



# Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten

*Afdeling openbaarheid van bestuur*

14 januari 2013

ADVIES 2013-3

met betrekking tot de weigering om toegang te verlenen tot het beschrijvend document met betrekking tot de concurrentiegerichte dialoog voor de eerste schijf van het Neo-project

(CTB/2012/105)

## 1. Een overzicht

Bij aangetekende brief van 28 september 2012 vragen de heer Joost Boquet en de heer Peter Flamey, namens Uplace NV om een kopie van het gemeenteraadsbesluit van de stad Brussel van 24 september 2012 houdende goedkeuring van het beschrijvend document met betrekking tot de concurrentiegerichte dialoog voor de eerste schijf van het Neo-project.

Bij brief van 25 oktober 2012 ontvangen de aanvragers een kopie van het volledige verslag van de gemeenteraadsvergadering van 24 september 2012, maar wordt geweigerd om de beslissing zelf over te maken op grond van volgende redenen:

1. De beslissing van de gemeenteraad van 24 september is een rechtshandeling die moet worden goedgekeurd door de Regering van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest op basis van artikel 13 van de ordonnantie van 14 mei 1998 houdende de regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Deze administratieve rechtshandeling zal dus niet definitief zijn tot op het ogenblik van hetzij de goedkeuring door het toezichthoudend bestuur, hetzij het verstrijken van de termijn om deze goedkeuring te geven. Intussen kan dit document niet worden bekendgemaakt aangezien er dan een risico bestaat op verwarring of misvatting over de aard en het toepassingsgebied van deze rechtshandeling (artikel 7,1° van de wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten).
2. De notulen houdende goedkeuring door de gemeenteraad van de opdrachtdocumenten kunnen, op basis van artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor werken, leveringen en diensten, niet worden vrijgegeven aan een derde voor het einde van de gunningsprocedure.

Omdat zij het niet eens zijn met dit standpunt, dienen de heren Boquet en Flamey bij aangetekende brief van 11 december 2012 een verzoek tot heroverweging in bij de stad Brussel. Bij aangetekende brief van 12 december 2012 verzoeken zij de Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten, afdeling openbaarheid van bestuur om een advies. Beide brieven werden op 12 december 2012 verstuurd

zoals blijkt uit de door het secretariaat van de Commissie opgevraagde verzendingsdocumenten.

## **2. De ontvankelijkheid van de adviesaanvraag**

De Commissie stelt vast dat het verzoek om advies ontvankelijk is aangezien het tegelijkertijd met het verzoek tot heroverweging, is ingediend, zoals artikel 9, § 1 van de wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten voorschrijft.

## **3. De gegrondheid van de adviesaanvraag**

De Commissie is van mening dat de stad Brussel ten onrechte artikel 7, 1° van de wet van 12 november 1997 inroept. Dat artikel bepaalt dat een gemeentelijke administratieve overheid een aanvraag om mededeling in afschrift van een bestuursdocument mag afwijzen in de mate de aanvraag een bestuursdocument betreft waarvan de openbaarmaking, om reden dat het document niet af of onvolledig zou zijn, tot misvatting aanleiding zou kunnen geven. Er kan immers niet worden beweerd dat het gevraagde bestuursdocument niet afgewerkt zou zijn. Het feit dat de gemeenteraad zijn goedkeuring heeft verleend, heeft immers onmiskenbaar tot gevolg dat het besluit als afgewerkt dient te worden beschouwd. Het is immers niet vereist om van een afgewerkt bestuursdocument te spreken dat het bestuursdocument al juridische gevolgen met zich meebrengt. Het feit dat het besluit op het niveau van de stad Brussel genomen is, heeft tot gevolg dat het niet meer als een onafgewerkt of onvolledig bestuursdocument kan worden gekwalificeerd. Een bijkomend element wat wijst op het afgewerkte karakter, is het feit dat het document het stedelijk niveau verlaat om voorgelegd te worden aan de toezichhoudende overheid. Aangezien voor het inroepen van artikel 7, 1° van de wet van 12 november 1997 vereist is dat cumulatief aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk dat naast het onafgewerkt of onvolledig zijn, deze onafgewerktheid of onvolledigheid van het bestuursdocument bovendien aanleiding tot misvatting geeft, is het niet voldaan zijn aan één van beide vereisten voldoende om deze uitzonderingsgrond niet rechtsgeldig te kunnen inroepen.

Verder roept de stad Brussel artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor werken, leveringen en diensten in. Deze bepaling luidt als volgt:

“§ 1. Bepaalde gegevens mogen evenwel niet worden medegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadeling zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

§ 2. De aanbestedende instantie en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van het plaatsen van de uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt, mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.

Zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de procedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende instantie.”

Al moet worden erkend dat artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 een bijzondere regeling bevat voor welbepaalde documenten die op overheidsopdrachten betrekking hebben, toch moet de bepaling worden gelezen in het licht van artikel 32 van de Grondwet. Artikel 32 van de Grondwet gaat ervan uit dat alle bestuursdocumenten in principe openbaar zijn. Bijgevolg moeten beperkingen op dit beginsel restrictief worden geïnterpreteerd.

Bovendien moet voor ogen worden gehouden dat het doel van de bijzondere bepalingen met betrekking tot de toegang tot bepaalde

informatie over overheidsopdrachten, net een ruimere toegang beoogt te verzekeren voor kandidaten en inschrijvers van een overheidsopdracht dan de algemene openbaarheidswetgeving garandeert (zie richtlijn 2007/66EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/33G en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten)..

De bijzondere regeling van artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 die de toegang beperkt zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen over de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht geldt slechts ten aanzien van de toegang tot documenten betreffende de procedure. Wat daaronder moet worden verstaan blijkt uit het artikel zelf: het gaat om de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende instantie. Er moet dan ook worden nagegaan of het besluit waarvan de toegang wordt gevraagd, als één van deze documenten kan worden gekwalificeerd. Het besluit van 24 september 2012 vormt een beschrijvend document met betrekking tot de concurrentiegerichte dialoog voor de eerste schijf van het Neo-project. Volgens het verslag van de gemeenteraad van 24 september 2012 moet dit document als een bestek worden beschouwd, zij het niet als een "klassiek" bestek, omdat het beschrijvend document meer manoeuvreerruimte biedt. De Commissie is van mening dat de aard van het gevraagde document niet valt onder de documenten die worden vermeld in artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993, waarvoor geldt dat de openbaarmaking slechts mogelijk is dan wanneer een beslissing is genomen. Bovendien geldt de bijzondere regeling slechts voor zover er geen beslissing is genomen over bepaalde stappen in een procedure inzake overheidsopdrachten. Het besluit van 24 september 2012 houdt wel degelijk een beslissing in, zodat ook om die reden de openbaarmaking niet kan worden geweigerd op grond van artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993.

De Commissie is bijgevolg van mening dat de motieven die de stad Brussel inroept geen gronden vormen om de openbaarmaking van het gevraagde document te weigeren. Voor zover de stad Brussel dan ook geen andere uitzonderingsgronden inroept en het invoeren ervan behoorlijk en in concreto motiveert, is ze ertoe gehouden het gevraagde bestuursdocument openbaar te maken.

Brussel, 14 januari 2013.

F. SCHRAM  
secretaris

J. BAERT  
voorzitter