

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.755 van 13 maart 2014
in de zaak A. 207.110/XII-7152**

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

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 november 2012, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing d.d. 5 september 2012 [...] van het Departement Mobiliteit en Openbare Werken, afdeling Maritieme Toegang, namens het Vlaams Gewest” houdende “de gunning van een overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende het vernieuwen van wegenis Wondelgemkaai aan het kanaal Gent-Terneuzen aan [de nv Van Wellen]” en “de impliciete weigeringsbeslissing om de betreffende overheidsopdracht te gunnen aan [de nv Aclagro]”.

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 Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 januari 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bert Van Herreweghe, die loco advocaat Frank Judo verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht aanneming van werken uit met als voorwerp het vernieuwen van de wegenis Wondelgemkaai aan het kanaal Gent-Terneuzen. De gunningswijze is de openbare aanbesteding. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 april 2012.

3.2. Het toepasselijke bestek draagt als nummer 16EF/2011/37. De opening der offertes is bepaald op 16 mei 2012.

3.3. Er worden 13 offertes ingediend. De offerte van de nv Van Wellen is de laagste met een bedrag van 536.467,10 euro btw inbegrepen en die van de verzoekende partij de tweede laagste met een bedrag van 618.668,44 euro btw inbegrepen.

3.4. De verwerende partij verzoekt met een brief van 6 juni 2012 de nv Van Wellen in het kader van het onderzoek naar abnormale prijzen om een prijsverantwoording voor de totale offerteprijs en voor de posten 6, 7, 8, 17, 21, 24, 28 en 35.

De nv Van Wellen geeft aan de verwerende partij bij brief van 15 juni 2012 een prijsverantwoording.

Hierop vraagt de verwerende partij met een nota van 6 juli 2012 advies aan haar afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO) die advies geeft met een nota van 17 juli 2012. In dit advies oordeelt ATO dat de gegeven prijsverantwoording niet voldoende is.

De verwerende partij hierop vraagt op 30 juli 2012 aan de nv Van Wellen de staving van de gehanteerde CMK-tarieven en met betrekking tot post 7 de staving van de eenheidsprijs van de onderaannemer voor de overname van de kasseistenen.

Met een brief van 7 augustus 2012 stuurt de nv Van Wellen de stavingsstukken toe waarop de verwerende partij deze aan ATO voorlegt voor advies.

Met een nota van 20 augustus 2012 geeft ATO het advies dat de stukken evenmin overtuigen en dat de offerte nietig dient te worden verklaard wegens abnormale prijzen.

3.5. Op 28 augustus 2012 wordt het aanbestedingsverslag opgesteld waarin evenwel wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Van Wellen als de laagste regelmatige inschrijver.

3.6. Op 5 september 2012 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Van Wellen onder verwijzing naar het aanbestedingsverslag. Dit is de eerste bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4. De verwerende partij werpt op dat het beroep in zoverre het gericht is tegen de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, niet ontvankelijk is. Weliswaar heeft de verzoekende partij de tweede laagste offerte ingediend doch “[i]n dit stadium staat het allerminst vast of de offerte van de verzoekende partij regelmatig is”. De verwerende partij heeft aan de verzoekende partij geen prijsverantwoording gevraagd voor een aantal posten waarbij ATO opmerkingen had; zij heeft dit niet gedaan omdat zij, in het kader van efficiëntie, slechts dergelijke vragen heeft gesteld aan de laagste inschrijver. De verwerende partij heeft zich dus niet uitgesproken over de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij.

5. De verzoekende partij merkt op dat het standpunt van de verwerende partij ingaat tegen het gunningsverslag en de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Uit het gunningsverslag, bekrachtigd in de bestreden beslissing, blijkt dat de ingediende prijzen van de verschillende inschrijvers werden onderzocht en dat een rangschikking werd opgesteld van de regelmatige inschrijvers waaronder de verzoekende partij. De regelmatigheid van de verzoekende partij werd aldus in de bestreden beslissing opgenomen.

Beoordeling

6. In het aanbestedingsverslag wordt uitdrukkelijk opgemerkt dat “de regelmatigheid van de ingediende prijzen is onderzocht volgens art. 110 van het K.B. van 8-1-1996” waarna volgt: “Na prijsonderzoek en de verwerking van de verschillende inschrijvingen in het Delta-systeem wordt de rangschikking van de weerhouden inschrijvingen de volgende: [volgt deze rangschikking waarin de offerte van de verzoekende partij als tweede laagste figureert]”.

De bestreden beslissing vermeldt het volgende:

“Gelet op het verslag van de afdeling Maritieme Toegang, dd. 28-08-2012, dat bij deze beslissing is gevoegd en er integrerend deel van uitmaakt”.

De verwerende partij heeft aldus een formele beslissing genomen betreffende de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij door het aanbestedingsverslag zonder voorbehoud en volledig goed te keuren. Zij mag thans, in het kader van een procedure voor de Raad van State, de onregelmatigheid van deze offerte niet opwerpen. Deze stelling druist immers in tegen haar eerdere handelwijze en komt erop neer *post factum* een andere beoordeling in de plaats te stellen van degene die aan de bestreden beslissing ten grondslag ligt.

Voorts, het voorgaande verworven, heeft de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in het arrest nv Vanassche Firefighting Engineering, nr. 222.357 van 1 februari 2013, aangenomen dat het beroep tegen een impliciete weigeringsbeslissing niet *a priori* onontvankelijk is. Ten minste blijft, zo gaat het arrest voort, met het oog op een uitspraak over het supplementaire beroep tegen de impliciete weigering altijd na te gaan of verzoeker een middel aanvoert dat, gelet op alle gegevens waarmee in het kader van het beroep moet worden rekening gehouden, tot de uitzonderlijke vaststelling leidt dat de overheid geen andere keuze heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen. De al dan niet uiteindelijke

vernietiging van de impliciete weigeringsbeslissing hangt dan ook voor de rest samen met de grond van de zaak.

De exceptie wordt verworpen.

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

Standpunt van de partijen

7. In haar verzoekschrift merkt de verzoekende partij op dat zij, vooraleer haar beroep in te dienen, aan de verwerende partij meer informatie over de prijsverantwoording van de nv Van Wellen heeft gevraagd. De verwerende partij heeft geweigerd deze informatie te geven omdat de nv Van Wellen zich tegen de openbaarmaking van de prijsverantwoording heeft verzet. De verzoekende partij meent dat de argumentatie van de verwerende partij niet opweegt tegen haar rechten van verdediging.

In onderhavige zaak zijn de prijsproblematiek en aldus in het bijzonder de prijsverantwoording van de nv Van Wellen en de adviezen van ATO, essentieel en bepalend voor het al dan niet gegrond zijn van bepaalde wettigheidskritieken. Zij besluit dat de verwerende partij er in elk geval toe gehouden is een volledig administratief dossier in te dienen en dat er volgens haar geen redenen zijn om gegevens vertrouwelijk te behandelen.

8. De verwerende partij antwoordt in haar memorie van antwoord dat de nv Van Wellen zich verzet tegen het niet-vertrouwelijk neerleggen van haar offerte en haar prijsverantwoordingen. Zij stelt dat de verzoekende partij voldoende gegevens heeft om haar verdediging te voeren en wijst erop dat de verzoekende partij haar enig middel inzake de prijzenproblematiek ontwikkelt over 31 bladzijden. Voorts merkt zij op dat de bestreden beslissing een voldoende uitgebreide motivering bevat met betrekking tot de prijzen en dat zij de briefwisseling tussen haar en ATO als niet-vertrouwelijk neerlegt.

9. De verzoekende partij antwoordt in haar memorie van wederantwoord dat de verwerende partij in het administratief dossier de offertes van haar en de nv Van Wellen, de twee prijsverantwoordingen van de nv Van Wellen en de bijlagen bij de correspondentie tussen de verwerende partij en ATO als vertrouwelijk heeft aangemerkt. Zij wijst erop dat het aan de Raad van State toekomt te bepalen “in welke mate verwerende partij zich rechtsgeldig op de vertrouwelijkheid van voormelde stukken kan beroepen en in welke mate het verzoek beantwoordt aan de vereisten van artikel 87, §2, van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State”. Zij benadrukt dat zij in ieder geval haar verzoek tot inzage van het integrale administratief dossier handhaaft. Zij besluit haar uiteenzetting door erop te wijzen dat zo de Raad van State de vertrouwelijkheid opheft, zij het recht moet krijgen om de door haar aangevoerde middelen nader uit te werken en te vervolledigen, desgevallend één of meer nieuwe middelen aan te voeren.

10. In haar laatste memorie repliceert de verwerende partij op het auditoraatsverslag dat de opheffing van de vertrouwelijkheid voorstelt. Zij stelt dat een inzage in de eenheidsprijzen voor de nv Van Wellen een bijzonder ernstig en moeilijk te herstellen nadeel zou kunnen betekenen voor haar concurrentiepositie in het kader van latere opdrachten. Ook merkt zij op dat de offertes amper één jaar oud zijn zodat de prijzen nog als actueel moeten worden aanzien. Zij besluit dat haar handelwijze inzake het administratief dossier een evenwicht inhoudt tussen de rechten van verweer van de verzoekende partij en de rechtmatige commerciële belangen die de gekozen inschrijver wenst te vrijwaren.

Beoordeling

11. De verwerende partij heeft het volledig administratief dossier neergelegd zodat thans enkel de vraag rijst wat de Raad van State te doen staat met de stukken die de verwerende partij in het administratief dossier als vertrouwelijk heeft aangemerkt; dit zijn, volgens de verwerende partij, de offertes van de verzoekende partij en de nv Van Wellen, de bijlagen bij de correspondentie tussen de verwerende partij en ATO en de twee prijsverantwoordingen van de nv Van Wellen.

12. Artikel 65/26 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, zoals van toepassing ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing, luidde:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

Het komt aldus 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.

13. Verwerende partij ontwaart de vertrouwelijkheid in het feit dat het openbaar maken van deze prijzen nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van de nv Van Wellen, inzonderheid haar concurrentiepositie in het kader van latere opdrachten.

Deze argumentatie overtuigt niet.

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

Bij voorliggende overheidsopdracht is de prijzenproblematiek van doorslaggevend belang. Het enige middel van de verzoekende partij raakt

deze problematiek. Het lijkt dan ook van evident belang om een geweerde 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 mei 2012 van belang kunnen zijn voor toekomstige opdrachten vormt geen uitzonderlijke reden om deze gegevens aan het tegensprekelijk debat te onttrekken. De verwerende partij geeft ook niet aan dat de voorliggende opdracht –die wegeniswerken betreft– dermate uitzonderlijke werken of handelingen omvat dat de prijzen ervoor vertrouwelijk dienen te blijven. Haar redengeving onderscheidt zich niet van een situatie van een gewone opdracht in een concurrentiële omgeving. Komt hierbij dat de verwerende partij hier de belangen van een inschrijver verdedigt die zelf de kans niet te baat heeft genomen om zijn standpunt over de problematiek vóór de Raad van State uiteen te zetten. De verwerende partij licht ook niet toe hoe de vertrouwelijkheid haar belang zou kunnen dienen.

De verzoekende partij beschikte niet over de vertrouwelijk verklaarde prijsgegevens op het ogenblik van het indienen van het beroep en de verwerende partij oordeelde uitdrukkelijk dat zij er niet over mocht beschikken. Ten aanzien van de verzoekende partij kan dan ook niet op een absolute wijze worden gesteld dat zij over voldoende gegevens beschikte om haar middelen te formuleren.

Conclusie is dan ook dat het gehele administratief dossier, de door de verwerende partij vertrouwelijk verklaarde stukken inclus, voor de verzoekende partij toegankelijk moet worden gesteld en de vertrouwelijkheid dus wordt opgeheven.

Zulks moet de verzoekende partij in de eerste plaats ertoe aanzetten om mee te delen of zij haar middel 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 de stukken waarvan de vertrouwelijkheid wordt opgeheven.

In die omstandigheden wordt de beoordeling ten gronde uitgesteld.

BESLISSING

- 1. De Raad van State heropent het debat.**
- 2. De Raad van State heft het vertrouwelijke karakter van de door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde stukken van het administratief dossier op en verleent er de verzoekende partij inzage van.**
- 3. De Raad van State verleent aan de verzoekende partij de mogelijkheid om binnen een termijn van dertig dagen na betekening van dit arrest met een aanvullende memorie haar middel 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 de initieel vertrouwelijk verklaarde stukken van het administratief dossier.**
- 4. Aan de verwerende partij wordt een termijn van dertig dagen gegeven vanaf de betekening van de aanvullende memorie van de 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 13 maart 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest