

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/2022/045

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 3 februari 2022 diende [REDACTED] (hierna vermeld als verzoeker), een verzoek in bij het Agentschap Wegen en Verkeer, met de vraag om een kopie door te mailen van de volgende documenten:

Voor West-Vlaanderen:

- WWV/INV/2021/9 – P2 – kopie van de volledig ingediende offerte door [REDACTED];
- WWV/INV/2021/9 – P3 – kopie van de volledig ingediende offerte door [REDACTED];

Voor Oost-Vlaanderen:

- AWV O-VI-WOV/INV/2021/10-F02 – kopie van de volledig ingediende offerte door [REDACTED].

Het Agentschap Wegen en Verkeer weigerde dit openbaarheidsverzoek op 4 februari 2022.

Op 8 februari 2022 contacteerde verzoeker nogmaals het Agentschap Wegen en Verkeer, waarbij hij niet langer vraagt naar de offertes, maar vraagt naar de administratieve dossiers (met uitzondering van de offertes) met betrekking tot de dossiers met referentie WWV/INV/2021/9/P2 en WWV/INV/2021/9-P3.

Naar aanleiding hiervan antwoordde het Agentschap Wegen en Verkeer op 11 februari 2022 dat de verzoeker op 2 februari 2022 al de kennisgeving voor beide percelen toegestuurd kreeg per aangetekend schrijven, samen met telkens het gunningsverslag en de gemotiveerde gunningsbeslissing. Het Agentschap Wegen en Verkeer vraagt verder verzoeker te verduidelijken welke documentatie hij nog verder wenst.

Bij mail van 14 februari 2022 geeft verzoeker aan nog volgende documenten te willen bekomen om de regelmatigheid van de inschrijving van ■■■ te verifiëren voor wat perceel 3 betreft:

- een kopie van de brief van AWV aan ■■■ van 5 november 2021 in verband met personeel, alsook het antwoord daarop van ■■■;
- een kopie van de brief van AVW aan ■■■ van 5 november 2021 in verband met stelplaats klasse 3, alsook het antwoord daarop van ■■■;
- een kopie van de onderaannemingsovereenkomsten, afgesloten door ■■■ met zijn diverse onderaannemers voor wat betreft perceel 3;
- een lijst met opgave van beschikbaar personeel van ■■■ (met inbegrip van een lijst van personeel van de onderaannemers, met aanduiding van VTE);
- een lijst met opgave van beschikbaar materieel van ■■■ (met inbegrip van een lijst van materiaal van de diverse onderaannemers);
- een nota van ■■■ omtrent de organisatie:
 - welk gedeelte van de opdracht wordt door ■■■ in onderaanneming gegeven aan welke onderaannemers;
 - welk materiaal en personeel bevindt zich waar (hoofdaannemer/onderaannemer).
- een nota van ■■■ in verband met stelplaats (met inbegrip van stelplaatsen onderaannemers).

Op 14 februari 2022 weigert het Agentschap Wegen en Verkeer voormeld openbaarheidsverzoek.

Op 17 februari 2022 diende verzoeker beroep in bij de beroepsinstantie tegen de weigeringsbeslissingen van het Agentschap Wegen en Verkeer d.d. 11 februari 2022 en 14 februari 2022. Dit beroep werd geregistreerd op 17 februari 2022.

Ontvankelijkheid van het beroep

Het oorspronkelijk openbaarheidsverzoek dateert van 3 februari 2022.

De in beroep aangevochten beslissingen van het Agentschap Wegen en Verkeer d.d. 11 februari 2022 en 14 februari 2022 maken melding van de beroepsmogelijkheden en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel II.43, §1, derde lid van het Bestuursdecreet.

Het ingediende beroep van verzoeker d.d. 17 februari 2022 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

Het Agentschap Wegen en Verkeer weigerde het openbaarheidsonderzoek op basis van de uitzonderingsgrond van artikel II.35, 3° van het Bestuursdecreet, met name het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie gezien een gelegitimeerd economisch belang in het geding is.

Daarnaast stelt het Agentschap Wegen en Verkeer dat ze met het toesturen van het gunningsverslag en de gemotiveerde gunningsbeslissing voor het tweede en derde perceel van de aanbesteding, voldaan heeft aan de verplichtingen, opgenomen in de afdelingen 2 en 3 van het eerste hoofdstuk van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en dienstenconcessies.

2. Inhoud van het beroepschrift

De verzoeker geeft aan dat het verzoek kadert in een overheidsopdracht, waaraan zijn cliënt heeft deelgenomen en die niet aan haar is gegund. Hij vraagt de documenten op ter voorbereiding van een procedure bij de Raad van State of een burgerlijke rechtbank. Hij vraagt tevens de toelating tot hergebruik.

3. Toelichting door het Agentschap Wegen en Verkeer

De beroepsinstantie contacteerde op 18 februari 2022 het Agentschap Wegen en Verkeer om de gevraagde documenten op te vragen en om wat toelichting te krijgen.

Op 18 februari 2022 herhaalde het Agentschap Wegen en Verkeer haar argumentatie in verband met de toepassing van de uitzonderingsgrond van artikel II.35, 3° van het Bestuursdecreet. Het agentschap voegde eraan toe dat op 17 februari 2022 de verzoeker een procedure heeft ingeleid bij de Raad van State, doch enkel met betrekking tot perceel 3.

In een mail van 23 februari 2022 voegde het Agentschap Wegen en Verkeer hier nog aan toe dat het administratief dossier van de overheidsopdracht in de procedure voor de Raad van State bijgebracht zal worden, omdat de in dat dossier begrepen stukken het voorwerp uitmaken van het hangend rechtsgeding en de Raad van State die documenten nodig heeft voor de beoordeling van het geschil. Gezien de commerciële en vertrouwelijke aard van die offertes, zal het Agentschap Wegen en Verkeer de vertrouwelijke behandeling hiervan vragen. Uiteindelijk komt het aan de Raad van State toe te oordelen of dit vertrouwelijke (commerciële) documenten zijn, die al dan niet een vertrouwelijke behandeling ervan verantwoorden. Het agentschap verwijst vervolgens naar het procedurereglement van de Raad van State en bestempelt dit reglement als een *lex specialis* ten aanzien van het Bestuursdecreet. Ze vervolgt: *“De openbaarheidsregeling mag geen afbreuk doen aan de specifieke regeling betreffende de bewijsvoering voor de Raad van State of aan de bevoegdheid van de Raad van State om te oordelen over de stukken die deel uitmaken van een hangende procedure. Het is dan ook de bedoeling dat de procesregels op een gelijke manier van toepassing zijn op alle procespartijen.”*

Het Agentschap verwijst in dit kader ook naar de uitzonderingsgrond uit artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet en de bijhorende memorie van toelichting: *“Deze uitzonderingsgrond stelt dat bestuursdocumenten betreffende aangelegenheden die het voorwerp uitmaken van een burgerlijk of administratief rechtsgeding, niet voor openbaarheid in aanmerking komen. (...). Bovendien zijn er specifieke regels die de inzagemogelijkheden bepalen van documenten betreffende zaken die aanhangig zijn bij gerechtelijke instanties.”*

4. Standpunt van de beroepsinstantie

Perceel 3

De beroepsinstantie kreeg van het Agentschap Wegen en Verkeer op 18 februari 2022 een kopie van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en een kopie van de beschikking van de Raad van State van 18 februari 2022 om de zaak te verwijzen naar de openbare terechtzitting van 8 maart 2022.

De beroepsinstantie kan bevestigen dat in casu toepassing moet worden gemaakt van de uitzonderingsgrond voorzien in artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet. Op basis van dit artikel 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. Deze uitzonderingsgrond beoogt 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. Zonder deze uitzonderingsgrond zou één partij op grond van de openbaarheid van bestuur kunnen worden verplicht 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.

De bedoelde uitzonderingsgrond mag evenwel niet op een abstracte manier worden ingeroepen zodat concreet moet worden aangetoond dat de gevraagde bestuursdocumenten verband houden met een bestaand rechtsgeding en tegen een bestuursinstantie kunnen worden aangewend. De beroepsinstantie stelt in casu vast dat de verzoeker expliciet in zijn beroepschrift aangeeft de documenten te willen gebruiken in een procedure voor de Raad van State, dan wel een burgerlijke rechtbank. Daarnaast geeft verzoeker in zijn mail van 14 februari 2022 aan het Agentschap Wegen en Verkeer duidelijk aan dat hij de documenten nodig heeft om te beoordelen of de offerte van [REDACTED] voldoet aan de kwalitatieve selectie-eisen van het bestek. Het mogelijk niet voldoen aan de kwalitatieve selectie-eisen van het bestek is deel van de argumentatie van verzoeker in zijn vordering tot schorsing bij de Raad van State. De beroepsinstantie oordeelt dat de gevraagde documenten wel degelijk verband houden met een bestaand rechtsgeding.

De inhoud van de geweigerde bestuursdocumenten kan als dermate gevoelig beschouwd worden in die zin dat deze documenten in de lopende procedure kunnen aangewend worden door verzoeker om eigen standpunten kracht bij te zetten in de lopende procedure bij de Raad van State en dit ten nadele van het Agentschap Wegen en Verkeer. De toetsing van de concrete situatie aan de finaliteit van de uitzonderingsgrond leidt derhalve tot de conclusie dat het openbaar belang van de openbaarheid in dit specifieke geval niet opweegt tegen het belang van de uitzonderingsgrond inzake het hangende administratief rechtsgeding. De openbaarmaking ten koste van het beschermde belang mag maar worden bevolen als daarmee het algemeen openbaar belang gediend wordt, quod non in casu.

De beroepsinstantie is daarom van oordeel dat artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet in casu terecht is ingeroepen.

Het beroep dient dan ook voor dit onderdeel als **ongegron**d te worden beschouwd.

Perceel 2

Verzoeker stelt niet enkel beroep in tegen de weigeringsbeslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer van 14 februari 2022, maar ook tegen de beslissing van 11 februari 2022. Daar waar in de beslissing van 14 februari 2022 enkel nog sprake is van documenten in verband met perceel 3, handelt de beslissing van 11 februari 2022 over zowel perceel 3 als perceel 2.

Het Agentschap Wegen en Verkeer stelde in de beslissing van 11 februari 2022 aan haar wettelijke verplichtingen met betrekking tot perceel 2 te hebben voldaan, door de verzoeker eerder het gunningsverslag alsook de gemotiveerde gunningsbeslissing te hebben bezorgd. Het Agentschap Wegen en Verkeer vroeg verzoeker, indien hij nog andere documenten wenste, dit te concretiseren. Verzoeker ging in zijn mail van 14 februari 2022 enkel op deze vraag tot concretisering in voor perceel 3 en niet voor perceel 2. Hij gaf eerder in een mail van 8 februari 2022 aan het Agentschap Wegen en Verkeer wel al op algemene wijze aan dat hij begrijpt dat de eigenlijke offertes van de andere inschrijvers een vertrouwelijk karakter hebben. Nergens in zijn latere mails, ook niet wat perceel 3 betreft, vraagt hij nog expliciet naar de offertes.

Nu de beroepsinstantie ervan uitgaat dat de offertes niet langer voorwerp zijn van het verzoek en het gunningsverslag samen met de gemotiveerde gunningsbeslissing al eerder is bezorgd aan verzoeker, blijft alleen het bestek nog over uit de lijst aan documenten die het Agentschap Wegen en Verkeer aan de beroepsinstantie bezorgde. Verzoeker vraagt hier nergens uitdrukkelijk naar en zou hier al over moeten beschikken, gezien hij ook een offerte indiende. De beroepsinstantie ziet dan ook niet in welke documenten aanvullend nog openbaar gemaakt kunnen worden, zeker nu er doorgaans ook geen andere documenten denkbaar zijn in een gunningsdossier.

Het beroep dient dan ook voor dit onderdeel als **zonder voorwerp** te worden beschouwd.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepsschrift van ■■■ d.d. 17 februari 2022 tegen de weigeringsbeslissingen van het Agentschap Wegen en Verkeer d.d. 11 februari 2022 en 14 februari 2022 wordt als ontvankelijk en deels ongegrond en deels zonder voorwerp beschouwd.

Brussel, 10 maart 2022

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter