

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.519 van 24 februari 2014
in de zaak A. 211.477/XII-7570**

In zake: de NV AANNEMINGEN VERHELST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
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 de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 januari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing [waarbij] de aannemingsopdracht van werken betreffende ‘Zeebrugge – Overstromingsmaatregelen rond de haven fase 1’ wordt toegewezen aan Betonac nv te Sint-Truiden voor een bedrag van 3.425.363,84 euro (incl. BTW)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 februari 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaten Frank Judo en Stijn Maeyaert, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. Het Agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust, afdeling Kust, schrijft een open aanbesteding voor werken uit met als voorwerp ‘Zeebrugge – Overstromingsmaatregelen rond de haven fase 1’. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 november 2013.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. 16EH/13/08.

De werken worden als volgt beschreven:

“Het voorwerp van de opdracht is het bouwen van een waterkerende constructie, langs de Kustlaan te Zeebrugge ter bescherming tegen overstromingen vanuit zee. De studie, bouw en onderhoud van de mobiele keringen in deze stormmuur gedurende 10 jaar behoren ook tot de opdracht. Daarnaast omvat de opdracht ook de aanleg van een voetpad, fietspad en groenzone.”

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 5 december 2013. Er werden zes offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en die van de nv Betonac.

3.4. De verwerende partij vraagt met een e-mail van 5 december 2013, bevestigd bij brief van 9 december 2013, een prijsverantwoording aan de nv Betonac, die met een brief van 6 december 2013 een verantwoording geeft.

3.5. In het gunningverslag van 6 december 2013 wordt de prijsverantwoording als volgt geëvalueerd:

“4. Prijsonderzoek

De raming van de totale opdracht bedraagt 4.068.420,43 euro (incl. btw). Het wettelijk gemiddelde van de inschrijvingen volgens KB 15/07/2011, art. 99 § 2 bedraagt 4.138.500,66 euro (incl. btw). Het grensbedrag voor het nazicht van het eventueel abnormaal karakter van de inschrijvingsprijs bedraagt 3.517.725,56 euro (incl. btw).

	Inschrijver	Offerte-bedrag Incl. btw	% afwijking inschrijving t.o.v. raming	% afwijking inschrijving t.o.v. gemiddelde
1	Betonac nv te Sint-Truiden	€ 3.425.363,84	-15,81%	-17,23%
2	Verhelst Aannemingen nv te Oostende	€ 3.837.172,00	-5,68%	-7,28%

[...]

De inschrijvingsprijs van de laagste inschrijver, Betonac nv te Sint-Truiden ligt onder het grensbedrag.

Op datum van 5 december 2013 werd een prijsverantwoording gevraagd aan Betonac nv. Op 6 december 2013 werd de prijsverantwoording ontvangen. De aanbestedende overheid besluit dat geen abnormaliteiten zijn vast te stellen in de prijzen en dat er geen vermoeden is van speculatief karakter van de inschrijving. Bijgevolg wordt de offerte van Betonac nv als laagste regelmatige offerte beschouwd.”

In het gunningverslag wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Betonac.

3.6. De administrateur-generaal van het agentschap Maritieme Dienstverlening en Kust beslist op ongekende datum om de opdracht te gunnen aan de nv Betonac. Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Bij een op 13 januari 2014 ter post aangetekende brief wordt de

bestreden beslissing betekend aan de verzoekende partij.

3.8. De verzoekende partij meldt bij een ter post aangetekende brief van 20 januari 2014 aan de verwerende partij:

“Verhelst is van oordeel dat voormelde motivering absoluut niet van aard is om, in het kader van een verplicht prijsonderzoek, te besluiten tot de afwezigheid van een op het eerste gezicht abnormaal lage totaalprijs wat betreft de offerte van Betonac nv. Of, om het uit te drukken met de bewoording van de Raad van State, uit het gunningsverslag blijkt niet dat uw dienst de door Betonac nv verstrekte verantwoording voor de abnormaal lage totaalprijs van haar offerte met de nodige ernst en zorgvuldigheid heeft onderzocht (RvS 3 december 2013, nr. 225.671). Bijgevolg wenst Verhelst uw administratie dan ook het uitdrukkelijke verzoek te richten om m.b.t. de prijsverantwoording die door Betonac nv werd overgemaakt, per kerende nadere toelichting te verstrekken [...]”

3.9. Bij een ter post aangetekende brief van 23 januari 2014 antwoordt de verwerende partij:

“De prijsverantwoording van Betonac nv werd door het bestuur grondig onderzocht waaruit bleek dat de prijzen marktconform zijn. Wij kunnen niet ingaan op uw vraag omdat dit bedrijfsinformatie betreft.”

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

4.2. Te dezen is evenwel de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 15, tweede lid, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken zoals hier het geval is.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunten van de partijen

5. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 24 van de Wet van 15 juni 2006; schending van artikel 21 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, juncto artikel 99, §1 en §2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011; schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen [...]; schending van de algemene beginselen van behoorlijke bestuur, m.n. het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partij vat in het verzoekschrift het middel als volgt samen:

“Schending van artikel 24 van de Wet van 15 ju[n]i 2006, van artikel 21, juncto artikel 99, §§1 en 2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011;
Schending van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991, m.n. de formele motiveringsplicht;
Schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel;

Doordat Verwerende partij in toepassing van artikel 99, §2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 gehouden was tot een verplicht prijsonderzoek betreffende de offerte van [de nv Betonac], zoals voorzien in artikel 21 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011;

Overwegende dat Verwerende partij in het gunningsverslag bevestigt dat een prijsverantwoording aan [de nv Betonac] werd gevraagd, doch zich er vervolgens toe beperkt te stellen dat er geen abnormaliteiten werden vastgesteld en dat er geen vermoeden van een speculatief karakter van de inschrijving voorligt;

Doordat nadat Verzoekende partij nadere toelichting aan Verwerende partij heeft gevraagd, Verwerende partij zich ertoe beperkt te stellen dat de prijzen marktconform zijn;

Terwijl in het kader van een verplicht prijsonderzoek in toepassing van artikel 21, juncto artikel 99, §2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, Verwerende partij in haar hoedanigheid van aanbestedende overheid overeenkomstig de formele motiveringsplicht ertoe gehouden is de niet-gekozen inschrijver, in casu Verzoekende partij, in staat te stellen terdege te beoordelen of het zin heeft zich tegen de Bestreden Beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt, wat inhoudt dat Verzoekende partij uit de meegedeelde motivering moet kunnen afleiden om welke redenen de prijsverantwoordingen die door [de nv Betonac] werden verstrekt, in redelijkheid aan Verwerende partij toelieten om binnen de haar toekomende discretionaire beoordelingsbevoegdheid de inschrijvingsprijs van [de nv Betonac] alsnog als normaal te beschouwen;

Terwijl Verwerende partij zich niet kan beroepen op de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens, zoals bedoeld in artikel 10 van de Wet van 17 juni 2013 om zich te onttrekken aan haar verplichting om, middels een afdoende en draagkrachtige formele motivering, de toepassing van artikel 99, §§ 1 en 2, juncto artikel 21 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 toe te lichten in de gemotiveerde gunningsbeslissing;

Zodat bijgevolg de Bestreden Beslissing artikel 24 van de Wet van 15 juni 2006 schendt, alsmede artikel 21, juncto artikel 99, §1 en 2 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, alsmede de formele motiveringsplicht die is opgenomen in de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 en het zorgvuldigheidsbeginsel.”

In haar toelichting merkt de verzoekende partij op dat de door de verwerende partij gegeven motivering “niet voldoet aan de vereiste van de formele motivering, m.n. verzoekende partij in staat stellen de kwalitatieve en inhoudelijke beoordeling van het door de verwerende partij verplicht uitgevoerde prijsonderzoek op haar waarde te schatten”.

6. De verwerende partij stelt dat zij uit de opbouw van het middel begrijpt dat de schending van de formelemotiveringsplicht wordt ingeroepen.

In hoofdorde argumenteert de verwerende partij dat aan het formelemotiveringsvereiste is voldaan omdat de aangevochten motivering door de bewoordingen ervan aangeeft dat een en ander conform de voormelde plichten werd onderzocht alsook de feitelijke motieven weergeeft op grond waarvan de bestreden beslissing is genomen, namelijk dat de prijzen klaarblijkelijk niet abnormaal zijn en er van speculatie geen sprake is. Een en ander doet tot slot begrijpen dat de bestreden beslissing met de nodige zorgvuldigheid werd genomen.

In ondergeschikte orde stelt de verwerende partij dat het geven van nadere toelichting bij het prijsonderzoek in ieder geval strijdig is met de bescherming van het zakengeheim en het vertrouwelijk karakter van de prijsinformatie. De door de verzoekende partij gevraagde informatie bestaat omzeggens volledig uit prijzen en andere cijfermatige gegevens. De Raad van State kan dan ook enkel aan de eisen van de verzoekende partij tegemoetkomen indien de door de gekozen inschrijver geboden prijzen ter kennis worden gebracht.

De kennisgeving van de prijsinformatie zou echter afbreuk doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de gekozen inschrijver, waardoor de door de verzoekende partij ingeroepen artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 niet mogen worden toegepast. In de mate dat de Raad van State zou oordelen dat de bestreden beslissing niet afdoende is gemotiveerd, kan dit met andere woorden niet resulteren in de onwettigheid ervan in de zin van de voormelde wet. De verwerende partij beroept zich uitdrukkelijk op artikel 4 van de voormelde wet van 29 juli 1991 dat stelt dat de motiveringsplicht niet van toepassing is indien de motivering van de handeling afbreuk kan doen aan de eerbied voor het privéleven alsook op de artikelen 10 en 26 van de voormelde wet van 17 juni 2013 en artikel 38, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ die alle handelen over de bescherming van het zakengeheim.

De prijsinformatie van de gekozen inschrijver werd de verwerende partij uitdrukkelijk in vertrouwelijkheid gegeven, waardoor het prijsgeven van die informatie een schending zou inhouden van artikel 10, § 2, van de voormelde wet van 17 juni 2013.

Ook beroept de verwerende partij zich op de rechtspraak van het Hof van Justitie waaruit volgt dat de bekendmaking van prijzen nefast kan zijn voor de eerlijke mededinging alsook voor het algemeen belang van de overheidsopdrachtenregelgeving, en dus in strijd is met de commerciële belangen van de gekozen inschrijver. Nu de verzoekende partij aanstuurt op de bekendmaking van de als vertrouwelijk aangemerkte prijzeninformatie, lijkt zij geen begrip te willen hebben voor diens concurrentiepositie. Voor zichzelf acht zij die vrees wel te verantwoorden, want zij kwalificeert haar offerte als vertrouwelijk. De vertrouwelijkheid moet ook worden gewaarborgd tijdens eventuele gerechtelijke procedures, en zeker in een schorsingsprocedure. Een verhaalinstantie moet het recht op de bescherming van het privéleven en het recht op een eerlijk proces in evenwicht brengen, waarbij zij kennis kan nemen van vertrouwelijke stukken. De verwerende partij verwijst ook naar rechtspraak van het Grondwettelijk Hof terzake.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof, zo vervolgt de verwerende partij, moet worden afgeleid dat, indien geen bescherming wordt gegeven aan het zakengeheim, dit de kennisgeving van de prijzen van de gekozen inschrijver met zich brengt. Het is geenszins onredelijk te stellen dat hij hierdoor een bijzonder ernstig en zeer moeilijk te herstellen risico loopt. Dit gevaar raakt bovendien het algemeen belang, omdat het resulteert in een scheeftrekking van de concurrentie inzake overheidsopdrachten. De verwerende partij wijst er wel op dat in de procedure ten gronde het geheime of vertrouwelijke karakter van gegevens alsnog kan worden gelicht indien nodig en wettig. De Raad van State kan daarenboven zelf de vertrouwelijke stukken op hun merites controleren, en dit vervolgens meenemen in een beoordeling omtrent de deugdelijke motivering van de bestreden beslissing.

De verwerende partij legt de vraag tot prijsverantwoording en het gegeven antwoord van de nv Betonac enkel als vertrouwelijke stukken neer.

Beoordeling

7. De door de verwerende partij gevraagde prijsverantwoording van de gekozen inschrijver wordt als volgt aanvaard in het gunningsverslag dat aan de bestreden beslissing ten grondslag ligt:

“Op datum van 5 december 2013 werd een prijsverantwoording gevraagd aan Betonac nv. Op 6 december 2013 werd de prijsverantwoording ontvangen. De aanbestedende overheid besluit dat geen abnormaliteiten zijn vast te stellen in de prijzen en dat er geen vermoeden is van speculatief karakter van de inschrijving. Bijgevolg wordt de offerte van Betonac nv als laagste regelmatige offerte beschouwd.”

De motivering van deze aanvaarding lijkt op het eerste gezicht een parafrasering van rechtsregels, geschreven in conclusies, minstens lijkt deze niet concreet naar de zaak toe geschreven. Zo wordt er nergens in de gunningsbeslissing of het gunningsverslag aangegeven wat de erin vermelde vraag naar prijsverantwoording inhoudt (gaat het om een totale prijs, om bepaalde eenheidsprijzen, om bepaalde posten?), welke argumenten de gekozen inschrijver aanbrengt voor zijn schijnbaar abnormale prijzen, noch waarom deze argumenten door de verwerende partij als aanvaardbaar worden beschouwd om het vermoeden van abnormaliteit dat aan deze offerte kleeft, weg te nemen.

Op het eerste gezicht lijkt de gegeven motivering dan ook niet afdoende, aangezien de formelemotiveringsplicht, weze het op basis van de voormelde wet van 29 juli 1991 dan wel van de specifieke regelgeving vervat in de voormelde wet van 17 juni 2013 vereist dat een verzoekende partij in staat moet worden gesteld terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt, hetgeen inhoudt dat zij uit de meegedeelde motivering moet kunnen afleiden om welke redenen de gekozen offerte de voorkeur verdient boven de hare.

8.1. De verwerende partij beroept zich in dit verband echter op artikel 4 van de voormelde wet van 29 juli 1991 en de andere door haar ingeroepen rechtsregels nopens het zakengeheim om te stellen dat er geen nadere motivering

kan worden gegeven. Zij meent dan ook dat, zelfs ingeval de Raad van State zou oordelen dat de bestreden beslissing niet afdoende is gemotiveerd, het middel niet ernstig kan worden bevonden.

8.2. Deze opvatting deelt de Raad van State in de huidige stand van het geding niet om de volgende redenen.

In de eerste plaats beroept de verwerende partij zich in de bestreden beslissing zelf helemaal niet op de vertrouwelijkheid of het zakengeheim. Het lijkt erop dat de verwerende partij de aandacht daarop had kunnen vestigen bij haar motivering; in haar schrijven van 23 januari 2014 aan de verzoekende partij heeft zij het trouwens kortweg over “bedrijfsinformatie”, zonder deze uitdrukkelijk als vertrouwelijk te kwalificeren, laat staan uit te leggen waarom deze informatie vertrouwelijk zou zijn.

Dit klemmt des te meer omdat de verwerende partij zich, met toepassing van het zakengeheim, niet evident lijkt te kunnen beroepen op een niet-concrete motivering om de volledige abnormale prijzenproblematiek volstrekt te onttrekken aan het zicht van de verzoekende partij.

Zo lijkt het reeds op het eerste gezicht dat de vraag tot prijsverantwoording, uitgaande van de verwerende partij zelf, niet zomaar mag worden gebracht onder het recht op bescherming van het zakengeheim van de nv Betonac. Die heeft trouwens verzaakt, niettegenstaande regelmatig uitgenodigd, aan haar recht tot tussenkomst, al lijkt zij het best geplaatst om de bescherming van “haar zakengeheim” te benaarstigen.

Ook lijkt de stelling van de verwerende partij dat de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver zo goed als volledig bestaat uit prijzen en andere cijfermatige gegevens, waardoor aan de eisen van de verzoekende partij enkel dan kan worden tegemoetgekomen indien de door de gekozen inschrijver geboden prijzen worden bekendgemaakt, *prima facie* niet zo maar te kunnen worden bijgetreden. Zo blijkt uit de door de verwerende partij aan de Raad van State voorgelegde prijsverantwoording dat hierin ook in woorden uitleg wordt gegeven bij de prijzen.

Aan het voorgaande kan nog worden toegevoegd dat de gekozen inschrijver in de prijsverantwoording vraagt “om de doorgegeven prijzen als vertrouwelijke informatie te beschouwen”, waardoor ook de gekozen inschrijver de vertrouwelijkheid lijkt te beperken tot de meegedeelde prijzen.

Bovendien lijkt het administratief dossier inzake de abnormale prijzenproblematiek geen andere stukken te bevatten dan de vraag tot prijsverantwoording en het gegeven antwoord wat vragen zou kunnen doen rijzen over de zorgvuldigheid van de besluitvorming.

9. Het eerste middel is in de besproken mate ernstig.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het agentschap Maritieme Dienstverlening en Kust – afdeling Kust om de overheidsopdracht ‘Zeebrugge – Overstromingsmaatregelen rond de haven fase 1’ (bestek nr. 16EH/13/08) te gunnen aan de nv Betonac.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 februari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.
De griffier	De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra