

**Gewestelijke Commissie voor de Toegang tot de Bestuursdocumenten van het
Brussels Hoofdstedelijk Gewest**

Advies nr. 073/13 inzake de toegang tot het gunningsdossier AB-2012 – n.v. VAN HOOL / MIVB

1. Context

1. Op 26 juni 2013 stelt de MIVB de n.v. VAN HOOL (hierna: verzoekende partij) in kennis van haar gemotiveerde beslissing van 25 juni 2013 de gunning van de overheidsopdracht AB-2012 (bestelling van standaard en gelede bussen) toe te wijzen aan EVOBUS BELGIUM n.v.¹.

2. Verzoekende partij verzocht, via zijn advocaat, bij aangetekende brief van 9 juli 2013 de MIVB op grond van de Ordonnantie van 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna: de Ordonnantie) om toegang tot het administratief gunningsdossier en meer bijzonder tot het uitvoeriger gunningsverslag waarin de meer gedetailleerde punten worden toegekend voor de ingediende offertes. Zij voegde hieraan toe dat dergelijk document moet voorhanden zijn aangezien de gunningsbeslissing enkel de geconsolideerde punten bevat.

3. Op 7 augustus 2013 antwoordde de MIVB dat zij bereid was binnen de wettelijke limieten toegang te verschaffen, maar om praktische redenen niet meteen aan het verzoek kon voldoen en zij bijgevolg artikel 14 van de Ordonnantie inriep om een verlenging van de antwoordtermijn met 15 dagen toe te passen.

4. Op 22 augustus 2013 stelt de MIVB aan verzoekende partij een aantal data voor teneinde het dossier te consulteren. Uit geen enkel stuk blijkt dat verzoekende partij hierop zou zijn ingegaan.

5. Op 28 augustus 2013 wordt per email de beoordelingsmatrix aan verzoekende partij overgemaakt². Verzoekende partij richt op 2 september 2013 een verzoek tot heroverweging aan de MIVB aangezien zij, doordat de scores van de andere kandidaten zijn weggelaten, niet begrijpt hoe haar offerte werd geëvalueerd ten opzichte van het lastenboek en de offertes van de andere aanbidders.

6. De MIVB heeft op 9 september 2013 geantwoord als volgt:

(...) De MIVB kan echter niet ingaan op uw verzoek om redenen van het uit de aard van de zaak vertrouwelijke karakter van de ondernemings-en fabricagegegevens die aan de MIVB

1 De gunningsbeslissing van 25 juni 2013 werd niet aan de Commissie overgemaakt, maar is weergegeven in het arrest van de Raad van State van 6 augustus 2013 (nr. 224.462).

2 Verzoekende partij voert aan dat in deze beoordelingsmatrix alle gegevens m.b.t. de andere kandidaten zwart zijn gemaakt terwijl deze gegevens scores betreffen die de aanbestedende overheid aan de offertes van de kandidaten heeft toegekend op basis van objectieve gegevens zoals afmetingen, gegevens in verband met verbruik, tijdsmetingen enz. Deze scores zouden bijgevolg slechts een beoordeling door de aanbestedende overheid vormen en niet onder de noemer van de bedrijfsgeheimen in de zin van art. 10, 7° van de Ordonnantie vallen (zie p. 2. van het beroepsschrift).

door de onderscheiden kandidaten werden meegedeeld, waarbij zij de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument dient af te wijzen (art. 10 § 1, 7° van de Ordonnantie van 30 maart 1995).

Het is immers zo dat bepaalde vertrouwelijke technische gegevens van andere kandidaten uit de matrix zouden kunnen afgeleid worden. Deze gegevens zijn trouwens niet relevant voor uw cliënte, gelet op de hangende procedure voor de Raad van State en op de bepalingen van art. 65/10 in fine van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Tenslotte is de MIVB van oordeel dat uw vraag onredelijk is (art. 10 § 3, 3° van de Ordonnantie van 30 maart 1995). Immers door in te gaan op uw verzoek, zou de gelijke behandeling van de verschillende kandidaten, die deze gegevens niet bekomen hebben, in het gedrang kunnen komen, a fortiori rekening houdend met de hangende procedure voor de Raad van State. (...)

7. Verzoekende partij meent dat de MIVB haar transparantieplicht niet heeft nagekomen en op excessieve wijze haar toegang tot het administratief dossier beperkt. Zij verzoekt op 7 oktober 2013 de Commissie een advies uit te brengen en voegt er aan toe dat een kopie van haar schrijven wordt overgemaakt aan de MIVB.

8. Op 25 oktober 2013 informeert de MIVB de Commissie als volgt:

"(...) Wat onze opmerkingen betreft, verwijzen wij u enerzijds naar onze brief van 9 september 2013, die zich in uw dossier bevindt, gericht aan het advocatenkantoor Jones Day.

Anderzijds, wensen wij u er ook nog op te wijzen dat :

- de gemotiveerde beslissingen van 25 juni 2013 en 17 september 2013, die het voorwerp uitmaakten van het bij uw Commissie ingestelde beroep ondertussen formeel werden ingetrokken door de MIVB;

- er op 9 oktober 2013 een nieuwe gemotiveerde beslissing werd getroffen, die onder meer ook meegedeeld werd aan de firma Van Hool en waarbij nu vrijwel alle gegevens zichtbaar werden gemaakt.

Hierdoor vervalt ons inziens het voorwerp van onderhavig beroep bij uw Commissie. (...)"

9. Op dezelfde datum neemt de Commissie contact op met verzoekende partij die tijdens dit telefonisch onderhoud bevestigt enerzijds nog steeds toegang te wensen tot het volledige administratief dossier en anderzijds een aantal vragen te hebben bij de nieuwe beslissing van 9 oktober 2013.

10. Op 30 oktober 2013 wordt per email en per post aan de secretaris van de Commissie een aanvullende nota overgemaakt waarin verzoekende partij de Commissie meedeelt dat de gunningsbeslissing van 25 juni 2013 werd ingetrokken en vervangen door de gunningsbeslissing van 17 september 2013, die op haar beurt werd ingetrokken en

vervangen door de gunningsbeslissing van 9 oktober 2013. De gunningsbeslissingen werden niet bij deze nota gevoegd.

In deze nota herhaalt verzoekende partij haar vraag tot toegang tot het administratief dossier en uit zij kritiek op *de 3^{de} gunningsbeslissing die gebrekkig blijft in de mate dat belangrijke elementen in de beoordeling nog steeds niet worden meegedeeld.*

2. Voorwerp van de adviesvraag

Verzoekende partij verzoekt de Commissie conform artikel 20 van de Ordonnantie een advies uit te brengen over de toegang tot het volledig administratief dossier m.b.t. de gunning AB-2012.

Oorspronkelijk verzocht ze de Commissie eveneens een advies over een ruimere toegang tot de beoordelingsmatrix (m.b.t. de eerste gunningsbeslissing van 25 juni 2013) aangezien, zo stelde zij in haar verzoekschrift, zij niet begrijpt hoe haar offerte werd geëvalueerd ten opzichte van het lastenboek en de offertes van de andere aanbidders.

Uit de nota van 30 oktober 2013 blijkt dat zij meent dat de nieuwe (derde) gunningsbeslissing gebrekkig blijft in de mate dat belangrijke elementen in de beoordeling nog steeds niet worden meegedeeld en bijgevolg verzoekt zij de Commissie een advies omtrent de toegang tot deze informatie.

3. Onderzoek van de ontvankelijkheid

1. Inzake de toegang tot het volledig administratief dossier

De Commissie stelt vast dat verzoekende partij een kopie van haar verzoek tot advies van 7 oktober 2013 heeft overgemaakt aan de MIVB.

De Commissie is van mening dat het overmaken van de vraag om advies, gericht aan de Commissie, aan de betrokken gewestelijke administratieve overheid kan worden gelijkgesteld met een verzoek tot heroverweging, zoals vereist door artikel 20 van de Ordonnantie. Bijgevolg is de vraag om advies m.b.t. het volledig administratief dossier ontvankelijk.

2. Inzake de toegang tot bijkomende informatie m.b.t. de nieuwe gunningsbeslissing

De gunningsbeslissing van 25 juni 2013 is ingetrokken en wordt geacht nooit te hebben bestaan. De beoordelingsmatrix, waarop deze gunningsbeslissing is gebaseerd en waarop de gegevens m.b.t. de andere kandidaten dan verzoekende partij zwart zijn gemaakt, overgemaakt op 28 augustus 2013, heeft hetzelfde lot ondergaan.

Een nieuwe (derde) gunningsbeslissing werd getroffen op 9 oktober 2013. Indien verzoekende partij uitleg of nadere gegevens wenst te bekomen omtrent deze

gunningsbeslissing, dient zij zich conform de artikelen 8 en volgende van de Ordonnantie eerst te wenden tot de MIVB alvorens de Commissie te vatten.

4. Ten gronde

1. Artikel 32 van de Grondwet en artikel 8 van de Ordonnantie huldigen de principiële openbaarheid van alle bestuursdocumenten. Artikel 10 van de Ordonnantie bevat een aantal uitzonderingsgronden die kunnen of moeten worden ingeroepen door de betrokken gewestelijke administratieve overheid. Artikel 22 van de Ordonnantie bepaalt tenslotte dat de Ordonnantie geen afbreuk doet aan de wetgevende bepalingen die in een ruimere openbaarheid van bestuur voorzien aangezien de Ordonnantie geldt als minimum op het vlak van openbaarheid van bestuur³.

De reglementering inzake overheidsopdrachten voorziet een aantal specifieke bepalingen teneinde de transparantie te regelen. Beide reglementeringen dienen cumulatief te worden toegepast indien de aanbestedende overheid als bestuursinstantie onderworpen is aan de reglementering inzake openbaarheid van bestuur.

2. Onder bestuursdocument wordt overeenkomstig artikel 3, 2° van de Ordonnantie alle informatie verstaan, in welke vorm ook, waarover een administratieve overheid beschikt. Het spreekt voor zich dat in voorliggend geval de stukken van een administratief gunningsdossier bestuursdocumenten zijn.

3. De Commissie is van oordeel dat de overheid de verplichting heeft de gemotiveerde beslissing de opdracht toe te wijzen in zijn geheel dient over te maken, alsook het verslag of andere administratieve documenten die op de aanbesteding betrekking hebben, onder voorbehoud van de stukken die onder de uitzonderingsgrond vermeld in artikel 10, § 1, 7° van de Ordonnantie⁴ vallen, geïnterpreteerd in het licht van het artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993.

In de mate van het mogelijke dient toepassing te worden gemaakt van artikel 11 van de Ordonnantie dat bepaalt dat *wanneer met toepassing van artikel 10, §§ 1 tot 3, een bestuursdocument slechts voor een deel aan de openbaarheid moet of mag worden onttrokken, wordt de inzage, de uitleg of de mededeling in afschrift tot het overige deel beperkt.*

Het administratief gunningsdossier werd niet aan de Commissie overgemaakt. Zij is bijgevolg niet in staat om een preciezer advies te geven.

3 Doc. Parl. BHG, Gewone zitting 1994-95. A 353/1 – Ontwerp van Ordonnantie betreffende de openbaarheid van bestuur.

⁴ "De gewestelijke of niet-gewestelijke administratieve overheid wijst de vraag om inzage, uitleg, of mededeling in afschrift van een bestuursdocument af, wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen : 7° het uit de aard van de zaak vertrouwelijke karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld".

5. Besluit

De Commissie verstrekt volgend advies:

De MIVB dient aan verzoekende partij toegang te verlenen tot het administratief dossier m.b.t. de gunning van de overheidsopdracht AB-2012, rekening houdend met het volgende:

- De op basis van artikel 10, § 1, 7° van de Ordonnantie gerechtvaardigde stukken met vertrouwelijk karakter mogen mits motivatie aan de openbaarheid onttrokken worden;
- De op basis van artikel 10, § 1, 7° van de Ordonnantie gerechtvaardigde stukken met gedeeltelijk vertrouwelijk karakter mogen mits motivatie gedeeltelijk aan de openbaarheid onttrokken worden.

Artikel 15 van de Ordonnantie biedt de mogelijkheid het ontvangen van een afschrift van een bestuursdocument te onderwerpen aan het betalen van een vergoeding die de kostprijs niet mag overtreffen.

De Commissie verleende haar advies, op verslag van mevrouw L. Therry, op 7 november 2013 waarop aanwezig waren, de dames en heren M. Leroy (Voorzitter), L. Therry, V. Goret, E. Willemart en K. Maerten, secretaris.

De Secretaris,

De Voorzitter,



K. MAERTEN



M. LEROY