

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.546 van 29 november 2011
in de zaak A. 184.763/XII-5178**

In zake: de NV HOUBEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF
STADSONTWIKKELING HASSELT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hugo Lamon
kantoor houdend te 3500 Hasselt
de Schiervellaan 23
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV HEIJMANS BOUW
2. de NV DEMOCO
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen De Maeyer
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
en advocaat Els Empereur
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Uitbreidingsstraat 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 10 augustus 2007, strekt tot de
nietigverklaring van de beslissing van 5 juni 2007 van het Autonoom

Gemeentebedrijf Stadsontwikkeling Hasselt om de opdracht voor het bouwen van een kantoorgebouw met parking te gunnen aan de tijdelijke handelsvennootschap nv Heijmans Bouw - nv Democo en van de impliciete weigeringsbeslissing om deze opdracht toe te wijzen aan de nv Houben.

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.

De tijdelijke handelsvennootschap nv Heijmans Bouw en nv Democo heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 26 november 2007. De tussenkomende partijen hebben een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 juni 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Hugo Lamon, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Annelies Verlinden, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft eind 2006 een overheidsopdracht uit met als voorwerp “bouwen van een kantoorgebouw met parking”. De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

De opdracht heeft betrekking op de realisatie van een kantoorgebouw met parking ter uitbreiding van het provinciehuis te Hasselt en van het aanpalende complex “Cegeka Data Center”. Het autonoom gemeentebedrijf bouwt op vraag van de provincie Limburg en Cegeka. Het gebouw zal aan de provincie worden verkocht en met Cegeka zal een onroerende leasingovereenkomst worden afgesloten met onder meer een recht van opstal voor het autonoom gemeentebedrijf.

3.2. Op 7 maart 2007 schrijft verwerende partij aan de gouverneur van de provincie Limburg het volgende:

“Geachte Heer Gouverneur,

Ik heb de eer U in bijlage een exemplaar te bezorgen van het aanbestedingsverslag opgemaakt door het bureau 50°N5°E van de ruwbouw, gedeeltelijke afwerking en pilootaannemingsopdracht voor het bouwen van de nieuwbouw Provincie-Cegeka.

Uit het verslag blijkt dat de laagste regelmatige inschrijving werd ingediend door de NV Heijmans Bouw voor een bedrag van 9.919.399,72 EUR, wat circa 14% hoger ligt dan het voorziene budget.

Op basis van artikel 17§2, 1^{ste}, d van de wet van 24 december 1993 kan het bestuur, gelet op het feit dat de ontvangen prijzen onaanvaardbaar zijn, de procedure van het gunnen van de opdracht herbeginnen volgens de onderhandelingsprocedure zodat betere voorwaarden kunnen verkregen worden. Er dient immers ook rekening gehouden te worden met de bijkomende kosten die hierdoor veroorzaakt worden: erelonen, coördinatie enz... zodat dit mijns inziens budgettair onaanvaardbaar is.

Ik stel dan ook voor dat geen gevolg wordt gegeven aan de aanbesteding en wordt overgegaan tot het starten van een nieuwe procedure. Dit heeft evenwel invloed op de voorziene startdatum der werken die circa anderhalve maand verschoven dient te worden.

Indien U evenwel de voorkeur geeft aan het gunnen volgens de lopende procedure met de hogere inschrijfprijs kunnen de werken worden aangevat zoals voorzien.

Graag ontvang ik zo snel mogelijk het standpunt van het Provinciebestuur en Cegeka Data Center NV terzake.”

Een zelfde brief wordt gericht aan de nv CGK Datacenter.

Met een brief van 8 maart 2007 meldt de provincie Limburg:

“Uw brief van 2007-03-07 m.b.t de gunning van het bovenvermelde dossier werd vandaag besproken tijdens de vergadering van de deputatie. Terzake kunnen wij u mededelen dat het college akkoord gaat met uw voorstel om geen gevolg te geven aan de aanbesteding en de gunning te herbeginnen volgens de onderhandelingsprocedure.”

3.3. Op 13 maart 2007 schrijft verwerende partij aan de zes intekenaars van de openbare aanbesteding waaronder verzoekende partij en tussenkomende partijen het volgende:

“Op 16 februari 2007 vond de aanbesteding plaats voor de in rubriek genoemde opdracht.

Uw vennootschap diende een offerte in voor deze aanbesteding.

Uit het nazicht van de offertes blijkt dat de laagste offerte 14% hoger is dan het bedrag van de raming. Rekening houdend hiermee en met de weerslag hiervan op de bijkomende kosten, onder meer erelonen, coördinatievergoedingen en dergelijke, is de overschrijding van het bedrag van de raming budgettair onaanvaardbaar.

Het autonoom gemeentebedrijf Stadsontwikkeling Hasselt beschouwt de ingediende prijzen als ‘onaanvaardbare prijzen’.

Conform artikel 18 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten, zal het AGB geen gevolg geven aan de aanbesteding van 16 februari 2007.

Het autonoom gemeentebedrijf behoudt zich het recht voor de procedure voor het gunnen van de opdracht te herbeginnen, desnoods op een andere wijze.”

Op 14 maart 2007 schrijft zij het volgende aan de intekenaars:

“[...]

Het autonoom gemeentebedrijf Stadsontwikkeling Hasselt wil de procedure voor het gunnen van deze opdracht herbeginnen. Conform

artikel 17 §2 alinea 1 d) zal er worden overgegaan tot een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking waarbij alle inschrijvers uitgenodigd zullen worden.

Hierbij nodig ik U uit voor het indienen van een offerte.

De door uw firma eertijds bij het architectenbureau 50°N5°E aangekochte aanbestedingsbescheiden, namelijk het bijzonder bestek en de plannen, blijven onveranderd de basis van de opdracht.

De bedoeling van deze nieuwe procedure is het bedrag van de raming, met name 8.710.195,00 EUR, zo nauwkeurig mogelijk te benaderen.

Hiervoor kan U, bijvoorbeeld, de sterke punten van uw bedrijf, onder de vorm van vrije varianten, naar voren schuiven. Bovendien kunnen ook bepaalde onderdelen van de opdracht nauwkeuriger worden bestudeerd en met aangepaste prijzen worden gevalideerd.

Op woensdag 21 maart 2007 om 9.30 uur wordt U verwacht bij het architectenbureau 50°N5°E waar een infovergadering zal doorgaan die ertoe moet leiden om via research en suggesties te komen tot een aangepaste uitvoering en een aanvaardbare prijs.

De opening van de offerte zal plaatshebben in besloten zitting op donderdag 5 april 2007 om 11 uur in het aanbestedingslokaal van de stad Hasselt, Dr. Willemsstraat 34 te 3500 Hasselt.

De offertes ingezonden als gewone of aangetekende brief (dubbele omslag met vermelding van het werk op de buitenomslag) dienen gericht te worden aan de heer ir. J. Vandeputte, gedelegeerd bestuurder der AGB Stadsontwikkeling Hasselt, Dr. Willemsstraat 34 te 3500 Hasselt. Ze mogen ter zitting worden afgegeven vóór het uur bepaald voor de opening van de offertes.

Terzelfder tijd zal U een datum en uur worden voorgesteld om uw offerte, tezamen met mij en de ontwerpers, een tweede maal bedachtzaam en kritisch te benaderen.”

3.4. Op 23 maart 2007 vindt een bespreking plaats tussen de diverse intekenaars, vertegenwoordigers van verwerende partij, Cegeka en de provincie Limburg.

Op deze vergadering wordt het volgende afgesproken, zoals blijkt uit de e-mail van 23 maart 2007 van de raadgevend architect:

“Het AGSH verrichtte 2 aangetekende schrijvens aangaand vermeld project. Dhr. Vandeputte verwijst hiernaar en geeft aan dat huidige infovergadering tot doel heeft om de sterke punten van elk bedrijf onder vorm van vrije varianten naar voren te schuiven, waarbij bepaalde delen en onderdelen nauwkeuriger kunnen worden bestudeerd en met aangepaste prijzen worden gevalideerd.

Ten dien einde staat het de inschrijver vrij om enkel[e] voorstellen aan te geven en voor te leggen. Dit op datum van deze infovergadering doch ook naderhand.

Deze latere vragen zullen gericht worden aan dhr. Moors, arch 50N5E holistic architecture. Deze laatste zal de antwoorden van deze inschrijver steeds per mail bevestigen met afschrift aan AGSH en gebruikers zodat het geheel van communicatie transparant blijft.

Er wordt aangegeven dat het studiewerk van de inschrijver aangegeven door mogelijke varianten noch door initiatiefnemer, noch door architect, noch door gebruiker gecommuniceerd wordt aan de overige inschrijvers.

Doelstelling is om de nieuwe offerte in te dienen op datum van 05 april 2007 om 11u00 in het aanbestedingslokaal van de stad Hasselt, [...]

De nieuwe offerte zal uitgaan van de oorspronkelijke vormgeving en bestekken, waarbij elke optie, als apart in te nemen optie, begroot zal worden (optie A, B, C enz.).

De eventuele toewijzing zal vervolgens melding maken van de ingenomen opties.

[...]”.

3.5. Op 27 maart 2007 schrijft de raadgevend architect aan alle inschrijvers het volgende:

“Terecht heeft u, samen met al uw collega’s-inschrijvers, kunnen constateren dat het aandeel van de vliesgevelconstructie onverwacht groot is; zowel ontbrekende gegevens in het globale dossier als de onduidelijkheid over de geldende verwijzingsdocumenten zijn hier misschien oorzaak van;

Hierom wensen we in samenspraak met de initiatiefnemer AGSH, als architect, een aantal zaken te verduidelijken naar alle inschrijvers: [...]”.

3.6. Er worden offertes ingediend door verzoekende partij, tussenkomende partijen en de nv Antwerpse Bouwwerken.

3.7. Met berichten van 8 en 9 mei 2007 bezorgt verzoekende partij een aantal opmerkingen met betrekking tot het verloop van de procedure aan verwerende partij.

3.8. Met een brief van 22 mei 2007 maakt de raadgevend architect het gunningsverslag over aan de provincie Limburg en aan Cegeka.

In de brief wordt onder meer het volgende vermeld:

“Graag laten wij U bijgevoegd verslag inzake de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking geworden van deel 1: de ruwbouw, gedeeltelijke afwerking en pilootaannemingsopdracht. Mogen wij U vragen dringend goedkeuring te willen geven aan het voorstel tot gunning terzake aan de tijdelijke vereniging Heijmans Bouw NV-Democo NV voor een bedrag van 8.987.342,21 EUR excl. BTW [...]”.

Het verslag heeft de volgende conclusie:

“8. Conclusie + voorstellen aan aanbestedende overheid

Op 16/02/2007 werd de zitting voor een openbare aanbesteding gehouden voor onderhavige opdracht; er werden enkel onaanvaardbare prijzen ingediend; het volgen van de procedure van aanbesteding... houdt geen verplichting in tot het toewijzen van de opdracht (art. 18 van de wet van 24 december 1993); er werd besloten tot het starten van een nieuwe procedure: een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, op basis van art. 17 § 2, 1° lid, d) van de wet van 24 december 1993; de voorwaarden werden niet wezenlijk gewijzigd; alle oorspronkelijke inschrijvers werden geraadpleegd.

3 van de 6 oorspronkelijke inschrijvers hebben effectief een offerte ingediend; ze werden allen weerhouden na het administratief en rekenkundig nazicht; er is relatief weinig verschil tussen de verschillende offertes; het uiteindelijke gunningsbedrag van de laagste inschrijver blijft ca. 3 % hoger dan het ramingsbedrag;

De THV Heijmans Bouw NV-Democo NV is de voordeligste inschrijver. Het gunningsbedrag (excl. BTW) bedraagt: € 8.987.342,21.”

3.9. Op 5 juni 2007 beslist de raad van bestuur van verwerende partij het volgende:

“2.2 Het verslag van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en de gunning van de ruwbouwwerken, gedeeltelijke afwerking en pilootopdracht wordt goedgekeurd. Na het voeren van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, blijkt de meest gunstige offerte te komen van TV Heijmans Bouw nv-Democo nv voor een bedrag van € 8.987.342,21 excl. BTW.

Het verslag werd eveneens goedgekeurd door de provincie en Cegeka, dus kan er nu overgegaan worden tot gunning.”

In een memo voor de raad van bestuur wordt de volgende toelichting verstrekt:

“[...] Het Provinciebestuur en de Cegeka hebben hun akkoord betuigd met het voorstel van het ontwerp bureau om over te gaan tot een heraanbesteding. De Raad van Bestuur heeft op 26.03.2007 de argumentatie van het ontwerp bureau aanvaard en beslist over te gaan tot een heraanbesteding volgens de procedure van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking waarop alle inschrijvers van de aanbesteding dd. 16.02.2007 werden uitgenodigd.

De Raad van Bestuur neemt nu kennis van het verslag van de ontwerpers dd. 09.05.2007 waarbij het voorstel wordt geformuleerd de opdracht toe te wijzen aan de thv Heymans Bouw nv - Democo nv voor een bedrag van 8.987.342,21€.

De Raad van Bestuur sluit zich aan bij deze conclusies van het ontwerp bureau en keurt de gunning goed voor de thv Heymans Bouw nv - Democo nv voor een bedrag van 8.987.342,21€ gelet op het akkoord van het provinciebestuur en Cegeka.

De aandacht van de Raad van Bestuur wordt gevestigd op het feit dat dit aanbestedingsverslag en bijhorende toelichtingsbundel vertrouwelijke elementen bevat (eenheidsprijzen van de verschillende aannemers) zodat het niet aangewezen is om dit onderdeel van het verslag publiek te maken gezien deze gegevens dienen beschouwd te worden als vertrouwelijke commerciële gegevens. [...]”.

3.10. Met een brief van 11 juni 2007 brengt verwerende partij verzoekende partij en de nv Antwerpse Bouwwerken op de hoogte van het feit dat hun offerte niet als voordeligste offerte werd beoordeeld en dat de opdracht aan een andere onderneming werd toegewezen. Op dezelfde dag worden tussenkomende partijen ervan in kennis gesteld dat de opdracht hun wordt toegewezen.

3.11. Op 14 juni 2007 vraagt verzoekende partij verwerende partij een afschrift van het toewijzings- en aanbestedingsverslag in zijn totaliteit met alle bijhorende detaildocumenten en eventuele voorverslagen.

Op 25 juni 2007 antwoordt verwerende partij:

“Wij mochten uw aangetekend schrijven van 14 juni jongstleden in goede orde ontvangen en verwijzen terzake naar artikel 8 laatste lid van het K.B. van 8 januari 1996.

Bijgevoegd laten wij U dan ook graag het verslag van onderhandelingsprocedure geworden”.

3.12. Op 4 juli 2007 schrijft verzoekende partij het volgende aan verwerende partij:

“Naar aanleiding van de ontvangst van het gunningsverslag per schrijven dd. 25/6, waarvoor onze dank, verzoeken we u ons per kerende nog volgende ontbrekende documenten te laten worden welke integraal deel uitmaken van het aanbestedingsverslag zoals vermeld op de laatste bladzijde van dit verslag na punt 8 conclusie.

- bijlage 02: verslag van opening inschrijvingen
- bijlage 04: rekenkundig nazicht
- bijlage 05: opmerkingen
- bijlage 06: offertes inschrijvers, met name deze van TV Heijmans Bouw nv-Democo nv en nv Houben.

Het huidige overgemaakte gunningsverslag laat ons niet toe diverse feitelijke elementen van het gunningsdossier te beoordelen.

[...]

Het totaal bedrag van bovenvermelde ons inziens ten onrechte niet toegekende prijsimplicaties aan inschrijving nv Houben (exclusief impact van gewijzigde betonwerken) bedraagt 181.285,15€ hetgeen beduidend veel meer is dan het verschil tussen weerhouden inschrijvingsbedragen van nv Houben en TV Heijmans-Democo van 15.219,32€.

Gezien het nakende bouwverlof welke loopt van 7 juli t.e.m. 30 juli verzoeken we u om ons de gevraagde informatie per kerende te laten worden. [...]”.

3.13. Op 5 juli 2007 antwoordt verwerende partij:

“Ik neem heden, donderdag 5 juli, kennis van uw schrijven om toelichting.

Wegens het bouwverlof ben ikzelf en het architectenbureau 50°N5°E met vakantie vanaf vrijdag 6 juli aanstaande. Het is ons dan ook niet mogelijk om onmiddellijk een antwoord te formuleren op uw vragen.

Tevens wil ik er de aandacht op vestigen dat het mij wettelijk niet toegelaten is U de eenheidsprijzen te bezorgen van de andere inschrijvers.”

3.14. Op 6 juli 2007 schrijft de raadsman van verzoekende partij het volgende aan verwerende partij:

“Wij werden geraadpleegd door Houben nv in verband met een overheidsopdracht die door uw autonoom gemeentebedrijf in mededinging werd gesteld, m.n. het bouwen van een kantoorgebouw Provincie Limburg-Cegeka Data Center nv. Het betreft een

overheidsopdracht die in mededinging werd gesteld op basis van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, die klaarblijkelijk werd opgestart nadat een initiële procedure, georganiseerd onder de vorm van een aanbesteding zonder verder gevolg werd gelaten, nu naar de mening van uw autonoom gemeentebedrijf er sprake was van abnormale prijzen.

Nadat cliënte via een krantenbericht in het Belang van Limburg had vernomen dat blijkbaar een gunningsbeslissing was tussengekomen, werd haar bij aangetekend schrijven dd. 25 juni 2007 het gunningsverslag overgemaakt. Het betreft een gunningsverslag dat reeds dateert van 9 mei 2007.

Bovendien is het betreffende gunningsverslag wat betreft de verstrekte informatie kennelijk onvolledig. In die zin heeft cliënte u dan ook op 4 juli 2007 een schrijven gestuurd waarbij zij heeft verzocht om nadere informatie te ontvangen wat betreft de wijze waarop de gunningsbeslissing is tot stand gekomen, nu uit het gunningsverslag duidelijk blijkt dat de keuze voor de tijdelijke handelsvennootschap Heijmans Bouw nv-Democo nv steunt op een aanpassing van de inschrijvingen op basis van een aantal opties en varianten.

In die zin wensen wij er dan ook op aan te dringen dat onverwijld een gunstig gevolg zou worden gegeven aan het verzoek van cliënte tot een volledige informatieverlening bij gebreke waaraan wij ons verplicht zullen zien om op korte termijn de passende stappen in rechte te ondernemen. Wij verwijzen hierbij naar het bijgevoegde arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen dd. 31 oktober 2006.

Verder vernamen wij eveneens graag per kerende of de betreffende overheidsopdracht reeds door het autonoom gemeentebedrijf is toegewezen en zo ja, wanneer deze toewijzing is gebeurd.

Onderhavig schrijven wordt u gericht onder alle voorbehoud van rechten en zonder nadelige erkenning, waarbij wij durven aandringen op een spoedig antwoord.”

De raadsman van verwerende partij antwoordt op 17 juli 2007 onder meer als volgt:

“Uw cliënte vraagt inzage van de door de andere inschrijvers gehanteerde eenheidsprijzen. Het is evident dat de eenheidsprijzen van een inschrijver ontegensprekelijk moeten beschouwd worden als zeer commerciële gegevens van die desbetreffende firma en dat door inzage te verlenen in dit deeldocument (dat de eenheidsprijzen bevat) het vertrouwelijke karakter van deze commerciële gegevens zou geschonden worden. Mijn cliënte verwijst hiervoor (voor zoveel als nodig) naar de beslissing van 11 februari 2005 van de “Beroepsinstantie inzake de openbaarheid van bestuur” (die uitspraak doet in geschillen in het kader van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, in casu in toepassing van art. 14,3° van het decreet).

Er dient hier tevens te worden verwezen naar art. 21 bis § 3 van de overheidsopdrachtenwet, waarin de informatieverplichting in een aantal gevallen wordt begrensd en meer in het bijzonder in het kader van de openbaarmakingen die nadelig zouden zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van particuliere ondernemingen.

In casu zou de door Uw cliënte gevraagde openbaarmaking van onderdelen van het gunningsdossier schade kunnen toebrengen aan de rechtmatige commerciële belangen van andere deelnemers. Dit motief volstaat om de mededeling van deze gegevens te weigeren, nu het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen deze bescherming van vertrouwelijke commerciële gegevens (zie R.v.St., 23 juni 2005, nr. 246.481).

Ik herinner er U aan dat mijn cliënte reeds eerder het aanbestedingsverslag aan Uw cliënte heeft bezorgd.”

3.15. De raadsman van verzoekende partij antwoordt op 27 juli 2007 de argumentatie van verwerende partij niet te aanvaarden en in rechte te zullen treden.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1. In het auditoraatsverslag wordt het beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing als onontvankelijk afgedaan wegens laattijdigheid; verzoekende partij zou dit maar aangevoerd hebben in haar memorie van wederantwoord. Tussenkomen de partij valt deze exceptie in haar laatste memorie uitdrukkelijk bij.

4.2. Verzoekende partij merkt in haar laatste memorie op dat ze in haar tweede middel aanvoert dat een aantal regels van de eerder gevolgde gunningswijze van de openbare aanbesteding doorwerken in de procedure van de onderhandelingen en dat ze ook in het licht van het kennisnemen van het aanvullend administratief dossier voorbehoud maakt wat het voorwerp van het beroep betreft.

Beoordeling

5. Verzoekende partij vraagt *in fine* van haar verzoekschrift naast de vernietiging van de toewijzingsbeslissing aan de tussenkomen de partijen ook

die van de impliciete weigering de opdracht aan haar toe te wijzen. Het beroep tegen deze beslissing is dan ook niet laattijdig en de exceptie wordt verworpen.

V. Omtrent het vertrouwelijk karakter van sommige stukken uit het administratief dossier

6.1. In haar verzoekschrift vraagt verzoekende partij dat het aangesteld lid van het auditoraat aan verwerende partij de verplichting zou opleggen om het volledig administratief dossier, met inbegrip van alle ingediende offertes en aansluitend tijdens de onderhandelingsprocedure gevoerde onderhandelingen, bij de Raad van State in te dienen en dat haar vervolgens het recht zou worden verleend om, op basis van de door verwerende partij meegedeelde aanvullende stukken, het door haar aangevoerde middel nader uit te werken en te vervolledigen, desgevallend één of meer nieuwe middelen aan te voeren.

6.2. Verwerende partij antwoordt in haar memorie dat zij thans het volledige administratieve dossier neerlegt. Ook merkt zij op dat zij verzoekende partij nooit een verbod heeft opgelegd om kennis te nemen van het administratieve dossier; er werd medegedeeld dat zij enkel de eenheidsprijzen niet zou mededelen.

In het neergelegde administratief dossier zijn de eenheidsprijzen weggekopieerd aangezien dit vertrouwelijke en strategische commerciële gegevens zijn. Het openbaar maken van deze gegevens is volgens verwerende partij nadelig nu de diverse inschrijvers ook in latere overheidsopdrachten met elkaar in concurrentie kunnen staan.

Ten slotte stelt verwerende partij dat verzoekende partij niet opgekomen is tegen de beslissing van 5 juli 2007 van de afgevaardigde-bestuurder van verwerende partij die haar geen inzage verstrekte in de eenheidsprijzen.

6.3. Verzoekende partij antwoordt in haar memorie van wederantwoord door te wijzen op het arrest nr. 118/2007 van 19 september 2007

van het Grondwettelijk Hof. Het is, aldus verzoekende partij, aan de Raad van State om een definitief standpunt in te nemen.

Zij beklemtoont dat het weigeren van inzagerecht een uitzondering is en bijgevolg op concrete gronden dient te worden gemotiveerd. Er moet hier worden aangegeven waarom er bijzondere omstandigheden zijn om eenheidsprijzen als vertrouwelijk aan te merken.

Zij voert ook een aantal concrete elementen aan waaruit haar belang zou blijken om inzage te krijgen van het gehele administratief dossier.

6.4. Tussenkomen de partijen beklemtonen dat hun offerte commercieel gevoelige informatie bevat, in het bijzonder de eenheidsprijzen die zij hebben voorgesteld en die niet aan hun concurrenten ter beschikking mogen worden gesteld omdat zulks hun commerciële en industriële belangen zou schaden. Artikel 21*bis*, § 3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, schrijft voor dat bepaalde informatie niet moet worden medegedeeld wanneer dit nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van ondernemingen en de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

6.5. Op verzoek van de auditeur-verslaggever om het volledig administratief dossier neer te leggen, legt verwerende partij een aanvullend administratief dossier neer. In haar begeleidend schrijven vermeldt zij:

“Op verzoek van Eerste Auditeur J. Stevens, wenst mijn mandante een aanvullend dossier neer te leggen dat u als bijlage aantreft.
Het betreft dezelfde stukken dan deze die reeds eerder werden neergelegd, doch ditmaal betreft het een integrale versie (zonder weglating van de vertrouwelijke gegevens van de niet-weerhouden inschrijvers - de inventarisstukken 47 b, c en d, daar stuk 47b ook stuk 22 inhield):
- De volledige offertes van de drie inschrijvers; enkel het omvangrijke veiligheidsplan (niet relevant) werd niet bijgevoegd;
- Het rekenkundig nazicht van het aanbestedingsverslag met nazicht van de prijzen van de drie inschrijvers
- De ‘verduidelijking bij het aanbestedingsdossier’, met de volledige cijfers van de drie inschrijvers.”

6.6. In haar laatste memorie verklaart verzoekende partij dat zij zich volledig aansluit bij het standpunt van het auditorsverslag waarin besloten wordt dat de eenheidsprijzen van de offertes niet als vertrouwelijk kunnen worden aangemerkt, dat de in eerste instantie als vertrouwelijk aangemerkte stukken door verzoekende partij kunnen en mogen worden ingezien en dat aan verzoekende partij de mogelijkheid dient te worden geboden haar middelen, na die inzage, verder uit te werken of een nieuw middel of nieuwe middelen aan te voeren binnen een bepaalde termijn met, als dat gebeurt, het bieden van de mogelijkheid aan verwerende partij en tussenkomende partijen om binnen een gelijke termijn te repliceren op het eventueel nieuw aangevoerde.

6.7. Verwerende partij verklaart in haar laatste memorie te volharden in haar eerder standpunt en dus het aanvullend dossier niet ter beschikking te stellen van verzoekende partij.

6.8. Tussenkomende partijen wijzen in hun laatste memorie de vraag van verzoekende partij tot inzage af; ze stellen dat de eenheidsprijzen vertrouwelijke informatie uitmaken en dat de mededeling ervan de positie van de tussenkomende partijen onherroepelijk schade kan toebrengen en zal leiden tot een verstoring van de marktposities; alle activiteiten van tussenkomende partijen zijn gebaseerd op deze informatie. De prijszetting in de offerte van tussenkomende partijen zal in de toekomst worden gehanteerd voor gelijkaardige opdrachten; de prijszetting blijft actueel aangezien er een indexatie wordt toegepast.

Ook wijzen tussenkomende partijen erop dat de Raad van State zelf in de mogelijkheid is om het volledige administratief dossier te raadplegen en te controleren.

Beoordeling

7.1. Verwerende partij merkt op dat zij met het indienen van een aanvullend administratief dossier, op vraag van de auditeur-verslaggever, het

volledig administratief dossier heeft neergelegd zodat thans enkel nog de vraag rijst wat de Raad van State te doen staat met de stukken die door verwerende partij als vertrouwelijk worden aangemerkt; deze zijn, volgens verwerende partij, de volledige offertes van de drie inschrijvers, het aanbestedingsverslag en de toelichting bij dit verslag en dit zonder weglating van de vertrouwelijke gegevens.

7.2. Zoals overwogen in het arrest nv Siemens Atea, nr. 184.598 van 24 juni 2008 komt het aan de Raad van State toe om het aangevoerde vertrouwelijk karakter van de betrokken stukken van het administratief dossier te beoordelen en daarbij de vereisten van het eerlijk proces en die van het zakengeheim met elkaar af te wegen.

Verwerende partij en tussenkomende partijen ontwaren de vertrouwelijkheid van de eenheidsprijzen in het feit dat het openbaar maken van deze prijzen nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van de diverse inschrijvers nu deze ook in latere overheidsopdrachten met elkaar in concurrentie kunnen staan.

Deze argumentatie overtuigt niet.

Bij de afweging van de rechten van verdediging en op een eerlijk proces tegen de eerbieding van het privé-leven is het slechts in uitzonderlijke gevallen aanvaardbaar dat bepaalde stukken van het dossier, bijvoorbeeld vanwege het vertrouwelijk karakter ervan, aan de tegenspraak ontsnappen.

In voorliggende overheidsopdracht is de prijzenproblematiek van doorslaggevend belang; de oorspronkelijke gunningsprocedure werd trouwens stopgezet precies omdat de offertes de raming te ruim overschreden en de onderhandelingsprocedure werd opgestart met het oog op het drukken van deze prijzen. Het lijkt dan ook van evident belang om een uitgewonnen inschrijver de kans te bieden de gunningsprocedure op dit punt te beoordelen en de prijzenproblematiek bij het in rechte treden te betrekken.

Het feit dat de eenheidsprijzen opgegeven in 2007 van belang kunnen zijn voor toekomstige opdrachten vormt geen uitzonderlijke reden om deze gegevens aan het tegensprekelijk debat te onttrekken. Verwerende partij noch tussenkomende partijen geven aan dat de voorliggende opdracht -die een kantoorgebouw met parking betreft- dermate uitzonderlijke werken of handelingen omvat dat de prijzen ervoor vertrouwelijk dienen te blijven. Hun redengeving onderscheidt zich niet van een situatie van een gewone opdracht in een concurrentiële omgeving.

Verzoekende partij beschikte niet over de betrokken prijsgegevens op het ogenblik van het indienen van het beroep en verwerende partij oordeelde uitdrukkelijk dat zij er niet mocht over beschikken zodat verzoekende partij uiteraard niet kan worden verweten er geen middel te hebben uitgepuurd. Dat verwerende partij vóór het indienen van het beroep besliste dat aan verzoekende partij de eenheidsprijzen niet werden medegedeeld, en dat verzoekende partij zich hiertegen niet op enige wijze, meer dan in briefwisseling, heeft voorzien, houdt voor deze laatste niet in dat in het kader van het voorliggend beroep verzoekende partij niet mag eisen dat het administratief dossier volledig aan haar bekend wordt gemaakt.

Conclusie is dan ook dat het gehele administratief dossier, zoals aangevuld door verwerende partij, voor verzoekende partij toegankelijk moet worden gesteld.

7.3. Zulks moet verzoekende partij in de eerste plaats ertoe aanzetten om mee te delen of ze haar middelen handhaaft dan wel aanpast of herformuleert. Voorts moet het haar toelaten desgewenst nieuwe middelen te formuleren op grond van de gegevens die haar eerst bekend zijn geworden ingevolge de inzage van het aanvullend administratief dossier.

In die omstandigheden wordt de beoordeling van de middelen uitgesteld.

BESLISSING

- 1. De debatten worden heropend.**
- 2. De Raad van State heft het vertrouwelijk karakter van het door verwerende partij neergelegde aanvullende administratieve dossier op en verleent er verzoekende partij inzage van.**
- 3. De Raad van State verleent aan verzoekende partij de mogelijkheid om binnen een termijn van zestig dagen na betekening van dit arrest middels een aanvullende memorie haar middelen al dan niet te handhaven, aan te vullen of nader uit te werken en nieuwe middelen aan te voeren op basis van de haar tot op heden onbekende gegevens die deel uitmaken van het voormelde aanvullende administratieve dossier.**
- 4. Aan verwerende partij en tussenkomenende partijen wordt een termijn van zestig dagen gegeven vanaf de betekening van de aanvullende memorie van verzoekende partij of vanaf de betekening van het bericht van ontstentenis hiervan, om een aanvullende memorie in te dienen.**
- 5. Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 29 november 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest