

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.923 van 21 november 2017
in de zaak A. 220.280/XII-8230**

In zake: de NV DE ZEEMAN PRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ilse Mertens
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Drabstraat 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 september 2016, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing genomen namens de Minister van Defensie dd. 19 juli 2016 betreffende een overheidsopdracht van leveringen van vier onderwaternavigatie- en sonarsystemen voor de Very Shal[l]ow Water capaciteit (VSW) gekend onder bestek MRMP-N 16NP005 van 12 april 2015”.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 oktober 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jurgen Vervaeck, die loco advocaat Ilse Mertens verschijnt voor de verzoekende partij, en kapitein-commandant van het vliegwezen Maarten Kerckhofs, die 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 uit met als voorwerp “leveringen van vier onderwaternavigatie- en sonarsystemen voor de Very Shallow Water capaciteit”, met inbegrip van 4 sets documentatie en de instructie van de gebruikers.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 12 april 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 15 april 2016.

De gunningswijze is de open offerteaanvraag.

Er zijn volgens het toepasselijk bestek MRMP-N/P Nr. 16NP005 twee gunningscriteria, namelijk de aankoopprijs op 70 van de 100 punten en “operationeel” of “techniek & logistiek” op 30 punten.

3.2. Er dienen zich twee inschrijvers aan, namelijk de nv Clemaco Trading en de nv De Zeeman Pro, deze laatste is de verzoekende partij.

3.3. Op 30 juni 2016 vraagt de verwerende partij aan de nv Clemaco Trading verduidelijking over haar offerte. De nv Clemaco Trading antwoordt op 4 juli 2016.

3.4. Op 6 juli 2016 stelt de verwerende partij een “Technico-operationele en logistieke evaluatie van offertes” op. Hieruit blijkt, wat de evaluatie van het tweede gunningscriterium betreft, dat de offerte van de verzoekende partij 22 punten behaalt en die van de nv Clemaco Trading 20 punten.

3.5. Op 13 juli 2016 stelt de verwerende partij een gunningsverslag op; de beide offertes worden regelmatig bevonden.

Na evaluatie van de twee gunningscriteria behaalt de offerte van de verzoekende partij 41,08 punten en die van de nv Clemaco Trading 70,92 punten. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Clemaco Trading.

3.6. Op 19 juli 2016 beslist de verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Clemaco Trading.

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken bij de beoordeling van het eerste en het tweede middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij vraagt in haar verzoekschrift de vertrouwelijke behandeling van haar stukken 6 en 7, dit zijn haar offerte en een “Vergelijkend overzicht van alle mogelijke toestellen die in aanmerking komen voor voorliggend bestek”. Zij merkt ook op dat indien de verwerende partij bepaalde stukken als vertrouwelijk neerlegt, zij “bij de behandeling van de middelen [zal] aangeven van welke stukken zij [de] Raad verzoekt de vertrouwelijkheid te lichten” omdat “de bekendmaking van de betrokken stukken strikt noodzakelijk is om het recht op een eerlijk proces te kunnen uitoefenen”.

5. De verwerende partij voegt bij haar administratief dossier vier stukken die zij vertrouwelijk neerlegt, namelijk het gunningsverslag, het antwoord van de nv Clemaco Trading van 4 juli 2016 op de vragen van de verwerende partij van 30 juni 2016, het “Technico-operationele en logistieke evaluatieverslag” van 6 juli 2016 en de offerte van de nv Clemaco Trading. Als motivering hiervoor merkt zij op:

“De verwerende partij verzoekt Uw Raad om een vertrouwelijke behandeling van deze stukken en dit in toepassing van artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Deze stukken bevatten immers vertrouwelijke informatie. Zo bevat het gunningsverslag (vertrouwelijk stuk 1) en de offerte van de nv Clemaco Trading (vertrouwelijk stuk 4 (1)) de aangeboden prijzen. In bijlage van de offerte van de nv Clemaco Trading (vertrouwelijk stuk 4 (2)) zit een testrapport van Ifremer dat expliciet als vertrouwelijk wordt aangeduid en het antwoord van de nv Clemaco Trading van 4 juli 2016 op de vragen tot verduidelijking van de aankoopofficier (vertrouwelijk stuk 2) een origineel testrapport van RTsys waarin uitdrukkelijk vermeld wordt dat het maken van een kopie niet toegelaten is. Ook het evaluatieverslag van de evaluatiecommissie (vertrouwelijk stuk 3) vermeldt uitdrukkelijk ‘BEPERKTE VERSPREIDING’ omwille van de gedetailleerde gegevens van de ingediende offertes die erin zijn opgenomen.”

6. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat zij vooral aanstuurt op het lichten van de vertrouwelijkheid van de door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde stukken 1 tot 3, dit zijn het gunningsverslag, het antwoord van de nv Clemaco Trading van 4 juli 2016 op de vragen van de verwerende partij van 30 juni 2016 en het “Technico-operationele en logistieke evaluatieverslag” van 6 juli 2016, omdat ze van cruciaal belang zijn bij de behandeling van haar middelen waarbij de verzoekende partij wil aantonen dat de offerte van de nv Clemaco Trading substantieel onregelmatig is en moet worden uitgesloten.

7. In het auditorsverslag wordt de problematiek van de vertrouwelijkheid, die zich volgens dit verslag beperkt tot de eerste twee van de drie aangevoerde middelen, als volgt besproken:

“Volgens artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten komt het de verhaalinstantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van de informatie die vervat is in de aan haar overgelegde dossiers moeten 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.

Verweerder legt 4 stukken als vertrouwelijk voor. Verzoekster verzoekt in haar memorie van wederantwoord om de opheffing van de vertrouwelijkheid van de stukken 1, 2 en 3, zijnde :

- het gunningsverslag (1)
- het antwoord van de nv Clemaco Trading van 4.07.2016 (2)
- het evaluatieverslag (3).

In het eerste middel voert verzoekster aan dat de offerte van de nv Clemaco Trading behept is met een substantiële onregelmatigheid doordat het niet zou voldoen aan de bestekseisen en in het tweede middel dat die offerte materieel onregelmatig diende te worden verklaard nu geenszins verzekerd is dat het aangeboden toestel volledig vrij zal zijn van gebreken en fouten die zouden kunnen schaden aan de goede werking of het uitzicht van het materieel. Bij beide middelen acht verzoekster het noodzakelijk dat de vertrouwelijkheid gelicht wordt teneinde de aangevoerde middelen te kunnen aanvullen.

Die aangevoerde middelen hebben volgens verzoekster betrekking op de substantiële en materiële regelmatigheid van de offerte van de nv

Clemaco Trading en de voormelde als vertrouwelijk aangemerkte stukken zijn mogelijks van belang voor verzoekster om haar middelen verder te kunnen onderbouwen/aan te vullen.

Als motief voor de vertrouwelijkheid van het gunningsverslag (1) vermeldt verweerster dat het de aangeboden prijzen bevat ; daartegenover kan geplaatst worden dat de prijzen van de nv Clemaco Trading vermeld zijn in stuk 16, dat door verweerster neergelegd is als niet-vertrouwelijk zodat dat motief vervalst.

Wat het stuk 2 betreft vermeldt verweerster als motief dat het antwoord van Clemaco Trading in bijlage een origineel testrapport van RTsys bevat waarin uitdrukkelijk vermeld wordt dat het maken van een kopie niet toegelaten is.

Het antwoord zelf van Clemaco Trading van 4.07.2016 verwijst enkel naar drie documenten zodat er niets vertrouwelijk aan is.

Het antwoord op de met e-mail (st. 9) gestelde vragen is gegeven door de fabrikant. Die vragen houden verband met hetgeen verzoekster aangevoerd heeft zodat het voor haar van belang is dat zij ook kennis kan nemen van het antwoord.

Voor het testrapport is gesteld dat er geen kopie van gemaakt mag worden: inzien staat niet gelijk met 'kopie maken'.

Daarbij wordt niet ingezien welk zakengeheim dat antwoord en testrapport bevat : alleszins geen zakengeheim in hoofde van de nv Clemaco Trading en evenmin in hoofde van de fabrikant die het op eenvoudige vraag ter beschikking heeft gesteld van de inschrijver die met het betrokken toestel heeft ingeschreven m.a.w. indien verzoekster op de huidige opdracht zou ingeschreven hebben met dat toestel of dat nog zou doen bij een volgende opdracht, zou zij ook die antwoorden en dat testrapport van de fabrikant gekregen hebben.

Wat het stuk 3 betreft (het evaluatieverslag) vermeldt verweerster als motief dat het uitdrukkelijk 'BEPERKTE VERSPREIDING' vermeldt omwille van gedetailleerde gegevens van de ingediende offertes.

Vastgesteld wordt dat dit verslag niet geclassificeerd is in de zin van artikel 4 van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie ('zeer geheim', 'geheim', 'vertrouwelijk').

Bij het bestek is een bijlage C gevoegd 'Technische specificaties' met 25 C-eisen en een bijlage D 'Logistieke specificaties' met 7 D-eisen.

In het evaluatieverslag wordt er per offerte commentaar/referentie vermeld t.a.v. elk van die eisen : niet ingezien wordt welk zakengeheim daarmee gepaard zou gaan.

Daarnaast bevat het evaluatieverslag een evaluatie van de S-eisen met evaluatiemethode en punten/gewicht : niet ingezien wordt om welke reden verzoekster daarvan geen inzage zou mogen krijgen : ik onderken daarin geen enkel 'zakengeheim'.

De inzage van de drie voormelde stukken door verzoekster kan dan ook bezwaarlijk beschouwd worden als nadelig voor de concurrentiële positie van de nv Clemaco Trading – die het trouwens niet nodig heeft geacht tussen te komen in onderhavige procedure - en/of de fabrikant RTsys.

Gelet op de inhoud van de voormelde twee middelen biedt de opheffing van de vertrouwelijkheid in casu verzoekster een effectievere rechtsbescherming en een eerlijker proces dan de niet-opheffing voormelde derden bescherming op eerbiediging van het ‘zakengeheim’ zou bieden : de afweging van beide rechten helt over in de richting van de opheffing van de vertrouwelijkheid.

Besluitend wordt voorgesteld de vertrouwelijkheid van voormelde drie stukken – die voor verzoekster van belang kunnen zijn om haar eerste twee middelen verder te onderbouwen – te lichten en de beoordeling van die middelen uit te stellen.”

8. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij het volgende op:

“De heer Eerste Auditeur stelt nu in zijn verslag voor om de vertrouwelijkheid van de vertrouwelijke stukken 1, 2 en 3 te lichten en de [...] beoordeling van het eerste en tweede middel uit te stellen tot verzoeker kennis heeft kunnen nemen van deze stukken en tot zij desgevallend een aanvullende memorie heeft opgesteld, waarop de verwerende partij nog kan reageren.

Het komt Uw Raad toe om het vertrouwelijk karakter van deze stukken te beoordelen door de vereisten van een eerlijk proces en die van het zakengebied tegen elkaar af te wegen. De verwerende partij blijft bij haar stelling dat de stukken van het vertrouwelijk administratief dossier een vertrouwelijk karakter hebben omwille van de redenen zoals uiteengezet in de memorie van antwoord maar gedraagt zich verder naar de wijsheid van Uw Raad wat de lichting van de vertrouwelijkheid van deze stukken betreft.”

Beoordeling

9.1. De verzoekende partij voert in haar eerste middel de schending aan van “artikel 25 van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten; van artikel 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren; van de artikelen 5 en 8 van 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 het bestek MRMP-N/P Nr. 16NP005 en van de beginselen van

behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

In essentie voert de verzoekende partij aan dat de offerte van de nv Clemaco Trading materieel onregelmatig is omdat ze “op diverse punten afwijkt van het uitgeschreven bestek”. Zij betoogt dat uit de gunningsbeslissing niet blijkt dat het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel voldoet aan een onontbeerlijke technische bestekseis, namelijk een Nato-standaard, noch dat deze inschrijver beschikt over de door het bestek vereiste ISO-certificering. Zij merkt ook op dat “duidelijk [is] dat het voor de beoordeling van het eerste middel van verzoekende partij noodzakelijk is inzage te kunnen nemen van de offerte ingediend door de NV Clemaco Trading en van die stukken van het administratief dossier waaruit zou kunnen blijken of de verwerende partij de ingediende offertes zorgvuldig heeft gecontroleerd op het vlak van de technische verklaringen van de indieners en op het vlak van de kwaliteitszorg en de ter zake verzochte certificeringen”.

9.2. In haar memorie van antwoord wijst de verwerende partij onder meer naar de door haar in het administratief dossier vertrouwelijk neergelegde stukken.

9.3. De verzoekende partij vraagt in haar memorie van wederantwoord inzage in die stukken.

10.1. De verzoekende partij voert in haar tweede middel de schending aan van “de artikelen 5 en 25 van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten; van artikel 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren; van de artikelen 5 en 8 van 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 het bestek MRMP-N/P Nr. 16NP005 en van de beginselen van

behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

In essentie voert de verzoekende partij aan dat het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel zich nog in een ontwerpfase bevindt zodat de bestekseis dat het aangeboden toestel volledig vrij moet zijn van gebreken en fouten, hier niet kan in acht genomen zijn. Ook kan het aangeboden toestel niet voldoen aan de bestekseis, namelijk de integratie ervan in een onderwaterscooter. Voorts brengt de verzoekende partij nog een aantal technische elementen aan die het door de nv Clemaco Trading aangeboden toestel volgens haar in een minder goed daglicht stellen. Volgens de verzoekende partij is dit toestel materieel onregelmatig. Zij vraagt ten slotte inzage van een eventueel gunningsverslag.

10.2. In haar memorie van antwoord wijst de verwerende partij onder meer naar de door haar in het administratief dossier vertrouwelijk neergelegde stukken.

10.3. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat zij inzage wil in “de gedetailleerde evaluatietabel”.

11. De Raad stelt vast dat de verwerende partij in haar laatste memorie geen repliek geeft op de in het auditoraatsverslag gemotiveerde verwerping van de vertrouwelijkheid van drie stukken in het administratief dossier, namelijk het gunningsverslag, het antwoord van de nv Clemaco Trading van 4 juli 2016 op de vragen van de verwerende partij van 30 juni 2016 en het “Technico-operationele en logistieke evaluatieverslag” van 6 juli 2016. Zij stelt kortweg zonder inhoudelijk debat dat zij “bij haar stelling [blijft] dat de stukken van het vertrouwelijk administratief dossier een vertrouwelijk karakter hebben omwille van de redenen zoals uiteengezet in de memorie van antwoord maar [...] zich verder [gedraagt] naar de wijsheid van [de] Raad wat de lichte van de vertrouwelijkheid van deze stukken betreft”.

Gelet op deze omstandigheden valt de Raad de conclusie van het auditorsverslag bij en moet de vertrouwelijkheid van de betrokken stukken worden gelicht. De partijen dienen aldus procedureel de gelegenheid te krijgen het debat voorts te voeren onder de voorwaarden zoals hierna bepaald.

V. Onderzoek van de derde middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 5, 9 en 25 van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten; van artikel 95 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren; van de artikelen 5 en 8 van 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 het bestek MRMP-N/P Nr. 16NP005 en van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

Beoordeling

13. Ter terechtzitting doet de verzoekende partij afstand van het middel.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. De Raad van State heft het vertrouwelijk karakter op van de volgende door de verwerende partij als vertrouwelijk neergelegde stukken van het administratief dossier, namelijk het gunningsverslag, het antwoord van de

nv Clemaco Trading van 4 juli 2016 op de vragen van de verwerende partij van 30 juni 2016 en het “Technico-operationele en logistieke evaluatie-verslag” van 6 juli 2016 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 eerste en tweede 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 kwestieuze 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. De partijen wordt toegestaan binnen de gebruikelijke termijnen en voorwaarden na ontvangst van het verslag een laatste memorie in te dienen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 november 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest