

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 260.323 van 28 juni 2024
in de zaak A. 233.871/XII-9097**

In zake : de NV D.D.G.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Rika Heijse
 kantoor houdend te 9052 Gent
 Dorpsstraat 1
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 het VLAAMSE GEWEST
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Patrick Devers en John Devers
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Kouter 71-72
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 juni 2021, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie, afdeling openbaarheid van bestuur, van 14 april 2021 tot verwerping van het beroep van de nv D.D.G. tegen de beslissing van het agentschap Wegen en Verkeer van 4 februari 2021 waarbij geweigerd wordt om openbaarheid te verlenen aan een aantal opgevraagde documenten.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 april 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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. Het Vlaamse Gewest, agentschap Wegen en Verkeer (hierna: AWV), schrijft een overheidsopdracht uit voor het sluiten van een raam-overeenkomst voor incidentafhandeling op de autosnelwegen in de provincie Oost-Vlaanderen. De opdracht kadert in het project FAST, “Files Aanpakken door Snelle Tussenkomenst”. De opdracht bestaat in het takelen van voertuigen en het signaleren van verkeersbelemmeringen op een aantal autosnelwegen.

De verzoekende partij dient een offerte in voor perceel 6 van die overheidsopdracht, dat betrekking heeft op “E17 Midden”. Zij dient geen offerte in voor perceel 7, dat betrekking heeft op “E17 Noord”.

Op 15 september 2020 beslist de administrateur-generaal van AWV om de percelen 6 en 7 van de opdracht te gunnen aan de bvba D.G.. De offerte van de verzoekende partij voor perceel 6 wordt onregelmatig verklaard.

3.2. Tegen deze beslissingen dient de verzoekende partij op 13 oktober 2020 een verzoek tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid in (zaak A. 231.998). Die vordering wordt verworpen bij arrest nr. 248.872 van 10 november 2020.

Op 23 november 2020 dient zij vervolgens een beroep tot nietigverklaring van dezelfde beslissingen in. Over dat beroep is uitspraak gedaan bij arrest nr. ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.260.322 van 28 juni 2024.

3.3. Terwijl het beroep tot nietigverklaring aanhangig is, en in verband met grieven die de verzoekende partij in het kader van dat beroep heeft aangevoerd, dient zij op 17 januari 2021 een verzoek in bij AWV, afdeling Oost-Vlaanderen, tot het verkrijgen van een afschrift van een aantal documenten met betrekking tot de litigieuze overheidsopdracht. In de thans bestreden beslissing worden die documenten geïdentificeerd als volgt:

- “1. het schriftelijk bevel van aanvang dat AWV aan [D.G.] heeft gegeven voor de aanvang van perceel 7 en van perceel 6;
2. het bewijs dat [D.G.] aan zijn offerte heeft gevoegd dat hij gedurende het volledige kalenderjaar 2019 wel degelijk 1 administratieve kracht en 6 uitvoerende werkkrachten in loondienst had;
3. het bewijs dat [D.G.] 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 AWV die uiterlijk 15 dagen voor de aanvang van uitvoering van perceel 7 en 6 heeft plaatsgevonden en waaruit blijkt dat [D.G.] 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 [D.G.] op de dag van de aanvang van het contract/dienstverlening aan AWV heeft gegeven ter staving dat zijn uitvoerend personeel:
 - a. minstens over volgende bekwaamheden beschikt:
 - i. in bezit van rijbewijs C (voorleggen van de rijbewijzen)
 - ii. in bezit van code 95 (voorleggen van de rijbewijzen)

- iii. 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)
- b. over een EHBO-brevet beschikt of ingeschreven is voor de opleiding
- c. een opleiding ‘kleine brandblusmiddelen’ heeft gevolgd of ingeschreven is voor de opleiding.”

3.4. Met een beslissing die gedateerd is op 5 februari 2021, maar die in werkelijkheid genomen is op 4 februari 2021, wijst de leidend ambtenaar van AWV Oost-Vlaanderen het openbaarheidsverzoek grotendeels af. Enkel van de hiervoor sub 1) genoemde documenten wordt een afschrift afgegeven.

De openbaarmaking van de overige documenten wordt geweigerd op grond van de uitzonderingsgrond bedoeld in artikel II.35, 3°, van het bestuursdecreet van 7 december 2018 (hierna: Bestuursdecreet). De beslissing is gemotiveerd als volgt:

“[4.]2. M.b.t. het verzoek tot openbaarmaking van bijlage 4.5 van het Bestek ‘Technische Bekwaamheid – Personeel’ en bijlage 4.6 van het Bestek ‘Technische Bekwaamheid – Materiaal’, beide gevoegd bij de offerte van [D.G.]:

AWV merkt op dat het verzoek tot openbaarmaking van de bijlagen 4.5 van het Bestek ‘Technische Bekwaamheid – Personeel’ en bijlage 4.6 van het Bestek ‘Technische Bekwaamheid – Materiaal’, zoals ingevuld door [D.G.], betrekking heeft op de vrijgave van informatie opgenomen in de offerte van een concurrent. De Vlaamse Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie (de Vlaamse Beroepsinstantie) heeft reeds 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.

Overigens moet AWV op grond van artikel II. 35, 3° Bestuursdecreet het vertrouwelijk karakter waarborgen van commerciële en industriële informatie, als die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren.

Het AWV moet bijgevolg een belangenafweging maken tussen de conflicterende belangen. Het AWV moet, volgens het vaste stamien van de Vlaamse Beroepsinstantie, controleren of het verzoek tot openbaarmaking:

- betrekking heeft op een nog niet eerder bekendgemaakt bestuursdocument; en
- betrekking heeft op concrete informatie aan de hand waarvan de commerciële of technische kwaliteiten van de betrokken onderneming kunnen worden geïdentificeerd en waarvan de

openbaarmaking mogelijks tot een verzwakte commerciële positie ten aanzien van derden leidt.

Vooreerst stelt het AWW vast dat de opgevraagde bestuursdocumenten nog niet eerder werden bekendgemaakt. Bijgevolg moet AWW nagaan of het openbaarheidsverzoek betrekking heeft op concrete informatie aan de hand waarvan commerciële of technische kwaliteiten van [D.G.] kunnen worden geïdentificeerd en die bij een openbaarmaking mogelijks tot een verzwakte commerciële positie ten aanzien van derden leidt.

Op basis van haar onderzoek stelt AWW vast dat de opgevraagde informatie betrekking heeft op specifieke informatie van de onderneming, zijnde details m.b.t. de personeelsbezetting, organisatiestructuur, infrastructuur en materiaal. De betrokken informatie zou [D.D.G.] in staat stellen bepaalde concrete karakteristieken van [D.G.] te ontwaren die haar mogelijks een concurrentieel voordeel kunnen verschaffen. Immers is het niet ondenkbaar dat in het kader van toekomstige overheidsopdrachten [D.D.G.] de verkregen informatie in haar voordeel zal trachten aan te wenden en op die manier een concurrentieel voordeel kan genieten t.a.v. [D.G.]. De markt van takelaars betreft immers een geconcentreerde markt, waarbij inschrijven voor overheidsopdrachten een belangrijk deel van de business uitmaakt. Inzonderheid het recurrent karakter van de Opdracht, met een aanbesteding ong. 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 [D.G.] overklassen of trachten te achterhalen hoe het winstmodel van [D.G.] in elkaar zit).

In die zin kan worden gewezen op artikel 13, § 2, eerste lid Overheidsopdrachtenwet, waarin van de informatieverstrekking 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 stelt artikel 10 Rechtsbeschermingswet dat de informatieverstrekking aan inschrijvers zich niet uitstrekt tot gegevens waarvan de openbaarmaking nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers of de eerlijke mededinging tussen hen zou kunnen schaden.

AWV meent dan ook dat het belang van de openbaarheid van de opgevraagde documenten niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, vervat in de offerte van [D.G.].

[4.]3. M.b.t. het verzoek tot openbaarmaking van de keuringsattesten van het materiaal voor percelen 6 en 7 en de bekwaamheidsattesten van het uitvoerend personeel voor percelen 6 en 7:

AWV kan het verzoek tot openbaarmaking van de gevraagde bestuursdocumenten niet inwilligen. AWW verwijst hierbij naar haar uiteenzetting onder punt 2, aangezien de opgevraagde documenten betrekking hebben op dezelfde informatie als opgenomen in de offerte van [D.G.]. Bijgevolg is AWW van oordeel dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijk karakter van de commerciële en industriële informatie, omdat die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren.”

3.5. Op 6 maart 2021 stelt de verzoekende partij bij de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie, afdeling openbaarheid van bestuur (hierna: Beroepsinstantie), beroep in tegen de voormelde beslissing van 4 februari 2021, in zoverre haar verzoek tot openbaarmaking daarbij wordt afgewezen.

De Beroepsinstantie neemt contact op met AWW Oost-Vlaanderen, en vraagt haar om de gevraagde documenten en “wat meer toelichting” te bezorgen. AWW antwoordt op 15 en 23 maart 2021 op de grieven van de verzoekende partij. In een bijkomende reactie van 12 april 2021 voert AWW aan dat zij zich bijkomend wenst te beroepen op de uitzonderingsgrond bedoeld in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet.

3.6. Met een beslissing van 14 april 2021 verklaart de Beroepsinstantie het beroep ongegrond.

De beslissing steunt op de volgende overwegingen:

“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 [D.G.], waaruit moet blijken dat deze inschrijver voldoet aan de selectiecriteria van de opdracht: een overzicht van het wagenpark waarover [D.G.] 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 uitzonderingsgrond 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 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 AWV 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 AWV op het moment van de selectie niet afdoende is nagegaan of [D.G.] 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 [D.G.] door AWV 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, AWV. Zoals AWV 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 AWV, 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 AWV 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 [D.G.]: 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 AWW 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 AWW.

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 [D.G.] (*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 lichting van de vertrouwelijkheid in het kader van het annulatieberoep, waarbij hij 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 [D.G.] 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 AWW die aantonen dat [D.G.] voor alle takelvoertuigen de gevraagde keuringsattesten heeft voorgelegd. Het gaat dus om documenten opgesteld door AWW 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. AWW 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 [D.G.] 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. [35] 4° Bestuursdecreet.

Het beroep is voor wat dit onderdeel betreft dan ook ongegrond.

4.3. De stukken gevraagd onder punt 5 van het verzoek

De beroepsinstantie kan [...] 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 ongegrond.

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.”

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de artikelen II.31, II.35, 3° en 4°, van het Bestuursdecreet, de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, artikel 9, lid 1, lid 2, a) en b), en lid 3, van richtlijn 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 ‘betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte know-how en bedrijfsinformatie tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan’ (hierna: richtlijn 2016/943), artikel 6 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, de materiële motiveringsplicht, het fair play-beginsel, de hoorplicht, het recht van verdediging en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat de bestreden beslissing, gesteund is op een onderzoek van louter en alleen de uitzonderingsgrond van artikel II. 35 4° Bestuursdecreet,

stellende dat het belang van de gevraagde openbaarheid niet opweegt tegen het belang van de rechtspleging in een administratief rechtsgeding en de mogelijkheid om een eerlijk proces te krijgen,

Terwijl,

Eerste onderdeel, de verzoekende partij zich in het beroepschrift verweerde tegen de enige uitzonderingsgrond die AWV had opgeworpen, namelijk deze van artikel II 35 3° Bestuursdecreet betreffende het [...] vertrouwelijk karakter van commerciële informatie die zou zijn opgevraagd door verzoekende partij,

Aldus heeft de Beroepsinstantie niet geantwoord op de middelen van verzoekende partij ter weerlegging van deze uitzonderingsgrond en heeft de Beroepsinstantie nagelaten om op dat punt een materieel behoorlijk gemotiveerde beslissing te nemen,

Tegelijk heeft verzoekende partij geen kennis kunnen nemen van het gewijzigde standpunt en [de] nieuwe uitzonderingsgrond die door AWV werd ingeroepen voor de Beroepsinstantie en is hierdoor het fair play[-beginsel], het hoorrecht en het recht op verdediging van verzoekende partij geschonden,

Tweede onderdeel, het motief dat het belang van de wapengelijkheid in de procedure voor [de Raad van State] gekend onder rolnummer AR/231.998/XI-8973 primeert, feitelijke grondslag mist voor wat de opvraging van de documenten onder punt 2) en 3) betreft, nu de documenten waarvan openbaarheid wordt gevraagd niet van aard zijn om tegen AWV [gebruikt te worden], maar tegen een inschrijver die foutieve informatie heeft verschaft in diens offerte, dat de argumenten die de beroepsinstantie inroept niet materieel draagkrachtig zijn,

In ondergeschikte orde blijkt dat bij afweging van het belang van een eerlijk proces ten voordele van de overheid, ten opzichte van een eerlijk proces ten voordele van de burger die zijn recht op eerlijke mededinging wil afdwingen, het principe van de eerlijke mededinging (sic) primeert en de algehele onmogelijkheid om kennis te nemen van [het] vermeende bedrijfsgeheim om de overheid een eerlijk proces te gunnen, in strijd is met de garanties die artikel 9, lid 1, lid 2, a) en b), en lid 3 van de richtlijn 2016/943 biedt, dat met name minstens een beperkt aantal personen de kans moet krijgen om – onder strikte voorwaarden – kennis te nemen van het beweerd bedrijfsgeheim om het debat over de werkelijke aard van het beweerd bedrijfsgeheim tegensprekelijk te kunnen voeren,

Derde onderdeel, de argumenten ingeroepen om de vraag tot openbaarmaking onder punt 4 af te wijzen ongegrond zijn omdat zij feitelijke grondslag missen,

Vierde onderdeel, de argumenten ingeroepen om de vraag tot openbaarmaking onder punt 5 af te wijzen ongegrond zijn, omdat volgens de bepalingen van het bestek, AWV deze documenten had moeten opvragen alvorens de uitvoering van de opdracht te laten starten,

Zodat de bestreden beslissing onwettig is.”

De vier onderdelen van het middel worden hierna achtereenvolgens besproken.

Eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

5. In de toelichting bij het eerste onderdeel benadrukt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing uitsluitend steunt op de uitzonderingsgrond bedoeld in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet. In de voor de Beroepsinstantie bestreden beslissing had AWV zich echter gesteund op de uitzonderingsgrond bedoeld in artikel II.35, 3°, van het Bestuursdecreet, en daartegen heeft de verzoekende partij zich in haar beroepsschrift ook verweerd. Op de terzake ingeroepen middelen antwoordt de bestreden beslissing niet.

Voorts verklaart de verzoekende partij dat zij zich niet heeft kunnen verdedigen tegen het gewijzigde standpunt dat AWV voor de Beroepsinstantie ingenomen heeft, aangezien zij daarover niet geïnformeerd werd.

6. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid van het onderdeel op, in zoverre daarin wordt aangevoerd dat de bestreden beslissing geen antwoord bevat op de middelen van de verzoekende partij, ontwikkeld in haar beroepsschrift voor de Beroepsinstantie, ter weerlegging van de door AWV ingeroepen uitzonderingsgrond bedoeld in artikel II.35, 3°, van het Bestuursdecreet. De verzoekende partij heeft volgens haar geen belang bij het onderdeel. De weigering tot openbaarmaking steunt in de bestreden beslissing op artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet en niet op artikel II.35, 3°. In elk geval wordt de motivering met betrekking tot artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet door de verzoekende partij in het eerste onderdeel niet aangevochten, zodat er van een motiveringsgebrek geen sprake kan zijn. De verwerende partij heeft slechts een motiveringsplicht ten aanzien van de uitzonderingsgronden die ze zelf toepast.

In zoverre in het onderdeel voorts wordt aangevoerd dat de verzoekende partij niet werd geïnformeerd omtrent het gewijzigde standpunt van AWV en de nieuwe uitzonderingsgrond die door AWV voor de Beroepsinstantie werd ingeroepen, wijst de verwerende partij erop dat de Beroepsinstantie alle

relevante documenten kan inzien of opvragen bij de betrokken bestuursinstantie en dat zij kan zich laten informeren door personeelsleden van de betrokken bestuursinstantie, door alle betrokken partijen en door externe deskundigen. Zij voert aan dat er in hoofde van de verzoekende partij geen recht is om te worden gehoord. De Beroepsinstantie heeft wel de mogelijkheid, maar niet de verplichting om alle betrokken partijen te horen. De hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is te dezen dan ook niet van toepassing. In die omstandigheden kan het niet voorzien van een repliekmogelijkheid evenmin als een schending van de zorgvuldigheidsplicht worden beschouwd. Voorts kan via het fair play-beginsel niet bereikt worden dat er toch een vorm van hoorplicht zou bestaan. Het beginsel betreffende het recht van verdediging is ten slotte evenmin van toepassing, aangezien dit in beginsel enkel geldt wanneer een sanctie kan worden opgelegd.

7. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat zij wel degelijk belang heeft bij het eerste onderdeel. Door de aangevoerde schending van bepalingen en beginselen is zij niet gehoord over het nieuwe verweer van AWW. Het feit dat de bestreden beslissing gemotiveerd is, neemt voorts niet weg dat procedurele voorschriften geschonden zijn.

De verzoekende partij voert aan dat de hoorplicht van toepassing is wanneer de tegenpartij nieuwe argumenten inroept. Zij beroept zich op haar fundamenteel recht om kennis te kunnen nemen en te kunnen repliceren op elk nieuw verweer van een tegenpartij. Dit is het hoorrecht dat in elke administratieve beroepsprocedure gerespecteerd moet worden, in het bijzonder in het kader van een georganiseerd administratief beroep.

8. In haar laatste memorie verduidelijkt de verzoekende partij dat zij niet betwist dat de Beroepsinstantie kon steunen op een andere reden of weigeringsgrond dan die welke in eerste aanleg door AWW was ingeroepen. De kern van haar grief bestaat er echter in dat de nieuwe weigeringsgrond nooit aan de verzoekende partij is meegedeeld, en zij daarover nooit gehoord is.

9. In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij dat de verzoekende partij geen aanspraak kon maken op een repliekmogelijkheid voor de

Beroepsinstantie. Er is geen sprake van een normatieve plicht voor een beroepsinstantie om een verzoekende partij te horen alvorens een beslissing te nemen.

Beoordeling

10. Indien de aanvraag tot openbaarmaking wordt geweigerd of indien naar het oordeel van de aanvrager van de openbaarmaking niet afdoende wordt tegemoetgekomen aan zijn verzoek, kan deze het georganiseerd administratief beroep instellen waarin is voorzien door de artikelen II.48 en volgende van het Bestuursdecreet. Door de devolutieve werking van het georganiseerd beroep verwerft de Beroepsinstantie op grond van deze bepaling de beslissingsmacht over de zaak zelf, op dezelfde wijze als de in artikel II.28, § 1, van het voormelde decreet bedoelde overheidsinstanties. Die beslissingsmacht laat de Beroepsinstantie toe om haar beslissing te steunen op een andere reden of weigeringsgrond dan die welke in eerste aanleg door het betrokken bestuur werd ingeroepen.

De mogelijkheid van een substitutie van motieven wordt door de verzoekende partij niet betwist.

11. Bij de bestreden beslissing wordt het verzoek om openbaarmaking afgewezen op grond van de weigeringsgrond bedoeld in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet. De toepassing van die weigeringsgrond wordt in de beslissing uitvoerig gemotiveerd.

Nu de Beroepsinstantie de weigering tot openbaarmaking niet grondt op de weigeringsgrond bedoeld in artikel II.35, 3°, van het Bestuursdecreet, diende zij niet nader in te gaan op de middelen die de verzoekende partij in verband met die weigeringsgrond in haar beroepsschrift had ingeroepen. In zoverre in het middel een schending wordt ingeroepen van de formele motiveringsplicht, gehuldigd in de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, kan het niet worden aangenomen.

In zoverre in het middel een schending wordt aangevoerd van de materiële motiveringsplicht, wordt voorts niet verduidelijkt waarin die schending zou bestaan.

12. De verzoekende partij voert voorts aan dat zij niet in kennis is gesteld van de nieuwe weigeringsgrond, vervat in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet, welke AWW voor de Beroepsinstantie heeft ingeroepen en waarop deze haar beslissing ook gesteund heeft. Zij verwijt aan de bestreden beslissing dat deze genomen werd, zonder dat zij tegen die nieuwe weigeringsgrond haar standpunt heeft kunnen doen gelden.

De procedure voor de Beroepsinstantie wordt geregeld in de artikelen II.48 tot II.51 van het Bestuursdecreet. Het gaat om een georganiseerd administratief beroep waarbij de appellant niet over dezelfde waarborgen beschikt als bij een juridictioneel beroep, dat een contradictoir debat vereist. In de versie die gold tot aan de wijziging bij decreet van 2 juli 2021, versie die te dezen van toepassing is, wordt met name niet bepaald dat de aanvrager kennis moet krijgen van het standpunt van de betrokken overheidsinstantie en daarop moet kunnen repliceren, noch dat hij zijn standpunt moet kunnen doen gelden ten aanzien van een nieuwe weigeringsgrond die door de Beroepsinstantie in overweging wordt genomen. Dit is trouwens evenmin het geval in de thans vigerende versie van de voornoemde decreetsartikelen.

Weliswaar bepaalt artikel II.51, tweede lid, dat de Beroepsinstantie “alle betrokken partijen [kan] horen”. Die bepaling voorziet echter enkel in een mogelijkheid, niet in een verplichting voor de Beroepsinstantie om de betrokken partijen te horen.

Voorts voert de verwerende partij terecht aan dat het algemeen beginsel van het recht van verdediging in beginsel slechts van toepassing is in straf- en tuchtzaken. De procedure voor de Beroepsinstantie valt daar niet onder.

Te onderscheiden van het recht van verdediging is de hoorplicht.

Als beginsel van behoorlijk bestuur houdt de hoorplicht in dat in beginsel tegen

niemand een ernstige maatregel kan worden genomen die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder dat hem vooraf de gelegenheid wordt geboden om zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen. De hoorplicht is onder meer van toepassing wanneer het bestuur een voordeel weigert dat de belangen van de aanvrager aanmerkelijk kan beïnvloeden. In een dergelijk geval is in beginsel aan de hoorplicht voldaan doordat de aanvrager in zijn aanvraag alle nuttige elementen kan laten gelden.

Het is te dezen niet nodig om een standpunt in te nemen ten aanzien van de toepasselijkheid van de hoorplicht. Gesteld dat dit zo is, volstaat het dat het bestuur weet welk standpunt de betrokkene inneemt. Te dezen is de verzoekende partij in haar beroepschrift van 6 maart 2021 weliswaar uitvoerig ingegaan op de motieven van AWV in haar beslissing van 4 februari 2021, waarbij deze de aanvraag tot openbaarmaking afwees op grond van artikel II.35, 3°, van het Bestuursdecreet. De verzoekende partij nam echter ook de voorzorg om in haar beroepschrift aan te voeren dat AWV zich niet zou kunnen beroepen op de weigeringsgrond bedoeld in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet. Hoewel dat deel van haar beroepschrift aanmerkelijk minder uitgewerkt is dan het deel over de toepassing van artikel II.35, 3°, blijkt daaruit toch duidelijk om welke redenen de verzoekende partij van oordeel was dat artikel II.35, 4°, geen verantwoording kon bieden voor het weigeren van de openbaarheid.

In die omstandigheden mocht de Beroepsinstantie van oordeel zijn dat zij over de toepassing van artikel II.35, 4°, een beslissing kon nemen, zonder dat het nodig was om de verzoekende partij de gelegenheid te geven om daarover nogmaals een standpunt in te nemen.

13. Het eerste onderdeel kan niet aangenomen worden.

Tweede onderdeel

Standpunt van de partijen

14. In de toelichting bij het tweede onderdeel benadrukt de verzoekende partij dat de documenten waarvan ze de openbaarmaking vroeg onder punten 2 en 3 van haar aanvraag, betrekking hebben op informatie die niet tegen AWW, maar tegen D.G. kan worden gebruikt. Het motief van de wapengelijkheid in hoofde van AWW mist dan ook feitelijke grondslag. Voorts vormt het argument dat de verzoekende partij zich al tot de Raad van State gewend heeft om de gunning van de opdracht te betwisten, zonder kennis van de inhoud van de gevraagde documenten, geen uitzonderingsgrond die in het Bestuursdecreet wordt vermeld. Dit feitelijk gegeven kan dan ook niet worden aangewend om haar aanvraag te verwerpen.

Volgens de verzoekende partij is er minstens geen behoorlijke afweging gemaakt tussen de schade die zij oploopt doordat de openbaarmaking wordt geweigerd, enerzijds, en de schade die de verwerende partij oploopt doordat een valabel argument tegen haar in rechte zou kunnen worden gebruikt, anderzijds. Het recht om de toegang tot een onderdeel van een offerte te weigeren, waardoor objectieve en openbare informatie die beschikbaar is via de gepubliceerde jaarrekeningen niet kan worden getoetst, mag door de verwerende partij niet worden misbruikt om de eerlijke rechtsgang in het voordeel van de verzoekende partij te beletten. De Beroepsinstantie mag zich ook niet steunen op argumenten die de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord in het kader van het rechtsgeding voor de Raad van State heeft aangevoerd, maar moet haar beslissing steunen op eigen overwegingen, die enkel en alleen de afweging van de omvang van de geschade belangen moeten betreffen.

De verzoekende partij voert ten slotte aan dat in de afweging van het belang van de overheid bij een eerlijk proces tegenover het belang van een burger die zijn recht op eerlijke mededinging wil afdwingen, het principe van de eerlijke mededinging, dat van openbare orde is, moet primeren.

Onder verwijzing naar de overwegingen 25 en 34 van richtlijn 2016/943 vraagt de verzoekende partij aan de Raad van State om aan een beperkt aantal vertegenwoordigers van de verzoekende partij inzage te verlenen in de opgevraagde stukken, desgevallend vergezeld van maatregelen om de verspreiding van de beweerde bedrijfsgeheimen te voorkomen.

15. In haar memorie van antwoord voert de verwerende partij vooreerst aan dat het argument in de bestreden beslissing dat de documenten verband houden met een bestaand rechtsgeding en tegen een bestuursinstantie kunnen worden aangewend, wel degelijk gegrond is. De verzoekende partij heeft in de hangende procedure voor de Raad van State immers om de opheffing van de vertrouwelijke behandeling van de stukken gevraagd met de intentie om deze te gebruiken tegen de gunningsbeslissing van AWV Oost-Vlaanderen. De vaststelling in de bestreden beslissing dat de stukken aldus gebruikt kunnen worden tegen AWV is correct.

De verwerende partij wijst er voorts op dat het argument dat de verzoekende partij zich eerder tot de Raad van State wendde om de gunning te betwisten zonder kennis van de inhoud van de documenten, niet als een uitzonderingsgrond op zich wordt gebruikt. Het gaat enkel om een feitelijk element binnen de belangenafweging.

De kritiek van de verzoekende partij dat “de afweging niet draagkrachtig zou zijn” is onduidelijk. Er wordt niet toegelicht waarom de motieven van de bestreden beslissing niet draagkrachtig zouden zijn.

In zoverre de verzoekende partij aan de bestreden beslissing verwijt dat ze steunt op elementen uit haar memorie van wederantwoord in de annulatieprocedure tegen de gunningsbeslissing, antwoordt de verwerende partij dat de Beroepsinstantie mag steunen op alle relevante documenten. Haar verwijzing naar de memorie van wederantwoord in de annulatieprocedure tegen de gunningsbeslissing maakt deel uit van de correcte feitenvinding waartoe zij gehouden is.

Ten slotte ontgaat het de verwerende partij wat de relevantie is van artikel 9 van richtlijn 2016/943 en de daarmee verband houdende overwegingen van de richtlijn. Artikel 9 heeft betrekking op documenten die bedrijfsgeheimen bevatten, en houdt geen verband met de motieven van de bestreden beslissing om de openbaarheid te weigeren.

16. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat zij in het middel aanvoert dat de Beroepsinstantie geen draagkrachtige motivering geeft die zou staven dat de balans in het voordeel van AWV moet doorslaan.

Zij herhaalt ook dat openbaarmaking van de gevraagde informatie noodzakelijk is opdat zij zou kunnen aantonen dat de besluitvorming van AWV in strijd is met de realiteit, meer in het bijzonder met de werkelijke inhoud van de offerte van D.G. De mogelijkheid om een eerlijk proces te krijgen wordt niet geschaad door alle stukken waarop het besluitvormingsproces van AWV is gesteund, openbaar te maken. Integendeel, het is nodig om alle gegevens aan het licht te brengen opdat alle partijen een eerlijk proces kunnen genieten.

17. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat het recht van AWV op wapengelijkheid niet geschonden wordt door het openbaar maken van de gevraagde documenten. Die documenten bevatten “objectieve en niet-vertrouwelijke informatie” uit de offerte van een inschrijver. De wapengelijkheid zou in het gedrang kunnen komen als bijvoorbeeld de openbaarmaking gevraagd zou worden van een intern document in verband met de beoogde verdedigingsstrategie van AWV. Dat is niet het geval wanneer het gaat om de stukken zelf die door een inschrijver aan de beoordeling van AWV waren voorgelegd met het oog op de verwerving van een opdracht. Het wezen zelf van de wapengelijkheid in een rechtsgeding betekent dat beide partijen over dezelfde informatie en dezelfde stukken beschikken om daarop hun argumentatie te steunen betreffende de wettigheid of onwettigheid van een overheidsbeoordeling en een gunningsbeslissing.

Door de openbaarheid van de gevraagde stukken te weigeren wordt het recht van de verzoekende partij op wapengelijkheid geschonden. Er kan toch geen sprake zijn van een eerlijk geding voor de Raad van State, wanneer een partij essentiële stukken voor de beoordeling in rechte niet aan de tegenpartij moet meedelen, en die tegenpartij dus geen verweer kan voeren op basis van de concrete inhoud van de stukken waarop de bestreden gunningsbeslissing was gesteund.

De verzoekende partij gaat ook opnieuw in op het argument van de Beroepsinstantie dat het belang van de openbaarheid niet zo groot is aangezien de verzoekende partij bij de Raad van State een annulatieberoep heeft ingesteld zonder kennis van de stukken waarvan zij de openbaarmaking vraagt. De korte termijn van 60 kalenderdagen voor het instellen van een beroep laat niet toe om procedures te voeren omtrent openbaarheid. De Beroepsinstantie kan haar rechtsplicht om te oordelen over de gevraagde openbaarheid niet terzijde schuiven op grond dat de Raad van State over een vergelijkbare vraag zou moeten oordelen in het kader van een ander geschil. De beide procedures staan los van elkaar. Wat in de hangende procedure voor de Raad van State aan openbaarheid verkregen zou kunnen worden, is geen reden om de openbaarheid in het kader van het litigieuze administratief beroep te weigeren.

18. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat in de bestreden beslissing *in concreto* wordt vastgesteld dat de openbaarmaking van de gevraagde documenten schade kan toebrengen aan het recht van AWV op wapengelijkheid.

De verwerende partij herhaalt voorts dat de Beroepsinstantie een concrete belangenafweging maakt tussen het belang van de openbaarmaking en het belang van AWV dat door openbaarmaking geschaad zou worden. De Beroepsinstantie wijst op het feit dat de verzoekende partij zich reeds tot de Raad van State heeft gewend zonder de inhoud van de gevraagde documenten te kennen, en op het feit dat de verzoekende partij in die procedure ook nog eens de opheffing van de vertrouwelijkheid van deze documenten heeft gevraagd. Dit zijn concrete feitelijke elementen die de Beroepsinstantie in haar belangenafweging kon

betrekken om de omvang van de schade aan het recht van de verzoekende partij op een eerlijk proces te beoordelen.

Beoordeling

19. Het tweede onderdeel is gericht tegen de beslissing waarbij de openbaarmaking wordt geweigerd van de stukken gevraagd onder de punten 2 en 3 van de oorspronkelijke aanvraag. Het gaat om de bijlagen 4.5 en 4.6 bij de offerte die D.G. bij AWV heeft ingediend.

20. De Beroepsinstantie wijst de openbaarheid te dezen af op grond van de weigeringsgrond vervat in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet. Volgens die bepaling wijzen de in artikel II.28 van het decreet genoemde instanties een aanvraag tot openbaarmaking af “als ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van [het volgende belang]: [...] 4° de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid om een eerlijk proces te krijgen”.

Volgens de Beroepsinstantie wil de weigeringsgrond bepaald in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet “het eerlijk verloop van de rechtspleging” vrijwaren, en is een essentieel onderdeel van het eerlijk proces het beginsel van de wapengelijkheid. Dat beginsel verzet zich volgens de Beroepsinstantie tegen een regeling waarbij de ene partij verplicht kan worden om een voor haar nadelig stuk in het gerechtelijk debat te brengen, terwijl de andere partij zou kunnen kiezen om enkel die stukken kenbaar te maken die haar standpunt ondersteunen.

Die interpretatie van artikel II.35, 4°, strookt met de bedoeling van de wetgever. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot het Bestuursdecreet wordt immers gesteld dat de in die bepaling vervatte weigeringsgrond “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” (*Parl. St.* VI. Parl. 2017-2018, nr. 1656/1, 63).

21. De openbaarmaking kan op grond van één van de weigeringsgronden bedoeld in artikel II.35 van het Bestuursdecreet slechts worden afgewezen indien het daarbij beschermde belang door de openbaarmaking zou worden aangetast én er wordt vastgesteld dat het algemeen belang van de openbaarheid niet opweegt tegen het beschermde belang. De beoordeling en de belangenafweging moeten blijken uit de motivering in de bestreden beslissing zelf of minstens uit de stukken van het administratief dossier.

Het komt de Raad van State niet toe om in de plaats van de Beroepsinstantie een eigen afweging te maken. Hij mag desgevraagd wel nagaan of diens beslissing op in rechte en in feite aanvaardbare motieven is gesteund en of deze voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek, en of deze beoordeling binnen de perken van de redelijkheid blijft.

22. Te dezen gaat de Beroepsinstantie in de eerste plaats na of de openbaarmaking van de litigieuze bijlagen bij de offerte van D.G. de belangen van AWV zou schaden.

Zij stelt vast dat het door de verzoekende partij ingestelde annulatieberoep gericht tegen de door AWV genomen gunningsbeslissing (zaak A. 231.998) voor een groot deel gebaseerd is op het argument dat AWV op het ogenblik van de selectie niet afdoende heeft nagegaan of de inschrijver D.G. effectief voldeed aan de selectiecriteria in verband met de technische draagkracht, meer specifiek in verband met het beschikbare personeel en de beschikbare voertuigen. Zij stelt ook vast dat de verzoekende partij in die procedure haar stelling nog meer wil onderbouwen aan de hand van de opgevraagde documenten. Deze vaststellingen vinden steun in het verzoekschrift en de overige stukken die de verzoekende partij heeft ingediend in zaak A. 231.998, welke de AWV aan de Beroepsinstantie heeft bezorgd. Op zich worden die vaststellingen door de verzoekende partij ook niet betwist.

Uit de voornoemde vaststellingen leidt de Beroepsinstantie af dat de verzoekende partij de bedoeling heeft om de opgevraagde documenten aan te wenden in haar voordeel “en bijgevolg in het nadeel van de tegenpartij, AWV”.

Daardoor zou “het belang van AWV, met name de wapengelijkheid, effectief [...] geschaad worden”, aangezien het openbaar maken van de gevraagde stukken “mogelijks een groter risico op een negatieve uitspraak van de Raad van State voor AWV zou kunnen opleveren”.

Anders dan de verzoekende partij aanvoert, sluit het feit dat de documenten betrekking hebben op informatie verschaft door een inschrijver in het kader van zijn offerte voor een overheidsopdracht, niet uit dat die documenten aangewend kunnen worden ten nadele van de aanbestedende overheid, in dit geval AWV.

De verwerende partij heeft aldus *in concreto* vastgesteld dat de openbaarmaking van de gevraagde documenten schade kan toebrengen aan het recht van AWV op wapengelijkheid in haar geschil met de verzoekende partij. De omstandigheid dat ook de verzoekende partij in dat geschil recht heeft op wapengelijkheid, doet aan die vaststelling geen afbreuk.

23. Vervolgens gaat de Beroepsinstantie na “of het belang van de openbaarheid niet groter is dan het belang van AWV dat door de openbaarmaking [geschaad] zou worden”.

23.1. In dit verband erkent de Beroepsinstantie het belang van de verzoekende partij om door middel van inzage in de bijlagen bij de offerte van D.G. in te schatten of er afdoende gronden zijn om in beroep te gaan tegen de beslissing van AWV. Zij stelt echter vast dat de verzoekende partij zich reeds tot de Raad van State heeft gewend zonder dat zij de inhoud van de gevraagde documenten kende. Daaruit leidt de Beroepsinstantie af dat de verzoekende partij “deze documenten niet absoluut nodig meende te hebben om te kunnen inschatten of zij zich nuttig tot de Raad van State kon wenden”, en dat het belang gediend door de openbaarheid van de documenten “niet dermate groot [is] dat het boven het belang van AWV op wapengelijkheid in de hangende procedure gaat”.

De Raad van State betwijfelt of dit argument volstaat om de aanvraag tot openbaarmaking af te wijzen. Het is immers niet enkel met het oog op

ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.260.323 XII-9097-23/31

het al dan niet instellen van het beroep dat kennisname van de betrokken documenten voor de verzoekende partij nuttig zou zijn. Het gaat ook, meer algemeen, om de mogelijkheid voor haar om in de stukken van het dossier argumenten te putten tot staving van de ingeroepen grief dat de door AWW in de bestreden gunningsbeslissing gegeven motieven ter verantwoording van de selectie van D.G. geen steun vinden in de offerte van die inschrijver.

In het kader van het voorliggende geding acht de Raad van State het evenwel niet nodig om nader op deze kwestie in te gaan.

23.2. De Beroepsinstantie overweegt in het kader van de afweging van de respectieve belangen immers ook dat de verzoekende partij in de betrokken annulatieprocedure de opheffing van de vertrouwelijkheid van de litigieuze documenten gevraagd heeft, en dat de Raad van State zich nog zal uitspreken over deze vraag.

In de specifieke omstandigheden van de zaak was het niet onredelijk voor de Beroepsinstantie om te verwijzen naar de beoordeling die de Raad van State nog zou moeten maken. Het verzoek tot openbaarmaking van bepaalde bijlagen bij de offerte van de gekozen inschrijver had immers, zoals de Beroepsinstantie vaststelde, specifiek te maken met het bij de Raad van State hangende beroep tegen de gunningsbeslissing. Bovendien neemt de vertrouwelijkheid in geschillen inzake overheidsopdrachten een bijzondere plaats in, gelet op de vertrouwelijkheidsplicht die op de aanbestedende overheid en de Raad van State rust (artikel 13, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en artikel 26 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’).

De door de Beroepsinstantie gedane afweging van belangen steunt aldus op concrete feiten. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat de beoordeling op een onzorgvuldige wijze is gebeurd, noch dat ze onredelijk is.

24. In zoverre de verzoekende partij de Raad van State verzoekt om aan een beperkt aantal van haar vertegenwoordigers inzage te verlenen in de opgevraagde stukken, volstaat het op te merken dat de Raad van State in de voorliggende zaak enkel de wettigheid van de bestreden beslissing beoordeelt, en dat hij niet, in de plaats van de bevoegde overheidsinstantie, maatregelen in verband met de toegang tot de betrokken stukken kan nemen.

Daargelaten of artikel 9 van richtlijn 2016/943 te dezen van toepassing is en directe werking heeft, kan het beroep daarop niet leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing.

25. Het tweede onderdeel kan niet aangenomen worden.

Derde onderdeel

Standpunt van de partijen

26. In verband met het derde onderdeel licht de verzoekende partij toe dat D.G. volgens het bestek voorafgaand aan het opstarten van de uitvoering van de opdracht het bewijs diende te leveren over het vereiste rollend materieel te beschikken. Deze bewijsstukken dienden voorgelegd te worden op datum van de eerste opstart, dit is op 15 december 2020. Het argument dat AWW deze attesten laattijdig heeft opgesteld, met name pas op 17 maart 2021, is dan ook geen valabele reden om de overlegging van die stukken te weigeren. Op datum van de uitspraak van de Beroepsinstantie waren deze documenten beschikbaar, zodat de Beroepsinstantie de openbaarmaking en de overlegging ervan diende te bevelen.

27. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid van het onderdeel op, afgeleid uit een gebrek aan belang. De weigering tot openbaarmaking steunt in de bestreden beslissing immers niet op de bekritiseerde vaststelling dat de documenten ten tijde van het initiële openbaarheidsverzoek niet bestonden. De weigering steunt op de weigeringsgrond bedoeld in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet, en dit motief wordt in dit onderdeel niet aangevochten.

De verwerende partij voegt hieraan toe dat het onderdeel uitgaat van een verkeerde lezing van de bestreden beslissing.

28. In haar memorie van wederantwoord volhardt de verzoekende partij in haar grief. Zij laat het aan de Raad van State over om te oordelen of zij de bestreden beslissing verkeerd heeft begrepen.

29. In hun laatste memories brengen de partijen geen nieuwe elementen aan.

Beoordeling

30. Het derde onderdeel is gericht tegen de beslissing waarbij de openbaarmaking wordt geweigerd van de stukken gevraagd onder punt 4 van de oorspronkelijke aanvraag. Het gaat om documenten in verband met de keuring door AWW van de takelvoertuigen die D.G. voor de uitvoering van de overheidsopdracht zou inzetten.

31. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert, vormt het feit dat de betrokken documenten nog niet bestonden op het ogenblik van de aanvraag tot openbaarmaking niet het motief op grond waarvan de Beroepsinstantie beslist om het beroep op dit punt af te wijzen. Uit de bestreden beslissing blijkt immers dat de Beroepsinstantie, “gelet op het devolutieve karakter van het beroep”, zelf onderzoekt of de betrokken documenten, die inmiddels opgemaakt zijn, openbaar gemaakt dienen te worden. Zij overweegt vervolgens, “volgens dezelfde redenering als [...] bij punt 4.1 [...], dat deze keuringsattesten ook vallen onder de uitzonderingsgrond van artikel II. 34 4° Bestuursdecreet”, en beslist dat de openbaarmaking op grond van die bepaling niet toegestaan wordt.

Zoals terecht aangevoerd door de verwerende partij, gaat het onderdeel bijgevolg uit van een verkeerde lezing van de bestreden beslissing.

32. Het derde onderdeel mist feitelijke grondslag.

Vierde onderdeel

Standpunt van de partijen

33. In verband met het vierde onderdeel licht de verzoekende partij toe dat D.G. volgens het bestek voorafgaand aan het opstarten van de uitvoering van de opdracht het bewijs diende te leveren over het vereiste personeel te beschikken. Ook deze bewijsstukken dienden voorgelegd te worden op datum van de eerste opstart, dit is op 15 december 2020. Het argument dat AWW heeft nagelaten deze bewijsstukken op te vragen, is geen valabele reden om de overlegging ervan te weigeren. Op datum van de uitspraak van de Beroepsinstantie kon AWW deze documenten al lang hebben opgevraagd bij D.G. Het was overigens haar plicht om dat te doen. Het verzuim dienaangaande van AWW kan voor de Beroepsinstantie geen reden zijn om de openbaarmaking niet te bevelen.

34. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij opnieuw een exceptie van onontvankelijkheid van het onderdeel op, afgeleid uit een gebrek aan belang. Volgens haar betwist de verzoekende partij niet de overweging in de bestreden beslissing volgens welke de gevraagde documenten niet in het bezit zijn van AWW, en derhalve geen bestuursdocumenten in de zin van artikel I.4, 3°, van het Bestuursdecreet zijn.

In elk geval is de vaststelling dat AWW de betreffende documenten niet in haar bezit heeft, een correcte feitelijke vaststelling. Dit feitelijk gegeven vormt een afdoend motief om te oordelen dat de documenten geen bestuursdocumenten zijn en dat het beroep op dit punt om die reden dient te worden afgewezen.

35. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat het belang bij een middel samenhangt met het nadeel dat een partij heeft geleden en niet met de vraag of zij een ander middel had moeten opwerpen.

Voorts meent zij dat op het ogenblik van de behandeling van het beroep de gevraagde stukken zich gematerialiseerd hadden, zodat kon bevolen worden om ze over te maken.

36. In haar laatste memorie herhaalt de verzoekende partij dat de gevraagde stukken zich op het ogenblik van de behandeling van het beroep gematerialiseerd hadden.

37. In haar laatste memorie herhaalt de verwerende partij haar verweer zoals uiteengezet in de memorie van antwoord.

Beoordeling

38. Het vierde onderdeel is gericht tegen de beslissing waarbij de openbaarmaking wordt geweigerd van de stukken gevraagd onder punt 5 van de oorspronkelijke aanvraag. Het gaat om documenten in verband met de bekwaamheid van het personeel dat D.G. voor de uitvoering van de overheidsopdracht zou inzetten.

39. In de bestreden beslissing wordt met betrekking tot die documenten onder meer overwogen, op grond van de toelichting verstrekt door AWV, dat deze niet in het bezit daarvan is. Uit niets blijkt dat die vaststelling feitelijk onjuist zou zijn.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat AWV de plicht had om de betrokken documenten bij D.G. op te vragen, gaat zij eraan voorbij dat het beroep bij de Beroepsinstantie enkel betrekking heeft op de vraag of de openbaarmaking van bestaande documenten al dan niet geweigerd moet worden. De vraag of de betrokken overheidsinstantie verplicht is om bepaalde documenten, die niet in haar bezit zijn, bij derden op te vragen, en zo ja, of zij aan die verplichting heeft voldaan, is vreemd aan het voorwerp van die beroepsprocedure.

De vaststelling dat AWV niet in het bezit was van de betrokken documenten volstond voor de Beroepsinstantie om te overwegen dat van

onbestaande documenten geen afschrift verleend kan worden en om het beroep op dit punt om die reden ongegrond te verklaren.

40. Het vierde onderdeel kan niet aangenomen worden.

Tweede middel

Standpunt van de partijen

41. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen II.31 en II.35, 3°, van het Bestuursdecreet.

Zij merkt op dat de Beroepsinstantie niet antwoordt op de argumenten die zij in haar beroepschrift heeft aangehaald tot staving van haar stelling dat de opgevraagde stukken niet onder de uitzonderingsgrond van artikel II.35, 3°, van het Bestuursdecreet vallen. Volgens haar zijn die argumenten wel degelijk gegrond.

In de toelichting voert zij aan dat een aantal van de gevraagde gegevens niet van aard zijn om de economische belangen van D.G. te raken, en dat voor de andere gegevens het belang van de verzoekende partij primeert op dat van D.G.

Ten overvloede voert zij aan dat de motieven waarop AWW steunt om de litigieuze stukken vertrouwelijk te houden, welke verband houden met de bescherming van commerciële en industriële informatie, niet draagkrachtig zijn.

42. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van het middel op, afgeleid uit een gebrek aan belang. Zij voert aan dat de bestreden beslissing steunt op artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet, niet op artikel II.35, 3°.

Ten gronde voert de verwerende partij aan dat er geen sprake is van een motiveringsgebrek. De beslissing is gemotiveerd, en die motieven worden in het tweede middel niet bestreden.

Beoordeling

43. Zoals uit de bespreking van het eerste onderdeel van het eerste middel is gebleken, steunt de bestreden beslissing op de weigeringsgrond vervat in artikel II.35, 4°, van het Bestuursdecreet. Aldus heeft de Beroepsinstantie de weigeringsgrond waarop AWV in haar beslissing van 6 maart 2021 steunt, met name die welke vervat is in artikel II.35, 3°, van het Bestuursdecreet, door een andere grond vervangen.

Met het middel beoogt de verzoekende partij in hoofdorde aan te tonen dat artikel II.35, 3°, van het Bestuursdecreet te dezen geen verantwoording kan bieden voor het weigeren van de gevraagde openbaarheid. Het middel bevat daarnaast ook kritiek op de toepassing die AWV van die bepaling gemaakt heeft.

Nu de Beroepsinstantie geen toepassing maakt van die bepaling, en haar beslissing integendeel gegrond is op een weigeringsmotief dat die beslissing kan dragen, heeft de verzoekende partij geen belang bij het middel. De exceptie is gegrond.

44. Het middel is onontvankelijk.

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 een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op achtentwintig juni tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens