

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.122 van 5 mei 2015
in de zaak A. 212.456/XII-7660**

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
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 9 mei 2014, strekt tot de nietigverklaring van de gunningsbeslissing van het Agentschap Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen van 9 oktober 2013 waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van werken “Erpe-Mere – N9 – Gentsesteenweg N46 – Oudenaardsesteenweg N442 – Leedsesteenweg (Vijfhuizen)” wordt gegund aan de bvba Norré-Behaegel en van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht 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 28 april 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Els Gypen, die loco advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Rebecca Denys, die in eigen naam en loco advocaat Karel Van Hoorebeke verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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 wegwerken en de heraanleg van een aantal gevaarlijke kruispunten, met inbegrip van onder meer afvoerbuizen, fietspaden, voetpaden en beplanting. De gunningswijze is de openbare aanbesteding.

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 2.849.007,50 euro, btw niet inbegrepen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 11 maart 2013.

Het bestek met referentie 1M3D8H/13/12. 2 is van toepassing.

3.2. Er worden twaalf offertes ingediend. De offerte van de bvba Norré-Behaegel is de laagste met een bedrag van 2.597.732,67 euro, btw inbegrepen en die van de verzoekende partij de tweede laagste met een bedrag van 2.666.893,39 euro, btw inbegrepen.

3.3. De verwerende partij verzoekt de bvba Norré-Behaegel om een prijsverantwoording voor de posten 12, 21.1, 21.2, 43, 47, 70.6, 91.2, 98.4, 107.1, 108, 114.1, 129.1, 136.6, 147, 148, 151, 180.5 en 272.

De bvba Norré-Behaegel geeft aan de verwerende partij bij brief van 31 mei 2013 een prijsverantwoording.

De verwerende partij vraagt de bvba Norré-Behaegel een tweede prijsverantwoording en dit voor de posten 42 en 145.

De bvba Norré-Behaegel geeft in antwoord aan de verwerende partij bij brief van 26 juni 2013 een tweede prijsverantwoording.

Hierop vraagt de verwerende partij advies aan de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (hierna: ATO) die dit geeft met een nota van 10 juli 2013. Hierin oordeelt ATO dat de gegeven prijsverantwoording voldoende is.

3.4. Op 9 september 2013 wordt het gunningsverslag opgesteld waarin wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bvba Norré-Behaegel als de laagste regelmatige inschrijver.

Wat de “financiële controle van de laagste offerte” betreft, vermeldt dit verslag de posten in vetjes zijn die waarvoor een prijsverantwoording werd gevraagd:

“5.1. Totale inschrijvingsprijs

Vergelijking laagste inschrijvingsprijs met raming en gemiddelde volgens art. 110 § 4

- Gemiddelde volgens art 110 §4: 2.329.130,65 8 (excl. BTW)

- Raming: 2.849.007,50 8 (excl. BTW)

- Laagste inschrijving: 2.146.586,50 8 (excl. BTW)

• het gemiddelde volgens art 110 § 4 - KB 08.01.1996 is 18,25% lager dan de raming.

• De laagste inschrijving is 24,65 % lager dan de raming en 7,84 % lager dan het gemiddelde volgens art. 110 § 4 - KB 08.01.1996.

Conclusies

• Het bedrag van de laagste bidder ligt binnen de 15 % grenswaarde t.o.v. het gemiddelde van de Inschrijvers en de raming.

5.2. Eenheidsprijzen

Vergelijking van de eenheidsprijzen van de inschrijvers t.o.v. het rekenkundig gemiddelde

Het project omvat 573 posten. Iedere post staat dan gemiddeld voor 0,17 % van de totale aanbesteding.

Voor het nazicht van de schijnbare abnormale prijzen beschouwen we de posten waarvan de totale prijs hoger is dan 0,17 % van de kostenraming, nl. € 4.843,31 Deze posten zijn gearceerd vermeld in de bijlage 6.

De prijzen van Norré-Behaegel BVBA worden als volgt geëvalueerd:

Geval A : de afwijking van de prijzen van Norré-Behaegel BVBA tov. de raming ligt in een marge van + of -15 % en worden aanzien als normale prijzen.

Geval B : de onderlinge afwijking t.o.v. de raming van 2 inschrijvers van de 3 laagste, waarbij Norré-Behaegel BVBA, is gelegen in een marge van 15 % en worden ook beschouwd als normale prijzen

Geval C : Deze prijzen vergen een nader onderzoek

Geval A: posten [...].

Geval B: posten [...].

Geval C: posten 3, 12, 17, 18.1, 21.1., 21.2, 43, 47, 63, 91.2, 98.4, 107.1, 114.1, 129.1, 136.6. 145, 172.1, 180.5, 259, 272

Bespreking posten - Geval C

Post 3:

De inschrijvingsprijs ligt 66,67% boven de raming. De inschrijvingsprijzen van de 2de en 3de inschrijver liggen respectievelijk 3,63% onder en 41,67% onder de raming. ABR polis is afhankelijk van de

andere werkzaamheden van de aannemer en mogelijke schadegevallen en ongevallen in het verleden. De eenheidsprijs wordt aanvaard.

Post 12:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Post 17:

De inschrijvingsprijs ligt 70,00% onder de raming. De inschrijvingsprijzen van de 2de en 3de inschrijver liggen respectievelijk 89,60% onder en 98,00% onder de raming. De eenheidsprijs is afhankelijk van de inzet van eigen machines en personeel of onderaanneming. De prijs kan bijgevolg als normaal beschouwd worden.

Post 18.1:

De inschrijvingsprijs ligt 33,33% onder de raming. De inschrijvingsprijzen van de 2de en 3de inschrijver liggen respectievelijk 63,67% onder en 13,33% boven de raming. De werken zijn goed gedefinieerd (post SB250). Er kan geen aanleiding zijn tot latere prijsdiscussie. De prijs kan bijgevolg als normaal beschouwd worden.

Post 21.1:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Het ingeschatte rendement ligt aan de hoge kant, zeker gezien de nabijheid van de diverse leidingen openbaar nut. De opgegeven eenheidsprijs is echter per lopende meter, waardoor hier geen discussie kan ontstaan tijdens de uitvoeringsfase.

De eenheidsprijs wordt dan ook aanvaard.

Post 21.2:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Post 43:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013: Er zijn geen verdere opmerkingen meer.

Post 47:

De inschrijvingsprijs ligt 68% onder de raming. De inschrijvingsprijzen van de 2^{de} en 3^{de} inschrijver liggen respectievelijk 48% en 88% onder de raming. De inschrijvingsprijs ligt aldus tussen de overige inschrijvingen, de werken zijn te hoog geraamd. De post is goed gedefinieerd (post SB250) en kan geen discussie zijn omtrent de werken. De eenheidsprijs wordt aanvaard.

Post 63:

De inschrijvingsprijs ligt 34,12% boven de raming. De inschrijvingsprijzen van de 2^{de} en 3^{de} inschrijver liggen 85,18% boven en 7,65% boven de raming. De werken zijn goed gedefinieerd (post SB250).

Er kan geen aanleiding zijn tot latere prijsdiscussie. De prijs kan bijgevolg als normaal beschouwd worden.

Post 91.2:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

De aannemer maakt melding in de prijsverantwoording (en de bijlage) van plaatsing van een gewapende betonbuis diameter 400 mm. De betreffende post betreft de aanleg van een staalvezel versterkte betonbuis, reeks 135, tevens diameter 400. De werken en rendementen zijn aldus vergelijkbaar.

De eenheidsprijs wordt dan ook aanvaard.

Post 98.4:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Post 107.1:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Er zijn geen verdere opmerkingen meer.

Post 114.1:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

De aannemer zijn prijsverantwoording gaat deels uit van een diameter 700 mm, terwijl deze niet opgenomen is in het ontwerp. De berekening van de aannemer is correct.

Gezien het geringe prijsverschil tussen een diameter 600 mm en 700 mm is de eenheidsprijs als normaal te beschouwen.

Post 129.1:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

De opgegeven eenheidsprijs van de leverancier betreft deze voor een riooldeksel met sterkteklasse D400, terwijl de post een riooldeksel met sterkteklasse C250 betreft.

Gezien het geringe prijsverschil tussen beide sterkteklassen is de eenheidsprijs als normaal te beschouwen.

Post 136.6:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Er zijn geen verdere opmerkingen meer.

Post 145:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 27/06/2013:

De prijsverantwoording omvat het leveren, plaatsen en verwijderen van de lucht- en waterzijdige filters en het leveren van de actieve kool.

Er zijn geen verdere opmerkingen meer.

Post 172.1:

De inschrijvingsprijs ligt 30,00% onder de raming. De inschrijvingsprijzen van de 2^{de} en 3^{de} inschrijver liggen respectievelijk

49,60% onder en 47,50% onder de raming. De eenheidsprijs van de inschrijver ligt tussen de raming en de prijzen van de tweede en derde inschrijver. De werken zijn goed gedefinieerd (post SB250). Er kan geen aanleiding zijn tot latere prijsdiscussie. De prijs kan bijgevolg als normaal beschouwd worden.

Post 180.5:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Er zijn geen verdere opmerkingen meer.

Post 259:

Gelet op het feit dat de kosten voor Geprefabriceerde betonnen trottoirbanden volgens 8-1.2. in 3 deelposten zijn ondergebracht (i.e. 259,261.1,261.2) maken we een totaal van deze posten voor de laagste 3 inschrijvers, dit geeft een volgend beeld:

Raming: 18.425,00 €

Norré-Behaegel bvba 18.790,00 € +1,98%

Aclagro NV 18.963,00 € +2,94%

Lareco-Bornem NV 19.850,00 € +7,73%

We besluiten dat de prijzen van Norré-Behaegel bvba onder te brengen zijn in geval A.

Post 272:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Er zijn geen verdere opmerkingen meer.

Bespreking posten bijkomende verantwoording

Post 42:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 27/06/2013:

De aannemer geeft een prijsverantwoording op voor de post, uitgaande van een offerte van De Bree. De offerte is gebaseerd op overname en verwerking van grond met code 000.

Post 42 betreft de identieke handelingen als post 108, echter geeft de aannemer aan om de verwerking op een andere locatie te laten uitvoeren (De Bree in plaats van RECYCLING). De eenheidsprijs is echter identiek voor beide postnummers. Hoewel minder zicht is op verwerking van de uitgegraven gronden van deze post, dienen ook deze gronden eventueel gereinigd te worden, wat vervat zit in de kostprijs opgegeven door De Bree.

Tijdens de uitvoeringsfase kan dit geen aanleiding geven tot discussie. De eenheidsprijs wordt dan ook aanvaard.

Post 108:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

De kostprijs voor staalname is een aanneme door de aannemer. De aannemer gaat uit van reiniging van de gronden, waardoor tijdens de uitvoering geen discussie kan ontstaan wat met de grond moet

gebeuren. De aannemer heeft geen kosten ingerekend voor het storten na reiniging van de gronden. De eenheidsprijs dient tevens het storten te omvatten.

Tijdens de uitvoeringsfase kan dit geen aanleiding geven tot discussie. De eenheidsprijs wordt dan ook aanvaard.

Post 147:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Er zijn geen verdere opmerkingen meer.

Post 148:

Zie prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel dd. 31/05/2013:

Er zijn geen verdere opmerkingen meer.”

3.5. Op 9 oktober 2013 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de bvba Norré-Behaegel “gelet op de motieven uit het onderzoek en de beoordeling”. Dit is de eerste bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 19 maart 2014 wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat haar offerte niet is gekozen. Het gunningsverslag, zonder de bijlagen, wordt bijgevoegd.

Bij brief van 27 maart 2014 verzoekt de verzoekende partij om een kopie van de eigenlijke gunningsbeslissing en bijkomende informatie nopens het prijsonderzoek en de motieven voor de aanvaarding van de door de bvba Norré-Behaegel verstrekte prijsverantwoording. De verzoekende partij herinnert aan haar schrijven op 10 april 2014.

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 “het staat geenszins vast dat de offerte van de verzoekende partij regelmatig is”. De verwerende partij

heeft de regelmatigheid van de eenheidsprijzen van de verzoekende partij immers niet onderzocht; zij heeft dit niet gedaan omdat zij, in het kader van efficiëntie, slechts dergelijke vragen heeft gesteld aan de laagste inschrijver. Doch uit het advies van ATO blijkt dat de offerte van de verzoekende partij eenheidsprijzen bevat waaraan een vermoeden van abnormale lage prijzen kleeft. Bijgevolg, “zelfs indien de middelen van verzoekende partij gegrond zouden worden verklaard [...] staat het niet vast dat deze de laagst regelmatige offerte zou ingediend hebben”. Daarenboven kan de overheid in beginsel iedere overheidsopdracht stopzetten; er bestaat als dusdanig geen verplichting om de overheidsopdracht te gunnen.

5. De verzoekende partij merkt op dat het standpunt van de verwerende partij ingaat tegen de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State. Voorts laat een vernietiging van een impliciete weigeringsbeslissing de bevoegdheid van de verwerende partij om alsnog de opdracht niet te gunnen, onverkort, voor zover dergelijke beslissing afdoende gemotiveerd kan worden en zulks nog mogelijk is. De verwerende partij kan bovendien niet ernstig beweren te overwegen de opdracht niet te zullen gunnen.

6. In de laatste memorie voert de verwerende partij nog aan dat de verzoekende partij zich niet in een uitzonderlijke omstandigheid zoals aangehaald in arresten nrs. 222.357 en 222.358 van 1 februari 2013 bevindt, aangezien de verzoekende partij niet in haar middelen aannemelijk maakt dat zij de laagst regelmatige offerte heeft ingediend.

Beoordeling

7. De algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft 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 in die zin samen met de grond van de zaak.

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

Standpunt van de partijen

8. 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 bvba Norré-Behaegel, meer bepaald bij e-mail en schrijven van 27 maart 2014, gevolgd door een herinnering, heeft gevraagd. De verwerende partij weigert deze informatie vrij te geven omdat deze als bedrijfsgevoelige informatie moet worden beschouwd. 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 bvba Norré-Behaegel 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.

9. De verwerende partij antwoordt in haar memorie van antwoord dat de openbaarmaking van de samenvattende meetstaat bij de offertes, de afzonderlijke prijsberekening bij het veiligheid- en gezondheidsplan van de verzoekende partij en de bvba Norré-Behaegel, de gedetailleerde prijsverantwoordingen van 31 mei 2013 en 27 juni 2013 van de bvba Norré-Behaegel, de prijsanalyse en het volledige gunningsverslag met bijlagen – zijnde stukken die eenheidsprijzen bevatten en die als vertrouwelijke stukken zijn opgenomen in het administratief dossier – schade kan toebrengen aan de

rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvende ondernemingen. De kennisname via huidige procedure van de eenheidsprijzen van een bepaalde inschrijver door een andere inschrijver kan er immers toe leiden dat deze bij deelname aan latere gelijkaardige opdrachten dezelfde eenheidsprijzen gaat gebruiken, hoewel deze niet representatief zijn voor die inschrijver en met het enkel oogmerk om het concurrentievoordeel van de eerstgenoemde inschrijver trachten teniet te doen en alzo de opdracht binnen te halen.

10. De verzoekende partij antwoordt in haar memorie van wederantwoord dat die argumentatie niet overtuigt. Ook in het kader van toekomstige opdrachten is zij er immers toe gehouden om de door haar ingediende prijzen te verantwoorden. Bovendien is voormelde argumentatie een passe-partout die voor elke opdracht en elke post kan worden gebruikt. De verwerende partij heeft bovendien deze argumentatie zelf ondergraven. In het gunningsverslag geeft de verwerende partij bij de bespreking van de posten 3, 17, 18.1, 47, 63 en 172.1 de procentuele afwijking weer tussen de eenheidsprijs van de bvba Norré-Behaegel en de eenheidsprijs van de verzoekende partij, zodat zij perfect de door bvba Norré-Behaegel opgegeven eenheidsprijs kan berekenen voor voormelde posten. Voor die posten zou er aldus geen risico bestaan op “kopiëren” bij toekomstige opdrachten, doch voor de overige posten wel. Aldus rijst volgens de verzoekende partij de vraag waarom de andere posten, namelijk posten 12, 21.2, 43, 98.4, 107.1, 136.6, 147 en 148, van een dermate bedrijfsspecifieke en dus confidentiële aard zijn. Geen enkele toelichting wordt voor die posten verschaft nopens de prijsverantwoording, noch in cijfers, noch in woorden. In het licht van de argumentatie waarop de verwerende partij zich beroept om de vertrouwelijkheid te motiveren, zou het volgens de verzoekende partij volstaan de eigenlijke eenheidsprijs niet mee te delen en zouden de inhoudelijke redenen om tot die prijs te komen wel kunnen worden weergegeven.

Zij wijst er voorts op 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”. Zij benadrukt dat er te dezen geen redenen zijn om de vertrouwelijkheid van voorgaande gegevens te

handhaven. 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, eventueel één of meer nieuwe middelen aan te voeren.

11. In haar laatste memorie repliceert de verwerende partij op het auditorsverslag dat de opheffing van de vertrouwelijkheid voorstelt. Zij blijft er bij dat door de vrijgave van de eenheidsprijzen de andere inschrijvers aan een bijzonder ernstig en moeilijk te herstellen nadeel worden blootgesteld in het kader van latere opdrachten. Voorts merkt zij nog op dat de verzoekende partij zich vergist wat de posten 3, 17, 18.1, 47, 63 en 172.1 betreft: enkel de procentuele afwijking met de raming, niet met de eenheidsprijzen van de verzoekende partij, wordt weergegeven. Zij meent ook dat het gunningsverslag, zonder bijlagen, de verzoekende partij afdoende in staat stelt om haar kritieken te formuleren en wijst erop dat de verzoekende partij haar middelen inzake de prijzenproblematiek “uitgebreid” ontwikkelt. De verwerende partij volhardt dus in haar verzoek tot de vertrouwelijke behandeling van de als dusdanig aangeduide stukken. In ondergeschikte orde verzoekt zij het lichten van de vertrouwelijkheid te beperken tot de stukken die essentieel zijn voor het geschil. De verzoekende partij beoogt immers inzage te krijgen in de prijsverantwoording van bvba Norré-Behaegel. Er wordt niet aangetoond waarom er ook inzage dient te worden verleend in de overige als vertrouwelijk aangemerkte stukken zoals die betrekkelijk de overige inschrijvers.

12. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat uit het aan haar overgemaakt “gecensureerd” gunningsverslag voor de posten 3, 17, 18.1, 47, 63 en 172.1 de eenheidsprijzen van de bvba Norré-Behaegel wel degelijk kunnen worden afgeleid. De verzoekende partij merkt ten slotte op dat zij in elk geval naast inzage in de prijszetting en –verantwoording van de bvba Norré-Behaegel, ook inzage wenst van de prijsanalyse en het gunningsverslag met bijlagen, dit zijn de stukken 9 en 11 administratief dossier.

Beoordeling

13. 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 samenvattende meetstaat bij de offertes van de verzoekende partij en de bvba Norré-Behaegel, hun prijsberekening bij het veiligheid- en gezondheidsplan, de twee prijsverantwoordingen van de bvba Norré-Behaegel, de prijsanalyse en het gunningsverslag met de bijlagen; die bijlagen zijn: bijlage 1: proces-verbaal van de opening van de offertes, bijlage 2: nazicht van de offertes met betrekking tot het veiligheids- en gezondheidsplan, bijlage 3: verbetering van rekenfouten, bijlage 4: berekening van het gemiddelde (volgens artikel 110, § 4), bijlage 5: overzicht van de procentuele afwijkingen ten opzichte van het gemiddelde (bij de eenheidsprijzen; dit is de prijsanalyse) en bijlage 6: prijsverantwoordingen van de bvba Norré-Behaegel.

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.

14. De 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 bvba Norré-Behaegel en de “andere inschrijvers”, inzonderheid hun concurrentiepositie in het kader van latere opdrachten.

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 de voorliggende overheidsopdracht is de prijzenproblematiek van doorslaggevend belang. De middelen van de verzoekende partij raken 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 april 2013 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 nader toe hoe het risico op speculatieve prijzen bij latere opdrachten haar belangen rechtstreeks zou kunnen schaden. Zij beschikt over de wettelijke mogelijkheid deze te onderwerpen aan een prijsonderzoek inzake abnormale prijzen en heeft zelfs als zorgvuldig handelende overheid de plicht om de regelmatigheid van een offerte na te gaan, waarbij één van de elementen van regelmatigheid is dat de

offerte geen abnormale of irreële prijzen bevat. Wat de belangen van de “andere inschrijvers” betreft, geeft de verwerende partij geen specifieke redenen die enkel op die inschrijvers betrekking hebben zodat een onderscheiden behandeling niet nodig is.

De verzoekende partij beschikte niet over de vertrouwelijk verklaarde bijlagen bij het gunningsverslag, die onder meer de prijsverantwoordingen van de bvba Norré-Behaegel en de prijsanalyse bevatten, op het ogenblik van het indienen van het beroep en de verwerende partij weigerde deze vrij te geven. Ten aanzien van de verzoekende partij kan dan ook niet op een absolute wijze worden gesteld dat zij met enkel het gunningsverslag zonder de bijlagen over voldoende gegevens beschikte om haar middelen te formuleren. Immers zoals blijkt uit de hiervoor weergegeven motivering in het gunningsverslag van de “financiële controle” van de prijzen van de bvba Norré-Behaegel, verwijst deze naar de bijlagen en bij de bespreking van een aantal posten wordt, zoals de verzoekende partij overigens aanklaagt in haar eerste middel met het oog op het aanvaarden van de regelmatigheid van die eenheidsprijzen louter verwezen naar de “prijsverantwoording BVBA Norré-Behaegel” soms met bijkomende vermelding dat “er geen verdere opmerkingen zijn”.

Conclusie is dan ook dat het gehele administratief dossier, de door de verwerende partij vertrouwelijk verklaarde stukken inclusief, voor de verzoekende partij toegankelijk moet worden gesteld en de vertrouwelijkheid dus wordt opgeheven. Er is ook geen reden om de opheffing van de vertrouwelijkheid te beperken tot de twee prijsverantwoordingen van de bvba Norré-Behaegel. Zoals reeds opgemerkt is de prijzenproblematiek hier essentieel; de afzonderlijke prijsberekening bij het veiligheid- en gezondheidsplan en de prijsanalyse die bij de beoordeling door de verwerende partij van de eenheidsprijzen werd betrokken, zijn dan ook essentieel voor de oplossing van het geschil.

Zulks moet de verzoekende partij in de eerste plaats ertoe aanzetten om mee te delen of zij 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 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 grond 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 5 mei 2015,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest