebben. Op datum van 30.06.2019 waren er slechts 3,7 VTE personeelsleden tewerkgesteld volgens verzoekster. In de jaarrekening 2020 die de periode 1.7.2019-30.06.2020 beslaat, is vermeld dat er gemiddeld 4,7 VTE tewerkgesteld waren, die alle het statuut van arbeider hebben. Op datum van 30.06.2019 waren er slechts 3,7 VTE personeelsleden tewerkgesteld. In de periode van 1.7.2019 tot 30.06.2020 zijn daarenboven twee personeelsleden uit dienst getreden, zodat zeker niet kan voldaan zijn aan de eis dat elk van de 3,7 VTE gedurende het volledige kalenderjaar voorafgaand aan de publicatie van het bestek aan de onderneming verbonden was.

Verzoekster stelt dat om deze redenen het belang van openbaarmaking in hoofde van ■■■ nv primeert op het belang van het vertrouwelijk karakter van de commerciële en industriële informatie in hoofde van Xxx, omdat er op heden, op basis van de beschikbare jaarrekeningen van Xxx, een objectief, officieel en zwaarwichtig bewijs voorligt dat Xxx niet voldoet aan de selectie-eisen en er dus mogelijks achterhaalde of verkeerde informatie is verstrekt in de offerte van Xxx. De ernst en het gewicht van tegenbewijs dat eigenhandig door Xxx zelf is openbaar gemaakt via haar jaarrekeningen neergelegd bij de Nationale Bank, noopt tot het besluit dat er geen gelegitimeerd economisch belang voorligt dat de bescherming van de thans selectief gevraagde informatie kan verantwoorden. Artikel 4 van wet van 17.06.2016 garandeert de gelijke behandeling van de inschrijvers en de eerlijke mededinging: “De aanbesteders behandelen de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen op een transparante en proportionele wijze.” Dit is een beginsel dat de openbare orde raakt zodat ■■■ recht heeft om – op basis van deze officiële informatie uit de jaarrekeningen – de openbaarheid te eisen en te verkrijgen van de verklaringen die Xxx in het kader van een overheidsopdracht heeft afgelegd over haar personeelsbestand.

Artikel 10 van de Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013, dat ook door AWW Oost-Vlaanderen wordt ingeroepen, is genuanceerd en laat toe dat bepaalde gegevens wel en andere niet worden openbaar gemaakt. De gevallen waarin de openbaarmaking niet toegestaan is, lopen parallel met de uitzonderingsgronden die in het Bestuursdecreet zijn vermeld. Ten deze beperkt AWW zich tot de verwijzing naar de bescherming van rechtmatige commerciële belangen van publieke of private ondernemers. Er wordt dan ook naar verwezen naar hetgeen hierboven is uiteengezet.

Verzoekster stelt verder dat AWW Oost-Vlaanderen zich niet kan beroepen op de uitzonderingsgrond van artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet waarbij een aanvraag tot openbaarmaking moet 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.

Op dit ogenblik is er nog een annulatieberoep bij de Raad van State lopende dat verzoekster heeft ingesteld tegen de gunningsbeslissingen voor perceel 6 en 7. Verzoekster vraagt precies deze informatie op teneinde haar rechten en de rechten van AWW Oost-Vlaanderen op het eerlijk verloop van de rechtspleging te vrijwaren. Een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces is het beginsel van de “gelijkheid der wapens in een proces”. Dit 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 voormelde uitzonderingsgrond ligt vooral bij het verhinderen dat de openbaarheid van bestuur waaraan één partij onderworpen is, afbreuk zou doen aan de wapengelijkheid. Echter óók AWW Oost-Vlaanderen heeft er belang bij dat duidelijkheid wordt geschapen omtrent de waarachtigheid van de

verklaringen van Xxx in het kader van de voornoemde gunningsprocedure. De weigering om de gevraagde stukken openbaar te maken zou AWV Oost-Vlaanderen in dat opzicht benadelen.

In de mate dat het principe van de eerlijke mededinging in het kader van de gunning van overheidsopdrachten van openbare orde is, moet in het belang van alle procespartijen gepaste transparantie gelden inzake de inhoud van het administratief dossier op basis waarvan AWV de selectiebeslissing heeft genomen. De voormelde uitzonderingsgrond mag in deze zaak niet op een abstracte manier worden ingeroepen. Het gaat hier niet om de vraag of door de openbaarmaking een instantie zou worden verplicht in een rechtsgeding de tegenpartij informatie ter beschikking te stellen die vervolgens tegen haar (of een andere aan openbaarheid onderworpen bestuursinstantie) wordt uitgespeeld. Het gaat erom dat de openbaarmaking ertoe leidt dat het algemeen belang wordt gediend. Wanneer AWV Oost-Vlaanderen foutief zou zijn ingelicht door de informatie die in de opgevraagde documenten door Xxx is verstrekt, en op basis van deze foutieve informatie een onwettige gunningsbeslissing zou hebben genomen, dan strekt de gevraagde openbaarheid ertoe om de belangen van AWV Oost-Vlaanderen te behartigen. De volledige waarheidsvinding kan enkel tot stand komen wanneer er op gepaste wijze openbaarheid wordt gegeven aan de opgevraagde stukken, desgevallend met weglating van de gegevens die de persoonlijke levenssfeer van de onderneming Xxx dan wel de werknemers van Xxx raken. Ook AWV Oost-Vlaanderen heeft in dat verband de rechtsplicht om constructief mee te werken aan de gerechtelijke waarheidsvinding en kan zich niet verschuilen achter een beweerd belang om geen informatie ter beschikking te stellen die vervolgens tegen hem wordt uitgespeeld.

3. Standpunt van AWV

De beroepsinstantie heeft contact opgenomen met AWV Oost-Vlaanderen om de gevraagde documenten te bezorgen en wat meer toelichting te vragen. Die gevraagde informatie werd ontvangen op 15 en 23 maart 2021 en op 12 april 2021..

In zijn reacties van 15 en 23 maart 2021 stelt AWV het volgende:

Het beroepsschrift kadert in de procedure tussen [REDACTED] en AWV voor de Raad van State betreffende de gunning van de percelen 6 en 7 van de opdracht 'Project FAST, incidentenafhandeling op de autosnelwegen in de provincie Oost-Vlaanderen, op autosnelweg A10 (E40), A14 (E17), A11 (E34) en R4. Takelen en afvoeren van voertuigen met Maximaal Toegelaten Massa (MTM) $\leq$ 3,5 ton' (de Opdracht) gekend onder het bestek 1m3D8H/20/8 (het Bestek).

AWV herhaalt zijn standpunt dat de gevraagde bijlagen m.b.t. de technische bekwaamheid en de keuringsattesten niet openbaar kunnen worden gemaakt gelet op de uitzonderingsgrond van artikel II.35, 3° Bestuursdecreet. AWV geeft ook mee dat het niet in het bezit is van de door verzoeker onder punt 5 gevraagde attesten m.b.t. het personeel van Xxx.

Er kan volgens AWV weliswaar worden aangenomen dat de bijlagen bij de offerte "objectieve informatie" bevatten. Dit volstaat echter niet om de uitzonderingsgrond van artikel II.35, 3° Bestuursdecreet uit te sluiten, laat staan het verzoek tot openbaarmaking in te willigen. AWV meent dat deze objectieve informatie immers ontegensprekelijk als zeer commerciële informatie van de betrokken onderneming te beschouwen is waarvan het vertrouwelijk karakter bescherming behoeft en die bijgevolg niet zomaar kan worden openbaar gemaakt. AWV merkt op dat het verzoek tot openbaarmaking van zowel bijlage 4.5 als bijlage 4.6, gevoegd bij de offerte van Xxx, betrekking heeft op de vrijgave van informatie opgenomen in de offerte van een concurrent. AWV wijst erop dat de beroepsinstantie reeds heeft geoordeeld dat de inzage van een

winnende offerte van een concurrent kan leiden tot een competitief voordeel voor volgende overheidsopdrachten in hoofde van de verzoeker om openbaarheid. In het beroepschrift wordt verkeerdelijk gesteld dat documenten kunnen openbaar worden gemaakt “omdat zij geen betrekking hebben op het inhoudelijk voorstel van die inschrijver”. AWW stelt vast dat de opgevraagde informatie betrekking heeft op specifieke informatie van de onderneming, zijnde details m.b.t. de personeelsbezetting en organisatiestructuur (Bijlage 4.5) en details m.b.t. de infrastructuur en materiaal (Bijlage 4.6). De betrokken informatie heeft wel degelijk betrekking op het inhoudelijk voorstel van de inschrijver en zou [REDACTED] in staat stellen bepaalde concrete karakteristieken van de betrokken onderneming te ontwaren die haar mogelijks een concurrentieel voordeel kunnen verschaffen. Het verzoek heeft aldus betrekking op concrete informatie waarvan de commerciële of technische kwaliteiten van Xxx kunnen worden geïdentificeerd.

Wat betreft het tweede argument, in ondergeschikte orde, van verzoekster met betrekking tot de belangenafweging, stelt AWW dat het belang van de bescherming van het vertrouwelijk karakter van commerciële informatie in casu zwaarder doorweegt dan het algemeen belang van de openbaarheid. De opgevraagde informatie heeft betrekking op specifieke commerciële informatie van de onderneming die verzoekster in staat stelt bepaalde concrete karakteristieken van de betrokken onderneming te ontwaren die haar een concurrentieel voordeel kunnen verschaffen. Immers is het verre van ondenkbaar dat in het kader van toekomstige overheidsopdrachten verzoekster deze informatie in haar voordeel zal trachten aan te wenden en op die manier een concurrentieel voordeel kan genieten t.a.v. Xxx. Het verschaffen van inzicht in het personeelsbeleid en de aankooppolitiek van Xxx zal potentieel een verzwakking van haar commerciële positie ten aanzien van derden en concurrenten met zich meebrengen. De markt van takelaars betreft immers een geconcentreerde markt, waarbij de deelname aan overheidsopdrachten een wezenlijk deel van de business uitmaakt. Inzonderheid het recurrent karakter van de Opdracht, met een aanbesteding ongeveer elke 4 jaar, maakt dat de gegevens vervat in het opgevraagde document nog steeds relevant kunnen zijn bij gebeurlijke heraanbesteding (bv. de samenstelling van het wagenpark van Xxx overklassen of trachten te achterhalen hoe het winstmodel van Xxx in elkaar zit).

De verwijzingen naar de jaarrekeningen en het uittreksel van KBO, en de gevolgtrekking dat “om deze redenen het belang van de openbaarmaking in hoofde van [REDACTED] primeert op het belang van het vertrouwelijk karakter van de commerciële en industriële informatie in hoofde van Xxx omdat er op heden, op basis van de beschikbare jaarrekeningen van Xxx, een objectief, officieel en zwaarwichtig bewijs voorligt dat Xxx niet voldoet aan de selectie-eisen en er dus mogelijks achterhaalde of verkeerde informatie is verstrekt in de offerte van Xxx” is volgens AWW feitelijk, procedureel en juridisch verkeerd. AWW wijst erop dat de huidige procedure louter strekt tot de beoordeling van de bestreden beslissing inzake openbaarheid van bestuur. Deze documenten doen volgens haar bijgevolg niet ter zake. De feitelijke onjuistheid van deze bewering werd overigens reeds uitvoerig toegelicht in de schorsingsprocedure voor de Raad van State, die de vordering van [REDACTED] reeds heeft verworpen (RvS 10 november 2020, nr. 248.872). Bovendien dient het belang van openbaarheid te worden beoordeeld in het algemeen belang en niet in hoofde van [REDACTED]; vervolgens kan dit belang worden afgewogen tegen het belang van het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, die beschermd wordt om het gelegitimeerd economisch belang van Xxx te vrijwaren (conform art. 11.35, 3° Bestuursdecreet).

Hoewel dergelijke documenten volgens AWW geen onderzoek behoeven in de huidige procedure, is ook het feitelijke uitgangspunt én de juridische gevolgtrekking volkomen ongegrond. Wat betreft het verzoek tot openbaarmaking van de keuringsattesten wordt verwezen naar de uiteenzetting m.b.t. Bijlage 4.5 en Bijlage 4.6 daar deze gegevens betrekking hebben op dezelfde aspecten als opgenomen in de offerte van Xxx. Bijgevolg is AWW van oordeel dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie, omdat die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren.

Verder stelt AWV dat het recht op een eerlijk proces gewaarborgd blijft. Zoals aangevoerd in het beroepschrift, loopt op dit moment een annulatieprocedure bij de Raad van State tussen [REDACTED] en AWV betreffende de gunning van de Opdracht. De insinuatie van [REDACTED] dat het recht op een eerlijk proces zou worden geschonden door de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens van de betrokken inschrijver te respecteren en daarom bepaalde documenten niet openbaar te maken, kan echter niet worden bijgetreden, aldus AWV.

Vooreerst is het uitgangspunt van [REDACTED] opnieuw onjuist, daar AWV zich niet beroept op de uitzonderingsgrond van artikel II.35, 4° om het verzoek tot openbaarmaking in te willigen. Op deze manier lijkt [REDACTED] zelf uitzonderingsgronden op te werpen om deze vervolgens te ontkrachten.

Bovendien wordt het recht op een eerlijk proces wel degelijk gerespecteerd. Overeenkomstig artikel 26 Rechtsbeschermingswet dient de aanbestedende instantie immers het volledige administratief dossier (incl. de vertrouwelijk stukken) over te maken aan de verhaalinstantie (lees: de Raad van State). Het komt vervolgens aan deze laatste toe de vertrouwelijkheid en het recht op eerbieding van de zakengeheimen te beoordelen. AWV wenst te benadrukken dat de vertrouwelijke behandeling van zakengeheimen, resp. gevoelige commerciële en industriële informatie in het overheidsopdrachtenrecht tevens haar grondslag vindt in de rechtspraak van het Hof van Justitie, het Grondwettelijk Hof, en is gecodificeerd in het huidige artikel 21 van Richtlijn 2014/24/EU. Ten overvloede wordt andermaal beklemtoont dat de wettigheid van de gunningsprocedure niet het voorwerp uitmaakt van de huidige procedure, maar daarentegen wel wordt beoordeeld door de Raad van State.

Het komt bijgevolg de Raad van State toen om te waken over recht op een eerlijk proces en het aangevoerde vertrouwelijke karakter van de offertes te beoordelen. Meer nog, de Raad van State heeft in de voorafgaande schorsingsprocedure de vertrouwelijkheid reeds kunnen beoordelen (RvS 10 november 2020, nr. 248.872), aangezien alle offertes (ook de offerte van [REDACTED] op eigen vraag) vertrouwelijk werden neergelegd. [REDACTED] heeft zich destijds trouwens niet verzet tegen de vertrouwelijke neerlegging van de offertes (inclusief die van Xxx). Daarnaast gaat [REDACTED] er opnieuw verkeerdelijk vanuit dat de openbaarmaking wordt beoordeeld om de belangen van AWV te behartigen. Het algemeen belang dat gebaat gaat bij openbaarmaking dient immers te worden afgewogen tegen het in het Bestuursdecreet opgenomen belang. Het individuele belang van [REDACTED] of van AWV doen derhalve niet ter zake. Het recht op eerlijk proces blijft bijgevolg gewaarborgd.

In haar bijkomende reactie van 12 april 2021 voert AWV echter aan dat het zich wél ook wenst te beroepen op de uitzonderingsgrond betreffende de bescherming van een eerlijk proces (artikel II. 35, 4°).

AWV deelt mee dat de offertes in de procedure bij de Raad van State vertrouwelijk werden neergelegd op basis van een beoordeling van AWV, maar ook op uitdrukkelijk verzoek van [REDACTED] zelf. Uit de e-mail d.d. 14 oktober 2020 blijkt duidelijk dat [REDACTED] (middels haar advocaat) zelf heeft verzocht om de vertrouwelijke behandeling van haar offerte (lees: financiële of andere bedrijfsvertrouwelijke gegevens) en dit om de commerciële belangen van de onderneming te beschermen. Aangezien geen enkele partij de vertrouwelijke behandeling van de offertes in twijfel heeft getrokken, heeft de Raad van State zich niet uitdrukkelijk uitgesproken over de vertrouwelijkheid ervan, maar deze zonder meer aanvaard.

Ter vrijwaring van de wapengelijkheid in het hangend administratiefrechtelijk rechtsgeding voor de Raad van State beroept AWV zich op de uitzonderingsgrond in artikel II. 35, 4° beschreven. Het is de bedoeling van deze uitzonderingsgrond dat de wapengelijkheid van partijen in een geschil bewaard blijft. Zonder deze uitzonderingsgrond zou er in een rechtsgeding een strijdigheid teweeg gebracht worden van de wapengelijkheid waarbij de ene partij enkel elementen kan bijbrengen in zijn voordeel en de bestuursinstantie niet over de vrijheid zou beschikken om zelf te beslissen welke documenten bijgebracht worden. De memorie van toelichting bij het Bestuursdecreet stelt dan ook het volgende: Deze

uitzonderingsbepaling stelt dat bestuursdocumenten betreffende aangelegenheden die het voorwerp uitmaken van een burgerlijk of administratief rechtsgeding, niet voor openbaarheid in aanmerking komen. Deze uitzonderingsgrond is ingegeven door het deontologisch probleem waarmee de overheid geconfronteerd wordt wanneer zij gegevens ter beschikking moet stellen die in een rechtsgeding, waarbij die overheid zelf partij is, tegen haar kunnen gebruikt worden.

Bovendien zijn er specifieke regels die de inzagemogelijkheden bepalen van documenten betreffende zaken die aanhangig zijn bij de gerechtelijke instanties. In het decreet wordt tevens benadrukt dat de bedoeling van deze uitzondering erin bestaat om de rechtspleging en het eerlijk verloop van een proces mogelijk te maken. Het is net deze situatie die hier voorligt, namelijk dat een partij tijdens een rechtsgeding op basis van openbaarheid van bestuur stukken opvraagt die onlosmakelijk verbonden zijn met het voorwerp van het geschil.

Het betreft een procedure tussen AWW en verzoekster zelf. Het verzoekschrift tot vernietiging werd neergelegd op 23/11/2020 en de procedure is nog steeds hangende. Momenteel wacht men in deze procedure op het verslag van de auditeur. De procedure bij de Raad van State heeft als voorwerp de vernietiging van:

- De beslissing van AWW om de opdracht voor perceel 6 te gunnen aan Xxx
- De beslissing van AWW om de offerte van [REDACTED] voor perceel 6 te weren
- De impliciete beslissing om de opdracht voor perceel 6 niet aan [REDACTED] te gunnen
- De beslissing van AWW om de opdracht voor perceel 7 te gunnen aan Xxx

De opgevraagde documenten (2, 3, 4) kaderen dan ook duidelijk in een bestaand rechtsgeding tussen AWW en verzoekster en de opgevraagde documenten zijn onlosmakelijk verbonden met het voorwerp van de procedure en meer concreet aan het tweede middel dat ingeroepen wordt door verzoekster. [REDACTED] voert in haar verzoekschrift als tweede middel aan dat de bestreden beslissingen geen onderzoek gevoerd hebben naar de samengestelde aantallen inzake rollend materieel en personeelsleden voor perceel 6 en 7. Het is dan ook overduidelijk dat het in deze context is dat [REDACTED] document 2, 3 en 4 opvraagt in het kader van openbaarheid van bestuur. Sterker nog, [REDACTED] stelt in zijn beroepschrift ten aanzien van de beroepsinstantie zelf dat deze stukken openbaar gemaakt zouden moeten worden in het kader van de 'gerechtelijke waarheidsvinding'. Dat de opgevraagde informatie onlosmakelijk verbonden is met het voorwerp van de procedure blijkt tevens uit het feit dat [REDACTED] in de procedure tot vernietiging in haar memorie van wederantwoord de vertrouwelijkheid betwist voor wat betreft bijlage 4.5 en bijlage 4.6 bij de offerte van Xxx. Het is net deze situatie namelijk dat een partij tijdens een hangend rechtsgeding op basis van openbaarheid van bestuur stukken gaat opvragen bij een bestuursinstantie die de decreetgever heeft trachten te ondervangen door deze uitzonderingsgrond op te nemen. In deze zin verwijst AWW ook nog naar de eerdere beslissing van de beroepsinstantie OVB/2017/289.

Bovendien moet er ook op gewezen worden dat de bewijsvoering in de procedure voor de Raad van State geregeld wordt door het procedurereglement van de Raad van State. Het kan niet de bedoeling zijn dat de regeling inzake openbaarheid van bestuur hiermee zou interfereren of afbreuk zou doen aan deze regelgeving die tot stand gebracht werd door de federale wetgever. AWW concludeert dan ook dat het openbaar maken van het opgevraagde stuk 2, 3 en 4 tot een wapenongelijkheid zou leiden waarbij AWW niet langer vrij is om stukken bij te brengen in deze procedure zoals AWW dit wenst. Dit zou leiden tot een wapenongelijkheid in deze procedure.

4. Standpunt van de beroepsinstantie

4.1. De stukken gevraagd onder de punten 2 en 3 van het verzoek

Het betreft hier twee bijlages bij de offerte van Xxx, waaruit moet blijken dat deze inschrijver voldoet aan de selectiecriteria van de opdracht: een overzicht van het wagenpark waarover Xxx beschikt, en een overzicht van het personeel dat door het bestek geëist werd.

De beroepsinstantie stelt vast dat AWW voor deze documenten de uitzonderingsgronden van artikel II. 35, 3° en 4° Bestuursdecreet inroept: het waarborgen van het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie, als die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, en het belang van de openbaarheid dat niet opweegt tegen de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid om een eerlijk proces te krijgen.

Deze uitzonderingsgronden wil het eerlijk verloop van de rechtspleging vrijwaren. Een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces is het beginsel van de 'gelijkheid der wapens in een proces'; dit 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 voormelde uitzonderingsgrond is vooral daarin gelegen, te verhinderen dat de openbaarheid van bestuur waaraan één partij onderworpen is, afbreuk doet aan de wapengelijkheid. Zonder deze uitzonderingsgrond zou één partij op grond van de openbaarheid van bestuur zou kunnen verplicht worden stukken in het gerechtelijk debat te brengen die tegen haar (of een andere aan openbaarheid onderworpen bestuursinstantie) zouden kunnen pleiten, daar waar de andere partij enkel die elementen die haar eis ondersteunen, kenbaar mag maken om het oordeel van de rechter te beïnvloeden. Deze uitzonderingsgrond is dus een correctief op de openbaarheid om te beletten dat een instantie zou worden verplicht in een rechtsgeding de tegenpartij informatie ter beschikking te stellen die vervolgens tegen haar (of een andere aan openbaarheid onderworpen bestuursinstantie) wordt uitgespeeld.

De bedoelde uitzonderingsgrond mag echter niet op een abstracte manier worden ingeroepen, maar er moet concreet worden aangetoond dat het gevraagde bestuursdocument verband houdt met een bestaand rechtsgeding en tegen een bestuursinstantie kan worden aangewend.

De beroepsinstantie stelt inderdaad vast dat er met betrekking tot de gunning van deze opdracht een annulatieberoep bij de Raad van State hangende is. Hoewel AWW Oost-Vlaanderen in eerste instantie expliciet verklaarde dat zij zich niet beroept op de uitzonderingsgrond van artikel II. 35 4° Bestuursdecreet, is zij daar later op terug gekomen.

De beroepsinstantie meent inderdaad dat deze uitzonderingsgrond hier effectief van toepassing is. Uit de haar bezorgde stukken met betrekking tot het ingestelde annulatieberoep, heeft de beroepsinstantie duidelijk kunnen afleiden dat het annulatieberoep voor een groot deel gebaseerd is op het argument dat AWW op het moment van de selectie niet afdoende is nagegaan of Xxx effectief voldeed aan de door het bestek opgelegde selectiecriteria met betrekking tot de technische draagkracht, meer specifiek het personeel en de voertuigen die ze het jaar voorafgaand aan de publicatie van het bestek ter beschikking hadden voor de uitvoering van takelwerkzaamheden. Verzoekster stelt dat de selectie van Xxx door AWW onzorgvuldig is gebeurd, en wil deze stelling nog meer onderbouwen door middel van de opgevraagde documenten.

Hieruit blijkt volgens het oordeel van de beroepsinstantie dat verzoekster de bedoeling heeft om de opgevraagde documenten aan te wenden in haar annulatieberoep bij de Raad van State, in haar voordeel en bijgevolg in het nadeel van de tegenpartij, AWW. Zoals AWW in haar reactie d.d. 12 april 2021 omstandig toelichtte, is dit juist de bestaansreden van de uitzonderingsgrond van artikel II.35 4° Bestuursdecreet. De beroepsinstantie is van oordeel dat het belang van AWW, met name de wapengelijkheid, effectief zou geschaad worden door het openbaarmaken van de gevraagde stukken, die mogelijks een groter risico op een negatieve uitspraak van de Raad van State voor AWW zouden kunnen opleveren.

De uitzonderingsgrond van artikel II. 35 4° Bestuursdecreet is een relatieve uitzonderingsgrond. Er moet bijgevolg worden nagegaan of het belang van de openbaarheid niet groter is dan het belang van AWV dat door de openbaarmaking zou geschaad worden.

Verzoekster heeft een punt waar zij stelt dat de overheidsopdrachtenwetgeving en het principe van de eerlijke mededinging, van openbare orde zijn. Ook is het zo dat één van de doelstellingen van het recht op openbaarheid van bestuur is dat de rechtsonderhorige zich met kennis van zaken tot de (bestuurs)rechter kan wenden. In casu is dit het concrete belang in hoofde van verzoekster van de openbaarheid van de gevraagde documenten – de bijlagen bij de offerte van Xxx: inschatten of er afdoende gronden zijn om in beroep te gaan tegen de beslissing van AWV. Indirect is dit inderdaad ook van publiek belang: kunnen nagaan of een overheidsopdracht correct werd toegewezen.

Maar verzoekster heeft zich al tot de Raad van State gewend, zonder dat zij de inhoud van de gevraagde documenten kende. De beroepsinstantie leidt hieruit af dat verzoekster deze documenten niet absoluut nodig meende te hebben om te kunnen inschatten of zij zich nuttig tot de Raad van State kon wenden; blijkbaar meende zij al over voldoende middelen hiervoor te beschikken. Het openbare belang van de openbaarheid van de gevraagde documenten is volgens het oordeel van de beroepsinstantie dan ook niet dermate groot dat het boven het belang van AWV op wapengelijkheid in de hangende procedure gaat. De belangenafweging die door het Bestuursdecreet vereist wordt, leidt hier daarom tot een oordeel in het voordeel van AWV.

Ten slotte heeft de beroepsinstantie vastgesteld dat verzoekster in haar Memorie van Wederantwoord voor de Raad van State d.d. 29 maart 2021 de Raad verzocht heeft om de vertrouwelijkheid van de informatie over de selectiecriteria in de offerte van Xxx (i.e. de documenten waarvan openbaarheid wordt gevraagd in onderhavig beroep) op te heffen. De Raad van State zal zich bijgevolg uitspreken over deze vraag tot lichte van de vertrouwelijkheid in het kader van het annulatieberoep, waarbij zij als hogere rechtsmacht de finale beoordeling zal maken.

Gelet op het hierboven uiteengezette, beschouwt de beroepsinstantie het beroep voor wat betreft de bijlagen 4.5 en 4.6 bij de offerte van Xxx als **ongegrond**.

4.2. De stukken gevraagd onder punt 4 van het verzoek

Hier gaat het over de documenten m.b.t. de keuring (controle) door AWV die aantonen dat Xxx voor alle takelvoertuigen de gevraagde keuringsattesten heeft voorgelegd. Het gaat dus om documenten opgesteld door AWV zelf, na de gunning van de opdracht.

De beroepsinstantie heeft deze documenten kunnen inzien, en stelt vast dat zij dateren van 17 maart 2021. Op het moment van het initieel openbaarheidsverzoek d.d. 17 januari 2021 bestonden deze documenten bijgevolg nog niet. AWV kon van deze toen onbestaande documenten bijgevolg ook geen afschrift geven aan verzoekster.

Gelet op het devolutieve karakter van het beroep, heeft de beroepsinstantie thans ook onderzocht of deze documenten openbaar dienen te worden gemaakt.

Volgens het bestek wordt tijdens de keuring nagegaan of al het materiaal en materieel conform het bestek en de inschrijving aanwezig is. De keuringsattesten zijn dus een neerslag van dit onderzoek, en kunnen eveneens door verzoekster gebruikt worden om haar hangend annulatieberoep bij de Raad van State te

onderbouwen en mogelijks aan te tonen dat het materiaal van Xxx niet (helemaal) voldeed aan de bestekseisen.

Volgens dezelfde redenering als hierboven bij punt 4.1 is de beroepsinstantie bijgevolg van oordeel dat deze keuringsattesten ook vallen onder de uitzonderingsgrond van artikel II. 34 4° Bestuursdecreet.

Het beroep is voor wat dit onderdeel betreft dan ook **ongegegrond**.

4.3. De stukken gevraagd onder punt 5 van het verzoek

De beroepsinstantie kan dus enkel maar vaststellen dat wat betreft de door verzoeker onder punt 5 gevraagde bewijzen en attesten m.b.t. het personeel, AWV daarvan niet in het bezit is. Het recht op openbaarheid van bestuur onder de vorm van een afschrift van een bestuursdocument geldt logischerwijze enkel voor effectief bestaande bestuursdocumenten of documenten die in het bezit zijn van de betrokken overheidsinstantie.

In artikel I.4, 3° van het Bestuursdecreet wordt een bestuursdocument gedefinieerd als de informatie, ongeacht de drager ervan, die in het bezit is van een overheidsinstantie. Het recht op openbaarheid kan aldus maar uitgeoefend worden voor zover het gaat om informatie die gematerialiseerd werd op een drager.

In casu wordt evenwel door de beroepsinstantie vastgesteld, na de toelichting vanuit AWV, dat AWV niet in het bezit is van de door verzoeker onder punt 5 gevraagde bewijzen en attesten m.b.t. het personeel. Daar kan uiteraard geen afschrift van verleend worden.

Het beroep is voor wat dit onderdeel betreft dan ook **ongegegrond**.

Gezien de beroepsinstantie op basis van de weergegeven redeneringen van oordeel is dat de gevraagde documenten al allemaal onder een besproken uitzonderingsgrond op de openbaarheid vallen, is er geen noodzaak meer om de toepasselijkheid van artikel II. 35 3° Bestuursdecreet te onderzoeken.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift van ■■■ d.d. 6 maart 2021 tegen de gedeeltelijke weigeringsbeslissing van AWV Oost-Vlaanderen wordt als ontvankelijk en ongegrond beschouwd.

Brussel, 14 april 2021

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter