

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/2021/118

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 15 februari 2021 diende ■■■ een verzoek in bij de gemeente Wielsbeke om een afschrift te verkrijgen van alle offertes die werden ingediend, de voorbereidende nota voor het college en alle andere relevante documenten i.v.m. de nieuwe Wielsbekebon.

Op 4 maart 2021 weigerde de gemeente Wielsbeke gedeeltelijk om afschrift te verlenen van de gevraagde documenten.

Op 10 maart 2021 diende verzoeker beroep in bij de beroepsinstantie tegen deze gedeeltelijke weigeringsbeslissing. Dit beroep werd geregistreerd op 11 maart 2021.

Ontvankelijkheid van het beroep

Het oorspronkelijke verzoek tot openbaarmaking dateert van 15 februari 2021.

De in beroep aangevochten beslissing van de gemeente Wielsbeke van 4 maart 2021 maakt geen melding van de beroepstermijn en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel II.43, §1, derde lid van het Bestuursdecreet zodat de beroepstermijn pas aanvangt vier maanden na kennisgeving van de beslissing.

Het ingediende beroep van 10 maart 2021 is ingesteld binnen de decretaal voorgeschreven termijn, conform artikel II.48, §1, derde lid van het Bestuursdecreet en is bijgevolg **ontvankelijk**.

Gegrontheid 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

De gemeente Wielsbeke bezorgde verzoeker op 4 maart 2021 de gemotiveerde gunningsbeslissing tot aankoop van software voor de Wielsbekebon (geschenkbbon). De gemeente deelde verzoeker mee dat de prijsvergelijking (waar ook in de beslissing naar wordt verwezen) niet kon worden bezorgd, ter bescherming van commerciële belangen.

2. Inhoud van het beroepschrift

Verzoeker gaat niet akkoord met die beslissing van de gemeente Wielsbeke, omdat hij zo de genomen gunningsbeslissing niet kan verifiëren. Verzoeker was zelf één van de indieners van een offerte en de gemeente heeft gekozen voor een andere partij.

3. Toelichting door de gemeente Wielsbeke

De beroepsinstantie heeft, om met kennis van zaken over het ingestelde beroep te kunnen oordelen, de gemeente Wielsbeke op 11 maart 2021 om wat toelichting verzocht betreffende dit beroep.

De gemeente Wielsbeke bezorgde de beroepsinstantie op 17 maart 2021 alle beschikbare documenten:

- de algemene presentaties van de 3 inschrijvers: ■■■■
- een tabel met het prijzenoverzicht
- de gemotiveerde & ondertekende gunningsbeslissing

Aangezien de totale kost onder € 30.000 bleef, heeft de gemeente ervoor gekozen om geen bestek/lastenboek uit te schrijven maar haar oordeel te baseren op enerzijds een prijsvergelijking en anderzijds de kwaliteit (aan te tonen via een verplichte demo). Op die manier heeft zij toch een gedegen marktconsultatie uitgevoerd.

De gunningsbeslissing omvat ook bewust een uitgebreide motivering omdat er voor deze opdracht voor gekozen is om niet per se de goedkoopste maar wél de beste oplossing te kiezen.

4. Beoordeling door de beroepsinstantie

De beroepsinstantie stelt vast dat het hier gaat om een overheidsopdracht van beperkte waarde (artikel 92 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten). Die opdrachten vallen, met uitzondering van de algemene beginselen van de overheidsopdrachtenreglementering, zoals vermeld onder Titel 1 van voornoemde wet, buiten de toepassing van deze wet. Zij kunnen tot stand komen via een aanvaarde factuur.

In casu heeft het college ervoor geopteerd om de opdracht door middel van een gunningsbesluit toe te wijzen. Dit besluit werd door de gemeente Wielsbeke reeds aan verzoeker bezorgd op 4 maart 2021.

Uit de reactie van de gemeente Wielsbeke blijkt dat er geen voorbereidende nota voor het college (betreffende de toewijs) werd opgesteld. Nu een openbaarheidsverzoek enkel maar betrekking kan hebben op bestaande informatie die in het bezit is van een overheidsinstantie, zoals omschreven in artikel I.4, 3° van het Bestuursdecreet, dient het beroep, in zoverre het betrekking heeft op een voorbereidende nota voor het college, als **ongegrond** te worden beschouwd.

De gemeente Wielsbeke wees de opdracht toe aan de hand van een prijsvergelijking en een verplichte demo die de kandidaten moesten indienen. Andere documenten heeft de gemeente Wielsbeke niet in haar bezit.

Het komt nu aan de beroepsinstantie toe om te oordelen over de beslissing van de gemeente Wielsbeke om verzoeker geen afschrift van die stukken te bezorgen.

De prijsvergelijking

Aan de hand van de ingediende demo's, stelde de gemeente Wielsbeke een document op waarbij de geboden prijzen van de inschrijvers worden vergeleken. Het document is een kruistabel bestaande uit de kolommen 'Eénmalig' – een soort van installatie/activeringskost, 'Jaarlijks' – de jaarlijkse kost, 'Bijkomend' – bijkomende kosten en 'Opmerking'.

De beroepsinstantie is van oordeel dat de opgesomde informatie in deze tabel dient beschouwd te worden als vertrouwelijke commerciële informatie waarvan de openbaarmaking de legitieme economische belangen van de inschrijvers zou schaden. Het gaat immers om prijscondities waaronder softwaretoepassingen aan de gemeente Wielsbeke worden aangeboden. Andere marktspelers zouden van die informatie gebruik kunnen maken om hun prijszetting hierop af te stemmen met het oog op eventuele toekomstige opdrachten van soortgelijke aard, wat nadelig kan zijn voor zowel de inschrijvers als voor de opdrachtgevende besturen.

De beroepsinstantie is dan ook van oordeel dat deze informatie inderdaad valt onder de uitzonderingsgronden van artikel II.35. 1° en 3° van het Bestuursdecreet:

'Tenzij de aanvraag betrekking heeft op milieu-informatie, wijzen de overheidsinstanties, vermeld in artikel II.28, § 1, 3° een aanvraag tot openbaarmaking af als ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen:

1° een economisch, financieel of commercieel belang van de overheidsinstanties;
3° 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;'

In toepassing van voornoemde uitzonderingsbepaling heeft de gemeente Wielsbeke bij de overige inschrijvers nog nagevraagd of zij kunnen instemmen met de openbaarmaking van deze informatie, maar die toestemming werd vooralsnog niet gegeven. Verzoeker toont verder ook geen algemeen belang aan maar wil de informatie enkel bekomen vanuit een privaat belang, namelijk om de gunningsbeslissing te verifiëren.

In artikel II.45 §2 voorziet het Bestuursdecreet dat een bestuursdocument gedeeltelijk openbaar wordt gemaakt als informatie waarop een uitzondering van toepassing is als vermeld in afdeling 3 of waarvoor de verplichting geldt inzake het aantonen van het belang, vermeld in artikel II.40, § 3, tweede lid, samen

met andere informatie in een bestuursdocument opgenomen is, en het mogelijk is om de informatie die niet openbaar kan gemaakt worden, te scheiden van de andere informatie. De beroepsinstantie stelt in casu vast dat het wel degelijk mogelijk is om de informatie die betrekking heeft op verzoekers eigen onderneming, waarop dan ook geen uitzonderingsbepalingen van toepassing zijn, af te scheiden van de andere informatie betreffende ■■■, die niet voor openbaarmaking in aanmerking komt.

Voor wat betreft dit onderdeel dient het beroepschrift bijgevolg als **deels ongegrond en deels gegrond** te worden beschouwd, waarbij de informatie die betrekking heeft op verzoekers eigen onderneming wel kan worden vrijgegeven.

De demo's

Naast de onderneming van verzoeker, ■■■, dienden ook ■■■ een demo in bij de gemeente Wielsbeke. Die demo's bevatten enerzijds een voorstelling van de firma's en anderzijds meer specifieke informatie over de manier waarop zij de opdracht wensen aan te pakken.

Na grondig onderzoek van deze demo's, is de beroepsinstantie van oordeel dat de hieronder opgesomde informatie in de demo's dient beschouwd te worden als vertrouwelijke commerciële informatie waarvan de openbaarmaking de legitieme economische belangen van de inschrijvers zou schaden. Potentiële concurrenten hebben er zeker voordeel bij om deze informatie over de concrete aanpak door de betreffende bedrijven te kennen, waarbij zij er dan hun eigen offerte op kunnen afstemmen en zo hun concurrentiepositie verbeteren. Dit zou niet enkel ten nadele zijn van de inschrijvers, maar ook van de besturen die een soortgelijke opdracht uitschrijven. Door hun aanpak af te stemmen op die van een concurrent, zouden andere kandidaat-opdrachtnemers dan immers mogelijks niet meer hun '*beste voorwaarden*' geven, maar er voor kunnen zorgen dat ze *nét* iets betere voorwaarden bieden, wat niet in het voordeel van die besturen zou zijn. Nu duidelijk blijkt dat verzoeker als mede-inschrijver zelf in rechtstreekse concurrentie stond met de andere kandidaten, meent de beroepsinstantie dat er geen twijfel over kan bestaan dat commercieel gevoelige informatie die in de demo's werd verwerkt, dan ook dient te worden afgeschermd.

De beroepsinstantie is bijgevolg van oordeel dat deze informatie inderdaad valt onder de uitzonderingsgronden van artikel 11.35. 1° en 3° Bestuursdecreet: '*Tenzij de aanvraag betrekking heeft op milieu-informatie, wijzen de overheidsinstanties, vermeld in artikel 11.28, § 1, 3° een aanvraag tot openbaarmaking af als ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen:*

1° een economisch, financieel of commercieel belang van de overheidsinstanties;
3° 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;'

Voor wat betreft de demo van ■■■ geldt dit volgens het oordeel van de beroepsinstantie concreet voor de volgende informatie:

- De informatie met betrekking tot de werking van de cadeaukaart/bon oplossing en tijdelijke waardebonoplossing (p. 8-9);
- De informatie betreffende de waardebonopties (p. 10-15);
- Benodigheden voor de uitrol van de cadeaukaart/bon (p. 16);
- Multi-channel activatietechnologie (p. 17);
- Registratie plug-ins (p. 18);
- Multi-channel ontwaardingstechnologie (p. 19);

- Multi-channel controle technologie vervalddag (p. 20);
- De informatie betreffende hoe werkt NJOY.shopping (p. 23);
- De informatie inzake de cadeaubon, waardebon & voucheroplossingen (p. 26);
- De informatie betreffende de visie en roadmap 3.0 (p. 27-29);
- De informatie betreffende het kostenplaatje (p. 31-35);
- De informatie inzake stads/gemeentebon 3.0 (p. 36).

Voor wat betreft de demo van ■■■, die eveneens een offerte omvat, geldt dit volgens het oordeel van de beroepsinstantie concreet voor de volgende informatie:

- De informatie op p. 1 van de offerte, eerste streepje;
- P. 2-4 van de offerte;
- De informatie betreffende werking site met gemeentebonnen, slides 3-4 van de demo;
- De informatie inzake controlesysteem (slide 5);
- De informatie betreffende werking online aankoop bon (slide 6);
- De informatie betreffende voordelen (slide 8);
- De informatie betreffende prijs (slide 9).

In toepassing van de uitzonderingsbepaling uit artikel II.35 3° van het Bestuursdecreet heeft de gemeente Wielsbeke bij deze inschrijvers nog nagevraagd of zij kunnen instemmen met de openbaarmaking van deze informatie, maar die toestemming werd vooralsnog niet gegeven. Verzoeker toont verder ook geen algemeen belang aan maar wil de informatie enkel bekomen vanuit een privaat belang, namelijk om de gunningsbeslissing te verifiëren.

In artikel II.45 §2 voorziet het Bestuursdecreet dat een bestuursdocument gedeeltelijk openbaar wordt gemaakt als informatie waarop een uitzondering van toepassing is als vermeld in afdeling 3 of waarvoor de verplichting geldt inzake het aantonen van het belang, vermeld in artikel II.40, § 3, tweede lid, samen met andere informatie in een bestuursdocument opgenomen is, en het mogelijk is om de informatie die niet openbaar kan gemaakt worden, te scheiden van de andere informatie. De beroepsinstantie stelt in casu vast dat het wel degelijk mogelijk is om de hierboven vermelde informatie, die niet in aanmerking komt voor openbaarmaking, af te scheiden van de andere informatie in de demo's, die immers algemeen van aard is en waarop geen uitzonderingsbepalingen van toepassing zijn.

Omwille van het voorgaande dient het beroepsschrift voor wat betreft dit onderdeel dan ook als **deels ongegrond en deels gegrond** te worden beschouwd.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepsschrift van ■■■ d.d. 10 maart 2021 tegen de gedeeltelijke weigeringsbeslissing vanwege de gemeente Wielsbeke wordt als ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond en gedeeltelijk gegrond beschouwd.

Bijgevolg dienen de volgende documenten openbaar te worden gemaakt, door er een afschrift van te bezorgen:

- De prijsvergelijking, met uitzondering van de informatie betreffende ■■■.

- De demo van ■■■, met uitzondering van de volgende informatie:
 - De informatie met betrekking tot de werking van de cadeaukaart/bon oplossing en tijdelijke waardebonoplossing (p. 8-9);
 - De informatie betreffende de waardebonopties (p. 10-15);
 - Benodigheden voor de uitrol van de cadeaukaart/bon (p. 16);
 - Multi-channel activatietechnologie (p. 17);
 - Registratie plug-ins (p. 18);
 - Multi-channel ontwaardingstechnologie (p. 19);
 - Multi-channel controle technologie vervaldag (p. 20);
 - De informatie betreffende hoe werkt NJOY.shopping (p. 23);
 - De informatie inzake de cadeaubon, waardebon & voucheroplossingen (p. 26);
 - De informatie betreffende de visie en roadmap 3.0 (p. 27-29);
 - De informatie betreffende het kostenplaatje (p. 31-35);
 - De informatie inzake stads/gemeentebon 3.0 (p. 36).
- De demo van ■■■, die eveneens een offerte omvat, met uitzondering van de volgende informatie:
 - De informatie op p. 1 van de offerte, eerste streepje;
 - P. 2-4 van de offerte;
 - De informatie betreffende werking site met gemeentebonnen, slides 3-4 van de demo;
 - De informatie inzake controlesysteem (slide 5);
 - De informatie betreffende werking online aankoop bon (slide 6);
 - De informatie betreffende voordelen (slide 8);
 - De informatie betreffende prijs (slide 9).

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 II.44, §3, van het Bestuursdecreet).

Brussel, 19 maart 2021

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter