RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 228.811 van 21 oktober 2014
in de zaak A. 209.289/XII-7402

In zake: de NV SERCK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominique Matthys
kantoor houdend te 9000 Gent
Opgeëistenlaan 8
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

GO! ONDERWIJS VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP
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 28 juni 2013, strekt tot de nietigverklaring van de "beslissing d.d. 6 juni 2013 van GO! Onderwijs van de Vlaamse Gemeenschap, inzake de gunning ingevolge een openbare aanbesteding voor de renovatie en uitbreiding van een schoolgebouw te Zottegem: Zottegem KA - renovatie en uitbreiding van een schoolgebouw (IRW/51-01/008) aan de firma Detrax nv […] 'tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 3.531.884,16 incl. 21% btw'".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 224.389 van 23 juli 2013 is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont 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 23 september 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dominique Matthys, die 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.

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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor de renovatie en uitbreiding van een schoolgebouw te Zottegem. Als gunningswijze wordt gekozen voor de openbare aanbesteding.

De totale uitgave voor de opdracht wordt geraamd op 2.312.714,47 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 juli 2012.

3.3. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. IRW/51-01/2011/008.

Het bijzonder bestek draagt aan de door de verwerende partij aangestelde ontwerper een volledige opdracht op voor ontwerp, studiecoördinatie, controle en toezicht op de werken. De leiding der werken wordt opgenomen door de ontwerper die zijn adviezen bezorgt aan de bouwheer.

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 19 september 2012. Er werden vier offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de nv Detrac.

3.5. Bij een ter post aangetekende brief van 18 oktober 2012 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij een prijsverantwoording voor de posten 8, 85, 316, 317 en 318.

3.6. De verzoekende partij geeft bij een ter post aangetekende brief van 29 oktober 2012 de gevraagde prijsverantwoording. Wat betreft de posten 316, 317 en 318 wijst zij op het volgende:

> "De beschrijvingen van de luchtbehandelingskasten zijn woordelijk overgenomen uit de technische catalogus van Menerga ®.
> Voor post 317 bijvoorbeeld betreft het de Menerga ® Resolain 64.10.91 en voor post 318 de Menerga ® Resolain 64.12.91.
> Het komt er in dergelijk geval op aan een zinvolle samenlezing van de stukken te doen en wij hebben een oplossing gekozen waarbij met één degelijk merk alle functies ter zake verluchting/verwarming worden opgenomen.
> Het door ons gekozen merk is niet Menerga ®, om evidente redenen, ondermeer art. 85 KB 08-01-1996."

3.7. In het gunningverslag van 6 mei 2013, opgesteld door de ontwerper, wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Detrac. Inzake het onderzoek naar abnormale eenheidsprijzen wordt in het gunningsverslag gesteld dat de verantwoording van de verzoekende partij inzake de posten 316, 317 en 318, die betrekking hebben op de luchtbehandelingskasten, niet wordt aanvaard. Daarvoor worden de volgende redenen opgegeven:

> "Er is onderzoek verricht naar de eenheidsprijzen. Deze prijzen worden ter verantwoording voorgelegd aan de inschrijvers. De inschrijvers hebben hun eenheidsprijzen toegelicht en hun verantwoording opgestuurd. De verantwoording van Serck nv (post 316, 317 en 318: hfst 12 luchtbehandelingskasten) wordt niet aanvaard. Bijgevolg zal Serck nv worden uitgesloten. De akte van nietigverklaring wordt opgemaakt."

3.8. Bij beslissing van 6 juni 2013 van de afgevaardigd bestuurder van de verwerende partij wordt de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard en de opdracht gegund aan de nv Detrac.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Bij een ter post aangetekende brief van 14 juni 2013, alsook per e-mail, wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de beslissing om de opdracht niet aan haar toe te wijzen wegens de onregelmatigheid van haar offerte.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van "de artikelen 43 en 49 van het EU-verdrag; schending van het beginsel van gelijke behandeling, van de transparantieverplichting en van het rechtszekerheidsbeginsel; mededingingverstorende handelingen in het kader van de

overheidsopdracht van de aannemers van diensten; schending van art. 85 van het KB van 8 januari 1996".

Zij betoogt dat de specificaties voor de posten 316, 317 en 318 van het bestek letterlijk –inclusief grammaticale fouten– zijn overgenomen uit de technische catalogus van het merk Menerga. Een aanbestedende overheid mag in het bestek geen bepalingen opnemen waarbij bepaalde kandidaten of producten direct of indirect worden bevoordeeld of benadeeld, terwijl uit de letterlijke overname van de technische specificaties van één bepaald product dit wel kan worden verondersteld. Bovendien zijn de inschrijvers, die niet opmerkten dat de technische specificaties letterlijk overeenstemden met deze van één bepaald product, dan weer ernstig benadeeld ten opzichte van de inschrijvers die de "verborgen hint" wel opmerkten. Dientengevolge heeft de ontwerper een gekwalificeerde schending gepleegd van het EU-recht door een commerciële folder over te nemen, en dient de tekst van deze folder buiten beschouwing te worden gelaten. Bovendien is in deze situatie de ontwerper zelfs niet eens gerechtigd om tussen te komen in de beslissing, vermits niemand tegelijk rechter en partij kan zijn in dezelfde zaak.

4.2. De verzoekende partij voegt in de memorie van wederantwoord aan haar betoog toe dat uit een gedetailleerde vergelijking blijkt dat de betrokken besteksbepalingen een letterlijke kopie van de commerciële folder van Menerga zijn, met dien verstande dat de afwijkingen die in het arrest van de Raad van State nr. 224.389 van 23 juli 2013 werden geciteerd aan de inschrijvers geen alternatief boden om voor een ander systeem te opteren dat niet aan de Menerga-omschrijving voldeed. Het feit dat de verzoekende partij hiertoe een niet-geslaagde poging heeft ondernomen, kan haar niet ten kwade worden geduid.

Wanneer een ontwerper niet over de technische kennis beschikt om een installatie te beschrijven aan de hand van Europese normen, kan hij in de verleiding komen om als gemakkelijkheidsoplossing één bepaalde folder af te schrijven en de naam van het commerciële merk te verzwijgen. Hierdoor wordt de mededinging uitgeschakeld.

Het overnemen van een commerciële beschrijving met als gevolg dat alleen de producten van de beoogde onderneming kunnen worden aangeboden, komt neer op het toekennen van een voordeel aan deze onderneming. Bijgevolg gaat het om staatssteun aan Menerga. Het volstaat hierbij zelfs dat de steunmaatregel de mededinging op ongunstige wijze kan beïnvloeden en de mededinging vervalsen, zonder dat dient te worden aangetoond dat de betrokken steun de mededinging daadwerkelijk heeft vervalst. De steun aan Menerga is ook niet vrijgesteld van de aanmeldingsplicht, terwijl de Europese Commissie niet werd ingelicht over het voornemen om die steunmaatregel in te voeren. De inhoud van de posten 316, 317 en 318 is dus onwettig en de nationale rechter is niet bevoegd om de toelaatbaarheid van de steun te beoordelen. Enkel het onwettig karakter ervan kan worden vastgesteld. Het aanbestedingsverslag van de ontwerper en de daarop gesteunde akte van nietigverklaring van 6 juni 2013 zijn gebaseerd op een vergelijking van de tekst van het bestek, die een minutieuze overname vormt van de commerciële folder van Menerga, met de folders van concurrerende bedrijven. Gezien de omschrijving onwettig is, de concurrentie onwettig is verstoord en dit artikel 314 van het Strafwetboek raakt, mag de aanbestedende overheid zich niet beroepen op de beschrijving om de vergelijking te maken. Omdat de beschrijving onwettig is, mocht de verwerende partij geen vraag meer stellen naar prijsverantwoording.

Daarnaast doet de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord gelden dat ook de artikelen 17.72.D. ‘rustige toevoer’, 36.21 ‘koepel’ en 2.01.01 ‘condenserende gasketel’ van het bestek afgeschreven zijn van bepaalde commerciële folders en websites. Voorts betoogt zij dat de ontwerper in het bestek het uitvoeren van bepaalde berekeningen doorschuift naar de uitvoerder van de opdracht, wat een onverschuldigd voordeel uitmaakt. Door dit voordeel enkel aan ondernemers van diensten te verlenen en niet aan aannemers van werken discrimineert de verwerende partij.

4.3. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat de technische catalogus van Menerga de leidraad is geweest voor de technische voorschriften in het bestek en dat er onmogelijk een alternatief kan worden aangeboden dat afwijkt van de Menerga-gegevens. Het Menerga-systeem was de enige mogelijke oplossing.

Beoordeling

5.1. In zijn arrest nr. 224.389 van 23 juli 2013 heeft de Raad van State dit middel, in het kader van de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, reeds als volgt beoordeeld:

> "9. Ter ondersteuning van het middel verwijst de verzoekende partij naar haar prijsverantwoording van 29 oktober 2012, waarin zij opmerkt dat de beschrijvingen van de luchtbehandelingskasten 'woordelijk' zijn overgenomen uit de technische catalogus van het merk Menerga, alsook naar dezelfde vervoegingsfout die zowel in het bestek als in voornoemde technische catalogus voorkomt.
>
> Bij dit door de verzoekende partij zelf gekozen voorbeeld inzake de warmteaccumulatoren valt echter op dat in de technische catalogus wordt bepaald dat de omschakelcycli optimaal zijn afgesteld 'zodat een temperatuurrendement van 90 tot 95% kan worden gehaald bij winter-condities', terwijl de technische bepalingen van het bestek (lot HVAC) stellen dat de omschakelcycli optimaal zijn afgesteld 'zodat een zéér hoog temperatuurrendement kan worden gehaald bij wintercondities', wat in die technische bepalingen niet wordt omschreven als 'tot 95%', maar wel als'-10/90% RV'. Bovendien blijkt uit de beslissing van 6 juni 2013, waarbij de offerte van de verzoekende partij onregelmatig en niet bestaande wordt verklaard, dat zij een toestel heeft aangeboden met een maximaal rendement van 85 % - hetgeen niet wordt tegengesproken in het verzoekschrift - waardoor dit toestel niet lijkt te beantwoorden aan het besteksvereiste van 90 %, ongeacht het gegeven dat een ander model eventueel wel aan deze besteksvereiste zou hebben voldaan.
>
> Inzake de warmteaccumulatoren wordt in de technische bepalingen van het bestek opgelegd dat de 'recuperatie kan teruggeschroefd worden naar 0% zonder gebruik te maken van een bypassklep, en dit zonder nadelige gevolgen op de accumulatoren'. Zulks staat niet te lezen in de omschrijving van de warmteaccumulatoren in de technische catalogus zoals voorgelegd door de verzoekende partij. In dit verband merkt de Raad van State tevens op dat in voornoemde beslissing van 6 juni 2013 precies wordt vastgesteld dat deze terugschroeving van de recuperatie naar 0 % niet wordt beschreven in het door de verzoekende partij aangeboden model.
>
> 10. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht niet kan worden bijgetreden in haar bewering dat 'voor wat de posten 316, 317 en 318 van het bestek betreft de specificaties letterlijk (inclusief grammaticale fouten' (…) zijn overgenomen uit de technische catalogus van het merk Menerga'. Tussen het bestek en de bedoelde technische catalogus bestaan minstens twee inhoudelijke verschillen,

waarvan alvast één heeft bijgedragen tot de vaststelling dat de verzoekende partij niet aan de door het bestek opgelegde eisen met betrekking tot de luchtbehandelingsinstallatie heeft voldaan, wat tot de onregelmatigheid van haar offerte heeft geleid.

11. De verzoekende partij brengt geen concrete gegevens bij waaruit blijkt dat de ontwerper zowel rechter als partij was in de kwestieuze aanbestedingsprocedure.

Het middel is niet ernstig."

5.2. De Raad van State heeft aldus het feitelijk uitgangspunt van het middel –de besteksbepalingen zijn letterlijk overgenomen uit de catalogus van één welbepaalde leverancier– niet aanvaard.

In het kader van de procedure tot nietigverklaring brengt de verzoekende partij geen argumenten aan die tot een ander besluit leiden. Ook in de memorie van wederantwoord steunt de verzoekende partij het middel op de "minutieuze overname […] van de commerciële folder van Menerga", zonder de door de Raad in het arrest nr. 224.389 vastgestelde inhoudelijke verschillen tegen te spreken. Zij volhardt dat het gaat om een letterlijke kopie, standpunt dat niet kan worden bijgevallen om de redenen reeds uiteengezet in het arrest nr. 224.389. De verzoekende partij maakt overigens niet aannemelijk dat het Menerga-systeem de enige mogelijke oplossing was. Het onregelmatig verklaren van haar offerte volstaat alleszins niet om daartoe zonder meer te besluiten.

Voorts dient de argumentatie in de memorie van wederantwoord inzake ongeoorloofde staatsteun aan Menerga niet te worden onderzocht, nu deze berust op dezelfde onjuiste feitelijke veronderstelling dat het bestek woordelijk de Menerga-specificaties heeft overgenomen en bijgevolg het Menerga-systeem de enige mogelijke oplossing was.

Het betoog in de memorie van wederantwoord inzake bijkomende besteksbepalingen die overgeschreven zouden zijn en het onverschuldigd voordeel inzake het doorschuiven van het uitvoeren van bepaalde berekeningen, is niet ontvankelijk. Deze grieven hadden immers reeds in het verzoekschrift in het debat kunnen worden gebracht, minstens maakt de verzoekende partij niet

aannemelijk waarom zij deze pas voor het eerst in de memorie van wederantwoord ontwikkelt. Ten overvloede mag nog worden opgemerkt dat deze grieven niet nader worden geconcretiseerd aan de hand van het dossier en dat de verzoekende partij zich beperkt tot het louter opwerpen ervan.

5.3. Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan van "de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het algemeen rechtsbeginsel luidens hetwelk iedere overheid verplicht is haar beslissing op deugdelijke gronden te motiveren en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel".

Zij wijst erop dat in de gemotiveerde gunningsbeslissing wordt verwezen naar het "verslag van nazicht der offertes d.d. 26.04.2013, dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integraal deel van uitmaakt". Zij heeft echter geen kopie van dit "verslag van nazicht der offertes d.d. 26-04-2013" ontvangen. Zij kreeg wel een gunningsverslag dat op de eerste bladzijde 18 november 2012 vermeldt en op de laatste bladzijde 6 mei 2013. Ook wanneer de aanbestedende overheid de bedoeling zou hebben gehad om naar dat verslag te verwijzen, dient de motivering als gebrekkig te worden beschouwd gelet op de verschillende vermelde data, waarbij meteen de vraag rijst waarom het verslag van de ontwerper dateert van na de in de gunningsbeslissing vermelde datum en wat daarvan de oorzaak is. Tegenstrijdige motieven moeten worden gelijkgesteld met afwezigheid van motivering.

6.2. De verzoekende partij merkt in de memorie van wederantwoord op dat de verwerende partij de verwarrende en inconsistente datavermeldingen toeschrijft aan materiële vergissingen, waarvan de waarachtigheid door de verzoekende partij niet kan worden geverifieerd. Er kan onmogelijk van een

deugdelijk gemotiveerde beslissing worden gesproken wanneer deze steunt op documenten waarvan de datum niet eens kan worden geverifieerd.

6.3. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij erop dat de eenvoudige uitleg dat de foute data het gevolg zijn van een materiële vergissing niet kan worden aanvaard. Dit houdt immers in dat andere uitleggingen worden uitgesloten, die evenzeer juist kunnen zijn en het gevaar inhouden dat de bestreden beslissing chronologisch niet juist in elkaar zit, wat betekent dat het beslissingsproces niet correct is verlopen. Er is geen enkele objectieve reden waarom de ene verklaring wel en een andere niet voor waar zou mogen worden aangenomen, zo besluit de verzoekende partij.

Beoordeling

7.1. In zijn arrest nr. 224.389 van 23 juli 2013 heeft de Raad van State dit middel, in het kader van de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, reeds als volgt beoordeeld:

> "13. In de aanhef van de bestreden beslissing wordt verwezen naar het verslag van nazicht der offertes 'd.d. 26-04-2013'. Het bij die beslissing gevoegde gunningsverslag dateert echter van 6 mei 2013. Samen met de verwerende partij, wordt aangenomen dat de in de aanhef vermelde datum neerkomt op een pure materiële misslag die de wettigheid van de bestreden beslissing niet aantast.
>
> De datum op de eerste pagina van het gunningsverslag (18 november 2012) en deze op de laatste pagina (6 mei 2013) worden ten onrechte bestempeld als motieven van de bestreden beslissing, waardoor de verzoekende partij met haar grief niet aantoont dat de motivering van de bestreden beslissing als gebrekkig moet worden beschouwd.
>
> 14. In zoverre de verzoekende partij de vraag opwerpt 'naar de reden waarom het verslag van EVR-Architecten dateert van na de in de gunningsbeslissing vermelde datum en wat daarvan de oorzaak is', wordt vastgesteld dat de bestreden gunningsbeslissing genomen werd op 6 juni 2013, zodat het middel op dit punt feitelijke grondslag mist.
>
> Het middel is niet ernstig."

7.2. De Raad van State heeft aldus vastgesteld dat de inconsistente data materiële vergissingen betreffen die de wettigheid van de bestreden beslissing niet aantasten en het middel voor het overige feitelijke grondslag mist.

In het kader van de procedure tot nietigverklaring brengt de verzoekende partij ook wat het tweede middel betreft geen argumenten aan die tot een ander besluit leiden.

Het betoog in de memorie van wederantwoord en de laatste memorie komt niet verder dan te alluderen op een "chronologisch niet juist in elkaar [zitten]" van de bestreden beslissing, zonder dit te concretiseren in een wettigheidsgrief ten aanzien van het verloop van de gunningsprocedure.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij betoogt vormt het vermoeden van wettigheid, verbonden aan een administratieve rechtshandeling, een objectieve reden waarom, bij gebrek aan bewijs van het tegendeel, de uitleg van de materiële vergissing mag worden aanvaard boven niet geconcretiseerde allusies.

7.3. Het middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van "het beroepsgeheim, vervat in artikel 458 SWB; schending van artikel 10 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming voor werken, leveringen en diensten en van artikel 65/10 van de wet van 23 december 2009; schending van het verbod op belangenneming door de dienstverlener-ontwerper; schending van de artikelen 110 tem 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming voor werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; schending van art. 2 van de EU-richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004

betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten; schending van de artikelen 72, 73 en 74 van de bijlage bij het K.B. van 26 september 1996".

8.1.1. In een eerste onderdeel betoogt zij dat het vaststaat dat de aanbestedende overheid de inschrijvingen heeft toevertrouwd aan een derde, zijnde de ontwerper, die niet is gebonden door een wettelijk beroepsgeheim. De ontwerper heeft de inschrijvingen gezien, heeft er onbekende en oncontroleerbare handelingen mee gesteld, en had de vrijheid om deze informatie met eender wie te delen, wat niet verenigbaar is met de strenge eisen van vertrouwelijkheid van artikel 65/10 van de wet van 24 december 1993, die gelden op inschrijvingen, minstens tot aan de gunningsbeslissing.

8.1.2. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de ontwerper aansprakelijk is voor alle fouten en nalatigheden die voorkomen in de stukken die hij heeft afgegeven ter uitvoering van zijn dienstenopdracht. De kosten die het gevolg zijn van deze fouten en nalatigheden dienen te worden afgehouden van het ereloon van de ontwerper. Het is dan ook evident dat, zodra er fouten zijn aangewezen in het dossier, het eigenbelang van de ontwerper niet meer samenvalt met het algemeen belang. De ontwerper kon dan ook onmogelijk nog tussenkomen in het besluitvormingsproces, wat hij wel heeft gedaan. Ingevolge deze tussenkomst dient de gunningsbeslissing te worden nietigverklaard.

8.1.3. In een derde onderdeel betoogt de verzoekende partij dat het Hof van Justitie in het arrest C-599/10 heeft gesteld dat door wijziging van één inschrijving na het openen van de inschrijvingen, minstens de schijn is gewekt dat de aanbestedende overheid of de externe dienstverlener over deze wijziging heimelijk heeft onderhandeld ten nadele van andere gegadigden, en dit in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Gezien de dossiers de aanbestedende dienst hebben verlaten en niet meer onder haar controle stonden, is er geen enkele garantie dat niet eender wie tussenkomsten heeft gedaan teneinde te komen tot de voor de verzoekende partij nadelige beslissing met betrekking tot de posten 316, 317 en 318.

8.1.4. In een vierde en laatste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de artikelen 110 tot en met 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepalen dat het de aanbestedende overheid is die de inschrijvingen nakijkt, dat het vertrouwensbeginsel een fundamenteel Uniebeginsel is dat inhoudt dat de taken die de wetgever aan de overheid toewijst ook effectief door de overheid worden uitgevoerd en dat het volstrekt onbegrijpelijk is dat in strijd met het Unierecht en met het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en tegen de bepalingen van het contract tussen de verwerende partij en de ontwerper in, aan laatst genoemde werd toegestaan om zelf zijn eigen fouten toe te wijzen aan anderen.

8.2.1. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij, wat het eerste middelonderdeel betreft, dat zij zwaar tilt aan de lichtvaardige wijze waarop met artikel 458 van het Strafwetboek wordt omgegaan en dat de Raad van State aan de schending van deze bepaling gevolgen moet verbinden. De overdracht van de neergelegde inschrijvingen maakt inbreuk op de geheimhoudingsplicht die krachtens artikel 339 VWEU en artikel 6 van de richtlijn 2004/18/EG op de verwerende partij rust, alsook op de verplichting tot bescherming van persoonsgegevens die krachtens artikel 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie op de verwerende partij rust, omdat neergelegde inschrijvingen zakengeheimen bevatten. De stelling dat de verwerende partij het beroepsgeheim zomaar kan delen met anderen die geen beroepsgeheim hebben, gaat in tegen artikel 458 van het Strafwetboek en rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Een beweerde impliciete aanvaarding is een uitholling van de vertrouwelijkheid.

8.2.2. Wat betreft het tweede middelonderdeel stelt de verzoekende partij dat niet zomaar advies werd gevraagd aan een onderneming van diensten, maar aan de onderneming die het bouwdossier heeft gemaakt. Deze ondernemer, weze het een architect, moet de economische risico's dragen van zijn activiteiten. Vervolgens staat het vast dat er fouten en nalatigheden voorkomen in het dossier, wat wordt bewezen door de vele fouten in de beschrijving en meetstaat die door de verschillende inschrijvers aan de verwerende partij zijn gemeld. Voor elk van deze fouten en nalatigheden dient de aanbestedende overheid de ontwerper in gebreke te stellen, de kost te onderzoeken en deze kosten af te houden van het ereloon. Het is de pleger van de fout niet toegestaan zijn eigen falen te

onderzoeken en de kosten daarvan toe te wijzen aan de staatsmiddelen. De studie van de verluchting en de benodigde lichtgroepen is aan de ontwerper opgedragen, maar de verwerende partij weet niet of die studie ook is uitgevoerd. Doordat de ontwerper het verslag van nazicht opstelt, kan hij verdoezelen dat hij betaald is voor niet-uitgevoerde studies.

Voorts leest de verwerende partij artikel 10 van de wet van 24 december 1993 zeer beperkend. Wie het nazicht van de inschrijvingen uitvoert, neemt deel aan de openbare macht bij de besteding van overheidsmiddelen, wat niet in overeenstemming is met voormeld artikel 10 waarin het gaat om een 'persoon die een openbaar ambt uitoefent'. Dat de belangenvermenging kwalijke gevolgen heeft gehad, blijkt uit het feit dat de opsteller van het verslag van nazicht voor geen enkele fout zelfs maar de vraag stelt of de gevolgen daarvan moeten worden doorgerekend aan de ontwerper. Het getuigt ook van willekeur en schendt de gelijkheid tussen de ondernemers wanneer de artikelen 67 tot en met 75 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 niet worden toegepast op de ondernemer van diensten en wel bij ondernemers van werken.

8.2.3. De verzoekende partij verwijst in haar memorie van wederantwoord, wat het derde en vierde middelonderdeel betreft, naar het verzoekschrift.

8.3.1. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, voor om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie over de verenigbaarheid van artikel 65/10, § 2, van de wet van 24 december 1993, met artikel 339 VWEU, in zoverre deze wetsbepaling de aanbestedende instantie zou toelaten om vertrouwelijke gegevens te delen met aangestelden. Artikel 339 VWEU is immers zeer strikt en laat niet toe dat een aanbestedende instantie haar geheimhoudingsplicht zou schenden door middel van een "gedeelde geheimhoudingsplicht met een dienstverlener", aldus de verzoekende partij.

8.3.2. Wat het tweede onderdeel betreft doet de verzoekende partij gelden dat er wel degelijk een persoonlijk belang in hoofde van de ontwerper

bestaat, waar vaststaat dat fouten en/of nalatigheden werden begaan. De wet stelt in dat geval immers de aansprakelijkheid van de dienstverlener in werking.

8.3.3. Wat het derde en vierde middelonderdeel betreft "neemt [de verzoekende partij] nota van de overwegingen in het auditoraatsverslag daaromtrent" en verwijst naar het dossier en het verzoekschrift.

8.3.4. Ten slotte wijst de verzoekende partij er "ten overvloede en aanvullend" op dat zij in verband met de bestreden gunning een klacht bij de Europese Commissie heeft ingediend.

Beoordeling

9.1. In zijn voornoemde arrest nr. 224.389 van 23 juli 2013 heeft de Raad van State dit middel in zijn vier onderdelen reeds als volgt beoordeeld:

> "Eerste onderdeel
>
> 16. Artikel 65/10, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming voor werken, leveringen en diensten (hierna : wet van 24 december 1993) bepaalt :
>
> > 'De aanbestedende instantie en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van het plaatsen en de uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt, mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.
> >
> > Zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de procedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende instantie'.

De aangehaalde bepaling richt zich niet enkel tot de aanbestedende instantie, maar ook op elke persoon, waaronder de aangestelde van die aanbestedende instantie, die, ‘in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten’, kennis heeft van vertrouwelijke informatie.

17. In het bestek wordt uitdrukkelijk bepaald dat de bvba evr-Architecten is aangesteld door de verwerende partij als ontwerper, met een volledige opdracht voor ontwerp, studiecoördinatie, controle en toezicht op de werken. Hieruit volgt dan ook dat de ontwerper is gehouden aan de verplichting om bepaalde gegevens vertrouwelijk te behandelen, waardoor de grief dat de verwerende partij gegevens heeft overgemaakt aan een derde, die niet is gehouden door vertrouwelijkheid ex artikel 65/10, § 2, van de wet van 24 december 1993, niet kan worden bijgetreden. Met de enkele bewering dat onbekend is welke personen inzage hebben gekregen van de inschrijvingen, wordt overigens geen concreet element bijgebracht waaruit zou kunnen blijken dat de vertrouwelijkheid werd geschonden.

18. Wat betreft de ingeroepen schending van artikel 458 van het strafwetboek, komt het niet aan de Raad van State toe om te beoordelen of aan de voorwaarden voor de toepassing van deze strafbepaling is voldaan, vermits enkel de strafrechter hiervoor bevoegd is.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

19. Naast de vaststelling dat de verzoekende partij zelfs niet het begin van bewijs levert van een vermeende fout door de ontwerper in de stukken afgegeven ter uitvoering van de dienstenopdracht, maakt zij ook niet duidelijk waarom het ‘als evident (mag) worden beschouwd dat van zodra er fouten aangewezen zijn in het dossier gemaakt door evr-Architecten, het eigenbelang van evr-Architecten niet meer samenvalt met het algemeen belang’ en hierdoor de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen zouden zijn geschonden. Zelfs in geval van het bestaan van een dergelijke fout, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat het voorstel van de ontwerper om de opdracht aan een bepaalde inschrijver te gunnen, zou zijn ingegeven door een persoonlijk belang.

Het tweede middelonderdeel is evenmin ernstig.

Derde onderdeel

20. In het arrest C-599/10 van 29 maart 2012, en meer bepaald in rechtsoverweging 37, waarnaar de verzoekende partij verwijst, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat ‘indien het een aanbestedende dienst wordt toegelaten een gegadigde om preciseringen te verzoeken bij een inschrijving die hij onnauwkeurig of niet in overeenstemming met de

technische specificaties van het bestek acht, dit een risico zou opleveren dat het zou lijken alsof de aanbestedende dienst, in geval de inschrijving van die gegadigde uiteindelijk zou worden gekozen, over deze inschrijving heimelijk heeft onderhandeld, ten nadele van de andere gegadigden, en in strijd met het beginsel van gelijke behandeling'. Te dezen is er evenwel geen sprake van een verzoek tot preciseringen door de verwerende partij aan de NV Detrac, noch van een wijziging van een inschrijving na het openen van de inschrijvingen. De premisse waarop de grief steunt mist feitelijke grondslag, wat op zich volstaat om te besluiten dat het aangevoerde middelonderdeel de vereiste ernst ontbeert.

Vierde onderdeel

21. Zoals reeds werd gesteld bij de beoordeling van het tweede middelonderdeel toont de verzoekende partij niet aan dat de ontwerper fouten heeft gemaakt, laat staan welke fouten. Voorts verbieden de artikelen 110 tot en met 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 op het eerste gezicht niet dat de aanbestedende overheid zich laat adviseren. Bovendien kan niet om de vaststelling heen dat in de voorliggende zaak de ontwerper enkel een voorstel heeft geformuleerd om de opdracht aan de nv Detrac te gunnen. De definitieve beslissing werd echter genomen door de verwerende partij, zijnde de bouwheer.

Het middelonderdeel is niet ernstig."

9.2. In het kader van de procedure tot nietigverklaring brengt de verzoekende partij ook wat het derde middel betreft noch in haar memorie van wederantwoord, noch in haar laatste memorie argumenten aan die tot een ander besluit leiden.

9.2.1. Wat het eerste onderdeel betreft mag worden volstaan met de vaststelling dat het niet tot de rechtsmacht van de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak, behoort om "gevolgen vast te kleven" –zoals de verzoekende partij doet gelden in de memorie van wederantwoord– aan de miskenning van bepalingen van het Strafwetboek, waartoe immers enkel de strafrechter mag overgaan.

Het verzoek in de laatste memorie om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie kan niet worden aanvaard. In de eerste plaats is dit verzoek niet tijdig in het debat gebracht nu de vaststelling dat artikel 65/10, § 2, van de wet van 24 december 1993 een aanbestedende instantie toelaat om

vertrouwelijke informatie te delen met aangestelden niet pas voor het eerst in het auditoraatsverslag aan bod komt, maar reeds werd gedaan in het voornoemde arrest nr. 224.389 van 23 juli 2013 van de Raad van State. Voorts formuleert de verzoekende partij zelf geen duidelijke vraag om aan het Hof van Justitie voor te leggen, wat de ernst van de prejudiciële vraagstelling nog meer bezwaart.

9.2.2. Het tweede onderdeel steunt op de veronderstelling dat de ontwerper "fouten en nalatigheden" zou hebben begaan die tot vermenging tussen zijn persoonlijk belang en het algemeen belang zouden hebben geleid.

Het bestaan van "fouten en nalatigheden" wordt evenwel niet *in concreto* aangetoond door de verzoekende partij. Aldus berust het middelonderdeel op een niet gestaafde premisse, waardoor het niet tot nietigverklaring kan leiden.

9.2.3. Wat het derde en vierde onderdeel betreft, kan worden vastgesteld dat de verzoekende partij na het verzoekschrift niet meer op deze grieven is teruggekomen, hoewel de Raad van State deze uitdrukkelijk niet als ernstig heeft aangemerkt in het meervermelde tussenarrest nr. 224.389 van 23 juli 2013 en ook in het auditoraatsverslag de beide middelonderdelen worden verworpen als niet gegrond.

Deze houding mag worden begrepen als een –minstens impliciete– afstand van de betrokken grieven.

9.2.4. Wat ten slotte de door de verzoekende partij ingediende klacht bij de Commissie van de Europese Unie betreft dient de Raad van State hier niet nader op in te gaan aangezien deze mededeling slechts "ten overvloede en aanvullend" is geformuleerd.

9.3. Het middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 oktober 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Bram Van Thillo	**Dierk Verbiest**