RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 218.355 van 8 maart 2012
in de zaak A. 189.819/XII-5568

In zake: de NV FUN BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jean Verdonck
kantoor houdend te 8200 Brugge
't Kloosterhof 17
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 25 september 2008, strekt tot de nietigverklaring van "het besluit van de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie (Vlaamse Overheid), gedagtekend 30 juli 2008, gekend onder dossiernummer OVB/2008/108 en waarbij het beroep van [de nv Fun Belgium] tegen de weigering van de vzw Sociale Dienst voor het Vlaams Overheidspersoneel om een afschrift te verstrekken van de offerte van Supra Trade nv ontvankelijk wordt verklaard doch afgewezen wordt als ongegrond".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 214.346 van 30 juni 2011 zijn de debatten heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 november 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ann Louf, die loco advocaat Jean Verdonck verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Verzoekende partij wordt met een aangetekend schrijven van 20 februari 2008 door verwerende partij uitgenodigd om een offerte in te dienen in het kader van een beperkte offerteaanvraag voor de levering van Sinterklaasspeelgoed aan de vzw Sociale Dienst voor het Vlaams Overheidspersoneel (hierna: SDVO).

3.2. Met een brief van 10 april 2008 wordt verzoekende partij ervan op de hoogte gebracht dat haar offerte niet als de meest voordelige werd beoordeeld en dat de opdracht werd toegewezen aan de nv Supra Trade.

3.3. Op 20 mei 2008 richt verzoekende partij een aangetekend schrijven aan de SDVO en vraagt zij om een kopie mee te delen van de volledige offerte van de nv Supra Trade.

3.4. In een aangetekende brief van 10 juni 2008 deelt de SDVO mee dat zij slechts gedeeltelijk gevolg kan geven aan de vraag om een volledige kopie te bezorgen van de offerte van de nv Supra Trade:

> "De offerte bevat voor elk aangeboden speelgoedartikel een concrete eenheidsprijs die ik u niet kan meedelen aangezien de openbaarmaking ervan schade zou kunnen toebrengen aan de rechtmatige commerciële belangen van deze firma en de eerlijke mededinging tussen de leveranciers zou kunnen aantasten (art. 51, § 4, KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten).
>
> Het vertrouwelijke karakter van deze commerciële prijsinformatie, dat het economische belang van deze firma dient te vrijwaren, weegt niet op tegen het belang van de openbaarheid. Deze firma blijkt evenmin met de openbaarmaking ervan te hebben ingestemd (art. 14, 3°, decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur).
>
> Ik kan u echter wel de door deze firma aangeboden speelgoedartikelen, waarvan de presentatiemap en de fotografische voorstelling bij de offerte gevoegd dienden te worden, openbaar maken. Ik doe dit gemakshalve door u hierbij de brochure 'Sinterklaasactie 2008' te bezorgen waarin die fotografische voorstelling is opgenomen zoals voorzien in het bestek".

3.5. Met een aangetekend schrijven van 3 juli 2008 dient verzoekende partij een beroep in tegen deze beslissing bij de beroepsinstantie inzake de openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie (hierna: de beroepsinstantie). Verzoekende partij betoogt dat de beslissing van de SDVO op meerdere gronden onterecht is.

3.6. Op 30 juli 2008 beslist de beroepsinstantie om het beroep als ontvankelijk, doch ongegrond te beschouwen.

Met een brief van diezelfde datum wordt verzoekende partij van deze beslissing op de hoogte gebracht.

IV. Onderzoek van de middelen

4. In het inleidend verzoekschrift worden twee middelen aangevoerd. Bij tussenarrest nr. 214.346 van 30 juni 2011 is het eerste middel verworpen zodat thans nog enkel het tweede middel moet worden onderzocht.

Standpunt van de partijen

5. In een tweede middel voert verzoekende partij de schending aan van "het redelijkheidsbeginsel en de motiveringsplicht, doordat het hoofdmotief voor de beslissing, met name de vertrouwelijkheid van commerciële en industriële informatie ter vrijwaring van gelegitimeerde economische belangen, feitelijk onjuist is".

Zij benadrukt dat het nooit haar bedoeling is geweest om via de gevraagde openbaarheid van documenten vertrouwelijke commerciële of industriële informatie te verkrijgen. Haar enige bedoeling is te kunnen nagaan of de motivering van de gunning correct is. Zonder kennisname van de volledige offerte van de nv Supra Trade is dit onmogelijk en kan niet worden nagezien in welke mate de SDVO correct heeft beslist omtrent de gunning.

De beroepsinstantie maakt een fundamentele beoordelingsfout omtrent de feiten: het is overduidelijk dat niet elke commerciële informatie *ipso facto* vertrouwelijk moet worden gehouden ter vrijwaring van commerciële belangen. In haar schrijven van 10 juni 2008 stelt de SDVO dat de openbaarmaking van de concrete eenheidsprijzen zoals die voorkomen in de offerte van nv Supra Trade de rechtmatige commerciële belangen van deze onderneming en de eerlijke concurrentie zou kunnen aantasten. Volgens verzoekende partij is dit een "gratuite veronderstelling" die op geen enkele wijze nader gemotiveerd werd en ook niet onderbouwd kan worden. Verzoekende partij ziet niet in hoe de bekendmaking van de eenheidsprijzen of de beschrijving van producten (die niet door de nv Supra Trade zelf worden geproduceerd maar algemeen gangbare producten van internationale merken zijn) de commerciële belangen van deze inschrijver zou schaden en/of de mededinging zou aantasten. Het gaat om puur feitelijke gegevens die aan verzoekende partij geen enkel

commercieel voordeel kunnen bieden. Door haar beslissing te baseren op “de loutere onbewezen veronderstelling omtrent het vertrouwelijk karakter van die prijsinformatie en beschrijvingen” heeft de beroepsinstantie dan ook het redelijkheidsbeginsel en de motiveringsplicht miskend.

Minstens moet worden vastgesteld dat het belang van de openbaarheid “terdege opweegt” tegen de bescherming van de prijsinformatie: de belangen van de nv Supra Trade kunnen op geen enkele manier worden geschaad door het vrijgeven van die informatie.

6. Verwerende partij betwist het belang van verzoekende partij bij het middel. Zij wijst er op dat, hoewel verzoekende partij haar belang bij het middel situeert in de controle die zij wenst uit te oefenen op de rechtsgeldigheid van de gunningsbeslissing, zij de aanbestedende overheid nooit om mededeling van de gunningsbeslissing heeft verzocht. Verwerende partij verwijst in dit verband naar artikel 51, § 2*bis*, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

7. In haar memorie van wederantwoord verwerpt verzoekende partij de verwijzing van verwerende partij naar artikel 51, § 2*bis*, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 aangezien deze bepaling pas werd ingevoegd door een koninklijk besluit van 31 juli 2008, in werking getreden op 18 augustus 2008, tijdstip waarop de gunningsbeslissing al lang was genomen. Verzoekende partij kon dan ook geen beroep doen op deze bepaling.

8. In haar laatste memorie na het tussenarrest nr. 214.346 van 30 juni 2011 betoogt verzoekende partij dat de uitzonderingsbepaling van artikel 14, § 3, van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur niet zonder meer van toepassing is op voorliggende casus. Deze bepaling houdt geen algemeen verbod in op de mededeling van informatie omtrent overheidsopdrachten en vereist derhalve een concrete beoordeling en een antwoord op het duidelijke standpunt van verzoekende partij.

Zij benadrukt ten slotte nogmaals geen “fishing expedition naar vertrouwelijke bedrijfsinformatie” te voeren maar wel een “zeer logische en terechte vraag tot het controleren van de door de overheid gegeven informatie [te stellen] gelet op de ernstige vermoedens dat het aanbestedingsrecht werd geschonden”.

Beoordeling

9.1. De exceptie nopens de ontvankelijkheid van het middel kan niet worden aanvaard. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van het voornoemde decreet van 26 maart 2004 moet de aanvrager immers in beginsel geen belang aantonen bij zijn aanvraag. Het feit dat verzoekende partij niet eerst om mededeling van de gunningsbeslissing heeft verzocht, kan dan ook niet leiden tot het verlies van haar belang bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing van de beroepsinstantie.

9.2. Voorts wordt vastgesteld dat verzoekende partij niet in het verzoekschrift concretiseert waaruit te dezen de schending van het redelijkheidsbeginsel bestaat. Het middel is in zoverre niet ontvankelijk.

10.1. De beroepsinstantie motiveert haar beslissing in substantie als volgt:

> “Overwegende dat uit het onderzoek door de beroepsinstantie is gebleken dat in de offerte van de firma nv Supratrade eenheidsprijzen worden vermeld voor elk aangeboden artikel naast een concrete beschrijving in [een] presentatiemap en fotografische weergave van de producten;
>
> Overwegende dat de voormelde gegevens van de inschrijver (zowel de eenheidsprijzen als de specifieke beschrijvingen van de aangeboden producten) ontegensprekelijk moeten beschouwd worden als zeer commerciële gegevens van die firma;
>
> Overwegende dat met de bescherming van het vertrouwelijke karakter van deze commerciële gegevens duidelijk een gelegitimeerd economisch belang wordt gevrijwaard, namelijk voorkomen dat er significante schade zou toegebracht worden aan de betrokken firma door het openbaar maken van deze gegevens en daardoor de mogelijkheid creëren dat aan de concurrenten een competitief voordeel zou worden gegeven voor mogelijke

toekomstige overheidsopdrachten; dat het belang van de openbaarheid dan ook niet opweegt tegen de bescherming van het belang dat gepaard gaat met het hiervoor geciteerde vertrouwelijke karakter van deze commerciële informatie van de firma nv Supratrade;

Overwegende dat artikel 14, 3° van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur in casu dan ook dient toegepast te worden en dat er bijgevolg geen afschrift mag worden verstrekt van de weerhouden offerte in dit aanbestedingsdossier".

Het door de beroepsinstantie vermelde artikel 14, 3°, van het decreet van 26 maart 2004 luidt:

"De in artikel 4 genoemde instanties wijzen een aanvraag tot openbaarmaking af, voorzover die geen betrekking heeft op milieu-informatie, indien ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van één van de volgende belangen :
[…]
3° het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, tenzij degene van wie de informatie afkomstig is met de openbaarheid instemt".

10.2. Verzoekende partij betwist de juistheid van de door de beroepsinstantie gegeven motieven stellende dat "het gaat om puur feitelijke gegevens die aan verzoekende partij geen enkel commercieel voordeel kunnen bieden" en dat "de belangen van de nv Supra Trade […] op geen enkele manier [kunnen] worden geschaad door het vrijgeven van die informatie".

Deze stelling kan niet worden aanvaard. Zoals verzoekende partij zelf erkent heeft de onderhavige opdracht immers betrekking op de levering van speelgoedartikelen die niet door haar noch door nv Supra Trade zelf geproduceerd worden, maar wel "algemeen gangbare producten van internationale merken" zijn. Zoals de beroepsinstantie aanneemt, treden de inschrijvers, wat dergelijke producten betreft, dan ook in de eerste plaats met elkaar in concurrentie op het vlak van de prijs; in de voorliggende zaak zou het openbaar maken van de eenheidsprijzen in de offerte van de nv Supra Trade aan haar concurrent, verzoekende partij, aan deze laatste dan ook een inzicht verschaffen in de bedrijfsstrategie van nv Supra Trade, onder meer in de door

deze onderneming gehanteerde winstmarges, in de eventuele kortingen die zij bij bepaalde leveranciers kan genieten en aldus in de commerciële relaties van deze onderneming. Aldus zou de openbaarmaking de economische belangen van deze inschrijver schaden en verzoekende partij een onrechtmatig competitief voordeel verschaffen.

Met toepassing van artikel 14, 3°, van het voornoemde decreet van 26 maart 2004 weigerde de beroepsinstantie dan ook terecht de openbaarmaking van die gegevens.

10.3. Overigens mist de stelling van verzoekende partij dat zij met de openbaarmaking van de offerte van de nv Supra Trade in de eerste plaats de regelmatigheid van de gunning wil nagaan, kennelijk grond. Deze stelling strookt immers niet met haar eerdere handelwijze in deze zaak.

De controle van de regelmatigheid van de gunning van een overheidsopdracht geschiedt immers in eerste instantie aan de hand van een nazicht van de gunningsbeslissing en het eventuele gunningsverslag. Uit het feitenrelaas is echter reeds gebleken dat verzoekende partij niet om overlegging of openbaarmaking van deze beslissing heeft verzocht - laat staan een beroep bij de Raad van State heeft ingesteld tegen de gunningsbeslissing - doch zonder meer meteen om inzage in de volledige offerte van de nv Supra Trade heeft gevraagd.

10.4. De motieven die de beroepsinstantie aanhaalt voor haar beslissing verantwoorden deze dan ook zowel in feite als in rechte. Het middel is ook in zoverre niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 maart 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Bram Van Thillo **Dierk Verbiest**