



# Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten

*Afdeling openbaarheid van bestuur*

31 mei 2010

ADVIES 2010-32

over de weigering om toegang te verlenen tot  
documenten in een aanbestedingsdossier

(CTB/2010/26)

## 1. Een overzicht

Bij brief van 12 maart 2010 vraagt dhr. William Timmermans namens de BVBA Triton Alfa aan het Ministerie van Landsverdediging een kopie van volgende documenten met betrekking tot de overheidsopdracht “meerjarige overeenkomst (2009 – 2012) tegen prijslijst voor de herbevoorrading van duikers binnen Defensie”:

1. de offerte van de andere inschrijvers (De Zeeman Pro en Clemaco Trading);
2. het proces-verbaal van de opening van de offertes;
3. alle documenten van Defensie waarin de technische regelmatigheid van de ingediende offertes wordt geëvalueerd of besproken;
4. het gedetailleerde gunningsverslag;
5. de correspondentie van Defensie met de andere inschrijvers met inbegrip van de toewijzingsbeslissing;
6. de door Defensie verzonden bestelbrieven;
7. de door Defensie opgestelde processen-verbaal van (weigering van) voorlopige oplevering;
8. alle andere documenten of informatie in het bezit van Defensie over deze opdracht die noodzakelijk zijn om een evaluatie te maken van de rechtspositie van zijn cliënt en om een effectieve rechtsbescherming mogelijk te maken.

Bij brief van 16 april 2010 ondertekend door kolonel Vincent D’Hoest willigt het Ministerie van Landsverdediging de aanvraag gedeeltelijk in. Een kopie van volgende documenten werd afgeleverd:

- het proces-verbaal van de opening der inschrijvingen (2);
- het gunningsverslag (4);
- de correspondentie met Defensie met deze andere inschrijvers met inbegrip van de toewijzingsbeslissing (5);
- de door Defensie verzonden bestelbrief (6);
- de door Defensie opgestelde processen-verbaal van voorlopige oplevering (7).

De openbaarmaking van het technisch evaluatieverslag (3) werd geweigerd op grond van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen.

In de documenten die werden verstrekt, werden bepaalde gegevens onleesbaar gemaakt:

- de bestelbrief: de details over het merk en het type, de "P/N", de prijs exclusief BTW en de totaalprijs exclusief BTW;
- de processen-verbaal van voorlopige oplevering: de details over de benaming van de vinnen, de duikmaskers en de transportkoffers.

Bij mail en brief van 7 mei 2010 vragen mevrouw Charlotte Bournal en de heer Tom Bruyninckx loco de heer William Timmermans de Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten, afdeling openbaarheid van bestuur, hierna Commissie genoemd, om een advies. Bij aangetekende brief en fax van 7 mei 2010 werd bij Defensie ook een verzoek tot heroverweging ingediend.

Het secretariaat van de Commissie stelde vast dat een kopie van het verzoek tot heroverweging bij de aanvraag om advies ontbrak. Bij e-mail werd dit document opgevraagd. Bij e-mail van 11 mei 2010 bezorgde de heer Timmermans het gevraagde document aan het secretariaat van de Commissie.

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

De Commissie stelt vast dat de aanvrager tegelijkertijd een verzoek tot heroverweging heeft ingediend bij het Ministerie van Defensie en een verzoek om advies bij de Commissie. Omdat de aanvraag geen betrekking heeft op documenten van persoonlijke aard, is het beschikken over een belang niet vereist.

De Commissie merkt op dat zij enkel bevoegd is om zich uit te spreken over de toepassing van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur en slechts in de mate die wet van toepassing is. De Commissie is bijgevolg niet bevoegd om zich uit te spreken over de toegang tot informatie en documenten op grond van artikel 26 van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen. Artikel 26, § 1 van deze wet bepaalt immers het volgende: *"De wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur is niet van toepassing op informatie, documenten of gegevens, materiele, materialen of stoffen, in welke vorm ook, die met toepassing van de bepalingen van*

*deze wet geclassificeerd zijn.” Deze bepaling verhindert niet dat de Commissie bevoegd is om te beoordelen of informatie of documenten wel als geclassificeerd konden worden beschouwd. In zijn arrest nr. 132.072 van 7 juni 2004 oordeelde de Raad van State dat de overheid “in concreto aannemelijk [moet] maken dat de informatie of documenten waarvan inzage of uitleg wordt gevraagd, met toepassing van de wet van 11 december 1998 effectief werden geclassificeerd”.*

De Commissie is bijgevolg van oordeel dat het verzoek ontvankelijk is.

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

#### **3.1 De toegang tot het technisch evaluatieverslag**

De toegang tot het technisch evaluatieverslag wordt door het Ministerie van Defensie geweigerd op grond van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen. De Commissie is van mening dat, al stelt artikel 26 van de wet van 11 december 1998 dat de wet van 11 april 1994 niet van toepassing is op informatie en documenten die geclassificeerd zijn, opdat deze weigeringsgrond kan worden aangenomen het Ministerie van Landsverdediging eerst moet aantonen dat het gevraagde bestuursdocument een geclassificeerd document is. Een dergelijke motivering ontbreekt echter. Volgens artikel 3 van de wet van 11 december 1998 kan informatie, kunnen documenten slechts worden geclassificeerd als de niet-geëigende aanwending ervan schade kan toebrengen aan één van de volgende belangen:

- a) de verdediging van de onschendbaarheid van het nationaal grondgebied en van de militaire defensieplannen;
- b) de vervulling van de opdrachten van de strijdkrachten;
- c) de inwendige veiligheid van de Staat, met inbegrip van het domein van de kernenergie, en het voortbestaan van de democratische en grondwettelijke orde;
- d) de uitwendige veiligheid van de Staat en de internationale betrekkingen van België;
- e) het wetenschappelijk en economisch potentieel van het land;
- f) elk ander fundamenteel belang van de Staat;
- g) de veiligheid van de Belgische onderdanen in het buitenland;
- h) de werking van de besluitvormingsorganen van de Staat.

Zoals de Raad van State in zijn arrest nr. 132.072 heeft gesteld, moet de motivering in concreto plaatsvinden. Dat neemt natuurlijk niet weg dat op grond van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen deze motivering niet formeel moet gebeuren wanneer dit de uitwendige veiligheid van de Staat in het gedrang zou brengen of indien dit afbreuk kan doen aan de bepalingen inzake de zwijgplicht.

De Commissie is van mening dat het niet relevant is welk classificatieniveau wordt toegekend aan de gevraagde documenten. Het feit dat een document is geclassificeerd, volstaat, opdat het aan de toepassing van de wet van 11 april 1994 kan worden onttrokken.

Voor zover Defensie niet kan aantonen en motiveren dat dit verslag geclassificeerd is en dat bijgevolg artikel 26 van de wet van 11 december 1998 van toepassing is, kan zij de toegang tot dit document slechts weigeren wanneer zij één of meer uitzonderingsgronden kan of moet invoeren die in de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur zijn opgenomen. In alle daarin opgesomde uitzonderingsgronden, kan het bestaan van een bepaald belang de niet-openbaarmaking niet motiveren. Het invoeren van een inhoudelijke uitzonderingsgrond is hetzij onderworpen aan een schadetest (de uitzonderingen in artikel 6, § 2), hetzij aan een algemeen belang test (de uitzonderingen in artikel 6, § 1), waarbij het beschermde belang moet worden afgewogen tegen het algemeen belang dat gediend is met de openbaarmaking. Bovendien moet het invoeren van een uitzonderingsgrond steeds in concreto en op pertinente wijze worden gemotiveerd.

Bovendien moet het Ministerie van Landsverdediging in casu rekening houden met artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd door de wet van 23 december 2009 tot invoering van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (in werking gesteld op 25 februari 2010 door artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de

overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten). Dit artikel bepaalt het volgende:

“§ 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, nadelig 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 en 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.”

### 3.2 De toegang tot de geschrapte elementen in de verstrekte documenten

De Commissie stelt vast dat in een aantal documenten die werden verstrekt informatie niet openbaar werd gemaakt. Het betreft volgende documenten:

- in de bestelbrief: de details over het merk en het type, de “P/N”, de prijs exclusief BTW en de totaalprijs exclusief BTW;
- de processen-verbaal van voorlopige oplevering: de details over de benaming van de vinnen, de duikmaskers en de transportkoffers.

Een motivering voor het gedeeltelijk niet openbaar maken van deze bestuursdocumenten ontbreekt volledig. Wanneer de administratieve overheid dit niet in concreto en op pertinente wijze kan motiveren op grond van één of meer uitzonderingsgronden die hun grondslag in een wet hebben, is zij ertoe gehouden deze informatie openbaar te maken. Artikel 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 gaan immers uit van de principiële openbaarheid van alle bestuursdocumenten.

### 3.3 De toegang tot de niet verstrekte documenten

De documenten die niet werden verstrekt zijn de volgende:

1. de offertes van de andere inschrijvers (De Zeeman Pro en Clemaco Trading);
2. alle andere documenten of informatie in bezit van Defensie betreffende deze opdracht die noodzakelijk zijn om een evaluatie te maken van de rechtspositie van zijn cliënt en om een effectieve rechtsbescherming mogelijk te maken

De Commissie wenst erop te wijzen dat alle bestuursdocumenten in principe openbaar zijn. De niet openbaarmaking ervan kan slechts voor zover het Ministerie van Landsverdediging in concreto en op pertinente wijze kan aantonen dat bepaalde of alle informatie in de gevraagde bestuursdocumenten onder één of meer uitzonderingsgronden vallen die door de wetgever zijn vastgelegd. Het aanwenden van stijlformules komt aan die vereiste niet tegemoet. Alle informatie die niet onder een uitzonderingsgrond valt, moet vooralsnog openbaar worden gemaakt. De Commissie acht het waarschijnlijk dat in casu een wettelijke grondslag voor het niet openbaar maken van bepaalde informatie te vinden is in artikel 6, § 1, 7° van de wet van 11 april 1994, op grond waarvan de openbaarmaking moet worden geweigerd als Defensie vaststelt dat deze niet opweegt tegen de bescherming van het uit de aard van de zaak vertrouwelijke karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld. Bovendien moet het Ministerie van Landsverdediging de aanvraag beoordelen in het licht van artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993.

Brussel, 31 mei 2010.

F. SCHRAM  
secretaris

J. BAERT  
voorzitter