

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY
rudiclaeys@telenet.be

CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2018

NIEUWSBRIEF SEPTEMBER 2018

- 1. WET 30 JULI 2018 (B.STBL. 14/8/2018) WETSWIJZIGING ROND
BEDRIJFSGEHEIMEN**
- 2. ONDERZOEK NAAR ABNORMAAL HOGE PRIJZEN**
- 3. FORMELE MOTIVERINGSPLICHT : VERDUIDELIJKING VAN DE
BEOORDELING METHODIEK**
- 4. HET UEA VAN EEN DERDE OP WIENS DRAAGKRACHT MEN BEROEP DOET
MOET OOK VERPLICHT BIJGEVOEGD WORDEN**
- 5. HET UEA VAN DE ONDERAANNEMERS RECHTVAARDIGT HET ONTBREKEN
VAN HET UEA VAN DE HOOFDAANNEMER NIET EN ZIJN BIJ EEN EERDERE
OPDRACHT INGEDIEND UEA VOLSTAAT NIET OP ZICH .**

Ed. 9/2018

Prof. RUDI CLAEYS

**WET 30 JULI 2018. - BETREFFENDE DE BESCHERMING VAN
BEDRIJFSGEHEIMEN (B.STBL. 14/8/2018)**

Deze wet brengt een aantal wijzigingen aan in het Wetboek van economisch recht.
Met deze wijzigingen zal ook moeten rekening gehouden worden bij het omlijnen van
het vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens bekomen in het kader van een
overheidsopdracht en bij het gebruik er van .

Definitie Bedrijfsgeheim

"Art. I.17/1. 1° bedrijfsgeheim: informatie die aan de volgende cumulatieve
voorwaarden voldoet:

- a) ze is **geheim** in die zin dat zij, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en
ordering van haar bestanddelen, niet algemeen bekend is bij of gemakkelijk
toegankelijk is voor personen binnen de kringen die zich gewoonlijk bezighouden met
de desbetreffende soort informatie;
- b) ze bezit **handelswaarde** omdat zij geheim is;
- c) ze is door de persoon die rechtmatig daarover beschikt **onderworpen aan
redelijke maatregelen**, gezien de omstandigheden, om deze geheim te houden;

Rechtmatige verkrijging

Art. XI.332/3. § 1. De verkrijging van een bedrijfsgeheim wordt als rechtmatig
beschouwd indien het bedrijfsgeheim wordt verkregen op een van de volgende
manieren:

- 1° een onafhankelijke ontdekking of onafhankelijk ontwerp;
- 2° observatie, onderzoek, demontage of testen van een product of voorwerp dat ter
beschikking van het publiek is gesteld of dat op een rechtmatige manier in het bezit

is van de persoon die de informatie verwerft en die niet gebonden is aan een rechtsgeldige verplichting de verkrijging van het bedrijfsgeheim te beperken;
3° uitoefening van het recht van werknemers of werknemersvertegenwoordigers op informatie en raadpleging overeenkomstig het recht van de Europese Unie, het nationale recht en de nationale praktijken;
4° iedere andere praktijk die, gezien de omstandigheden, in overeenstemming is met de eerlijke handelspraktijken.

§ 2. Het verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim wordt als rechtmatig beschouwd voor zover dit verkrijgen, gebruiken of openbaar maken door het recht van de Europese Unie of het nationale recht vereist of toegestaan is."

Onrechtmatige verkrijging

Art. XI.332/4. § 1. De verkrijging van een bedrijfsgeheim zonder de toestemming van de houder van het bedrijfsgeheim wordt als onrechtmatig beschouwd wanneer de verkrijging gebeurde door middel van:

1° **onbevoegde toegang** tot of het zich onbevoegd toe-eigenen of kopiëren van documenten, voorwerpen, materialen, substanties of elektronische bestanden waarover de houder van het bedrijfsgeheim rechtmatig beschikt en die het bedrijfsgeheim bevatten of waaruit het bedrijfsgeheim kan worden afgeleid;

2° andere gedragingen die, gezien de omstandigheden, worden beschouwd als **strijdig met de eerlijke handelspraktijken**.

§ 2. Het gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim wordt als onrechtmatig beschouwd wanneer dit, zonder de toestemming van de houder van het bedrijfsgeheim, wordt verricht door een persoon die aan een van de volgende voorwaarden voldoet:

1° hij heeft het bedrijfsgeheim op **onrechtmatige manier verkregen**;

2° hij maakt **een inbreuk op een geheimhoudingsovereenkomst** of een andere verplichting tot het niet openbaar maken van het bedrijfsgeheim;

3° hij maakt een **inbreuk op een contractuele of andere verplichting tot beperking van het gebruik** van het bedrijfsgeheim.

§ 3. Het verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van een bedrijfsgeheim wordt ook als onrechtmatig beschouwd wanneer een persoon op het moment van het verkrijgen, gebruiken of openbaar maken wist of, gezien de omstandigheden, had

moeten weten dat het bedrijfsgeheim **direct of indirect werd verkregen van een andere persoon die het bedrijfsgeheim op een onrechtmatige manier** gebruikte of openbaar maakte in de zin van paragraaf 2.

§ 4. Het produceren, aanbieden of in de handel brengen van inbreuk makende goederen, of de invoer, uitvoer of opslag van inbreuk makende goederen voor die doeleinden, wordt ook als een onrechtmatig gebruik van een bedrijfsgeheim beschouwd wanneer de persoon die dergelijke activiteiten uitvoert, **wist of, gezien de omstandigheden, had moeten weten** dat het bedrijfsgeheim onrechtmatig werd gebruikt in de zin van paragraaf 2."

Handhavingsmaatregelen

"Art. XI.336/3. § 1. Wanneer de rechter vaststelt dat er sprake is van onrechtmatige verkrijging, onrechtmatig gebruik of onrechtmatige openbaarmaking van een bedrijfsgeheim, kan hij, op verzoek van de houder van het bedrijfsgeheim, jegens de inbreukmaker een of meer van de volgende maatregelen bevelen:

- 1° de **staking** van, of, indien van toepassing, het verbod op de verkrijging, het gebruik of de openbaarmaking van het bedrijfsgeheim;
- 2° het **verbod** om inbreuk makende goederen **te produceren, aan te bieden, in de handel te brengen of te gebruiken**, of om inbreuk makende goederen voor deze doeleinden in te voeren, uit te voeren of op te slaan;
- 3° het **terugroepen** van de inbreuk makende goederen van de markt;
- 4° het ontdoen van de inbreuk makende goederen van hun inbreuk makende hoedanigheid;
- 5° de vernietiging van de inbreuk makende goederen of, indien van toepassing, het uit de handel nemen ervan, op voorwaarde dat het uit de handel nemen geen afbreuk doet aan de bescherming van het betrokken bedrijfsgeheim;
- 6° de gehele of gedeeltelijke vernietiging van de documenten, voorwerpen, materialen, substanties of elektronische bestanden die het bedrijfsgeheim bevatten of belichamen, of, indien van toepassing, de gehele of gedeeltelijke overhandiging aan de houder van het bedrijfsgeheim van die documenten, voorwerpen, materialen, substanties of elektronische bestanden.

§ 2. Wanneer de rechter beveelt de inbreuk makende goederen uit de handel te nemen, kan hij op verzoek van de houder van het bedrijfsgeheim bevelen dat deze

goederen aan de houder of aan een liefdadigheidsorganisatie worden overhandigd.

§ 3. De maatregelen bedoeld in paragraaf 1, 3° tot 6°, worden uitgevoerd op kosten van de inbreukmaker, tenzij bijzondere redenen dit beletten.

§ 4. De maatregelen bedoeld in dit artikel doen geen afbreuk aan enige schadevergoeding die aan de houder van het bedrijfsgeheim verschuldigd kan zijn vanwege het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van het bedrijfsgeheim."

Schadevergoeding

Art. XI.336/5. § 1. De houder van het bedrijfsgeheim heeft recht op de vergoeding van elke schade die hij door het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken of openbaar maken van het bedrijfsgeheim lijdt.

§ 2. Wanneer de omvang van de schade op geen andere wijze kan bepaald worden, kan de rechter de schadevergoeding in redelijkheid en billijkheid vaststellen op een forfaitair bedrag.

§ 3. De rechter kan, op verzoek van de houder van het bedrijfsgeheim, bij wijze van schadevergoeding, de afgifte bevelen aan de houder van het bedrijfsgeheim van de inbreuk makende goederen, alsmede, in passende gevallen, van de materialen en werktuigen die voornamelijk bij de schepping of vervaardiging van die goederen zijn gebruikt, en die nog in het bezit van de verweerder zijn. Indien de waarde van die goederen, materialen en werktuigen de omvang van de werkelijke schade overschrijdt, bepaalt de rechter de door de houder van het bedrijfsgeheim te betalen opleg."

In werking treding

Art. 44. De bepalingen van deze wet zijn **onmiddellijk** van toepassing bij de inwerkingtreding ervan, met behoud evenwel van de rechten die bij de inwerkingtreding ervan zijn verworven.

De gerechtelijke procedures die voor de inwerkingtreding van deze wet zijn ingesteld, worden afgehandeld volgens de bepalingen die ten tijde van het instellen van de procedure van toepassing waren.

2. ONDERZOEK NAAR ABNORMAAL HOGE PRIJZEN

RVS ARREST

nr. 242.091 van 10 juli 2018

Onderzoek naar ABNORMAAL HOGE prijzen

Op de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat de onderhavige zaak betrekking heeft op een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen, wat een wezenlijk ander onderzoek lijkt dan een onderzoek naar abnormaal lage prijzen, situatie die doorgaans aan de orde is bij jurisdictionele voorzieningen die de gunning van overheidsopdrachten betreffen. De principes die gelden inzake een onderzoek naar abnormaal lage prijzen lijken aldus niet zonder meer te mogen worden getransponeerd naar een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen.

Bij een onderzoek naar **abnormaal lage prijzen** is het immers de vraag of de aanbestedende overheid wel een **behoorlijke uitvoering** van de opdracht mag verwachten voor de geboden prijs en of het de betrokken inschrijver er niet om te doen is louter onder de prijs van zijn concurrenten te gaan en de opdracht slecht uit te voeren zodat het risico op een minder behoorlijke uitvoering ontstaat .

Dit uitgangspunt lijkt niet te gelden bij een onderzoek naar **abnormaal hoge prijzen**. Daar lijkt veeleer de vraag aan de orde of de aanbestedende overheid voor een behoorlijke uitvoering van de opdracht **niet aanzienlijk boven de marktprijs** gaat betalen. Het lijkt dat daarbij **in principe een soepelere houding** van de aanbestedende overheid bij het aanvaarden van prijsverantwoordingen is toegestaan.

Voorts kan in het algemeen worden opgemerkt dat bij het **onderzoek naar het afdoende karakter van de motieven** rekening moet worden gehouden met het **geheel van de in de bestreden beslissing uitgedrukte motieven** en **niet met een of meerdere door de verzoekende partij geciteerde en bekritiseerde onderdelen** van de motivering op zich. Het volstaat immers dat de motivering in haar geheel afdoende is.

Moet deze verantwoording gemotiveerd worden op één van de gronden voorzien in art. 36,§3 ?

ten slotte is er nog de algemene kritiek van de verzoekende partij op de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver, waarin zij doet gelden dat de gekozen inschrijver geen enkel element aanbrengt dat wordt vermeld in artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Er worden met andere woorden geen gronden meegedeeld waarop de abnormaal hoge prijs steunt.

Deze kritiek mist op de eerste plaats feitelijke grondslag. Uit de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver blijkt immers dat deze prima facie wel degelijk diverse verantwoordingselementen heeft aangebracht die kunnen worden betrokken op de in artikel 36 opgesomde verantwoordingsgronden.

Op de tweede plaats moet worden opgemerkt dat **de opsomming in artikel 36 niet limitatief** is en dat ook andere elementen die de afwijkende prijsvorming van de betrokken inschrijver verantwoorden door de aanbestedende overheid mogen worden aanvaard. Dat lijkt a fortiori het geval te zijn bij het onderzoek naar hoge prijsvorming zoals te dezen. **De opsomming in artikel 36 lijkt immers primair te zijn geschreven met het oog op het verantwoorden van abnormaal lage en niet van abnormaal hoge prijzen.**

3. FORMELE MOTIVERINGSPLICHT : VERDUIDELIJKING VAN DE BEOORDELINGSMETHODIEK

RVS ARREST nr. 242.179 van 3 augustus 2018 in de zaak A. 225.649/XII-8581

Ingeroepen middel

De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift de schending aan van de formele motiveringsplicht zoals bepaald in de artikelen 2 en 3 van wet van 29 juni 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs- handelingen' en in de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur "doordat het gunningsverslag geen afdoende motivering bevat met betrekking tot de kwaliteit van de offertes".

Zij betoogt daarbij dat de zeer summiere motivering in het gunningsverslag haar op geen enkele manier in staat stelt kennis te nemen van de motieven op grond waarvan de bestreden beslissing werd genomen, of uit te maken waar de verwerende partij zich op baseert om tot de vermelde puntenscore te komen. "Hoe de aanbestedende overheid tot deze merkwaardige puntenverdeling komt, is niet duidelijk en wordt bovendien nergens uiteengezet/aangegeven."

Beoordeling

De formele motiveringsplicht lijkt te vereisen dat de niet-gekozen inschrijver op grond van de motivering in het gunningsverslag waarop de gunningsbeslissing steunt, afdoende weet waarom de aanbestedende overheid, in het licht van de gunningscriteria en de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offertes, de voorkeur geeft aan die offertes.

Uit het gunningsverslag blijkt de beoordelingsmethodiek. Ook werd hierin voor het tweede gunningscriterium 'kwaliteit' per perceel een vergelijkende beoordeling opgenomen.

Uit die beoordeling in het gunningsverslag blijkt dat de voornaamste verschillen tussen de offertes is besproken **per “groep van beoordelingselementen”** – die op het eerste gezicht ook overeenstemmen met de vier in het bestek opgesomde beoordelingselementen – en waarbij **vervolgens een globale puntenscore voor het gunningscriterium ‘kwaliteit’** wordt vermeld.

Daarnaast worden bij het gunningsverslag **ook negen bijlagen gevoegd**, die telkens per ingediende BAFO-offerte een “evaluatie motiveringsdocument” bevatten. Het betreft een opsomming van feitenmateriaal zoals door de leden van het evaluatieteam afgeleid uit de offertes **waarbij telkens ook wordt aangegeven of dit als min- of meerwaarde of neutraal wordt beoordeeld.**

De verwerende partij heeft hierbij klaarblijkelijk geopteerd voor een werkwijze waarbij enkel de vastgestelde verschillen tussen de offertes een neerslag hebben gevonden in het gemotiveerd gunningsverslag na afweging van alle plus- en minpunten uit de offertes zoals deze blijken uit de bij het gunningsverslag gevoegde bijlagen voor elke offerte. Het gunningsverslag lijkt echter de essentie van de bevindingen in de bijgevoegde documenten weer te geven en – weze het beknopt – inzicht te bieden in de volgens de verwerende partij relevante verschillen tussen de beide offertes.

Te dezen lijkt het niet onaanvaardbaar dat de verwerende partij in het gunningsverslag bij de bespreking van de specifieke sterke en zwakke punten van de offertes niet elk onderdeel van een beoordelingselement dat in het bestek is vermeld maar dat in de offertes van de beide inschrijvers gelijklopend positief of negatief wordt beoordeeld, telkens uitdrukkelijk opnieuw heeft benoemd.

Hoewel de **in het gunningsverslag opgenomen vergelijkende motivering eerder summier is in vergelijking met de zeer gedetailleerde bijlagen bij het verslag, lijkt deze motivering, in laat uitschijnen in haar verzoekschrift, wel telkens ook concreet de kenmerken en de relatieve voordelen van de gekozen offertes te bevatten voor de vier in het bestek opgesomde beoordelingselementen.**

Hiermee kon de verzoekende partij – zeker samengenomen met de bijlagen bij het gunningsverslag die betrekking hebben op de beoordeling van haar offertes en waarvan zij ook in kennis werd gesteld – weten waarom de aanbestedende overheid

voor de percelen 1 en 2, in het licht van de gunningscriteria en de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offertes, de voorkeur gaf aan de offertes van de nv.....

De verzoekende partij toont aldus op het eerste gezicht niet aan dat de motivering van de bestreden beslissing samen met de haar overgemaakte bijlagen met betrekking tot de beoordeling van haar eigen BAFO's niet afdoende de redenen weergeven waarom de gekozen offertes de voorkeur van de aanbestedende overheid genieten. In dit licht is er evenmin een schending van de formele motiveringsplicht in de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat zij geen kennis heeft gekregen van de bijlagen bij het gunningsverslag, die betrekking hebben op de gekozen offertes.

In de mate dat de verzoekende partij ook nog aanvoert dat noch uit het gunningsverslag, noch uit de onderliggende bijlagen blijkt hoe de verwerende partij tot de toegekende globale puntenscore voor het gunnings- criterium 'kwaliteit' komt, lijkt de verzoekende partij vooralsnog op het eerste gezicht onvoldoende duidelijk te maken dat de gegeven woordelijke verantwoording waaruit duidelijk blijkt dat de verwerende partij de offertes van de gekozen inschrijver beter evalueert dan die van de verzoekende partij, niet afdoende zou zijn om de globale puntentoekenning te begrijpen en te verantwoorden. **Een nadere uitleg over de exacte puntentoekenning lijkt in die zin zonder belang voor de grief** van de verzoekende partij, minstens lijkt zij vooralsnog onvoldoende haar belang hierbij aan te tonen. Ook moet hier opnieuw worden bedacht dat de verzoekende partij de materiële draagkracht van geschreven verantwoording niet betwist doch enkel de schending van de formelemotiveringsplicht als grief aanvoert.

4. HET UEA VAN EEN DERDE OP WIENS DRAAGKRACHT MEN BEROEP DOET MOET OOK VERPLICHT BIJGEVOEGD

ARREST RVS

nr. 242.092 van 10 juli 2018 in de zaak A. 225.503/XII-8567

In het verslag aan de Koning (Belgisch Staatsblad 9 mei 2017, 55377) bij artikel 73 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 „plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren” wordt verduidelijkt dat **voor een derde op wiens draagkracht beroep wordt gedaan een afzonderlijk UEA dient te worden ingediend**. Deze commentaar wordt wat het UEA betreft ook van toepassing gemaakt op overheidsopdrachten in de speciale sectoren volgens het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 18 juni 2017 “plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren”.

De verzoekende partijen betwisten niet dat zij voor de derde op wiens draagkracht zij een beroep doen echter geen UEA hebben ingediend bij hun kandidaatstelling. Met betrekking tot deze derde werd in de door de verzoekende partijen bij hun kandidaatstelling gevoegde UEA-documenten ook geen enkele informatie opgenomen. Hoewel aan de verzoekende partijen nog de mogelijkheid werd gegeven hun kandidaatstelling aan te vullen, klaarblijkelijk ook met betrekking tot gegevens omtrent de derde op wiens draagkracht zij een beroep zouden doen voor de erkenning als asbestruimingsbedrijf, hebben zij in ieder geval ter aanvulling van hun kandidaatstelling voor deze derde geen UEA ingediend, nog afgezien van de vraag of dit wel is toegestaan in het licht van de gelijke behandeling van de kandidaten. Met betrekking tot deze derde ligt er aldus geen verklaring voor dat deze zich niet bevindt in één van de uitsluitingssituaties. In die zin mocht de aanbestedende overheid op het eerste gezicht terecht in de bestreden beslissing vaststellen dat er geen UEA-document werd aangeleverd met betrekking tot de onderaannemeren lijkt de aanbestedende overheid op grond alleen reeds van deze vaststelling te hebben mogen besluiten tot de niet-selectie van de verzoekende partijen. **Aldus is niet aangetoond dat de verzoekende partijen een regelmatige kandidaatstelling hebben ingediend.**

5. HET UEA VAN DE ONDERAANNEMERS RECHTVAARDIGT HET ONTBREKEN VAN HET UEA VAN DE HOOFDAANNEMER NIET EN ZIJN BIJ EEN EERDERE OPDRACHT INGEDIEND UEA VOLSTAAT NIET OP ZICH .

ARREST RVS

nr. 242.138 van 24 juli 2018 in de zaak A. 225.625/XII-8580

De omstandigheid dat de verzoekende partij wel UEA's voor haar onderaannemers heeft ingediend, is niet relevant; het bestek legt op dat de inschrijver zelf (ook) een UEA indient teneinde aan te tonen dat hij voldoet aan onder meer de selectiecriteria. Het is ook niet vereist dat de sanctie bij het niet indienen van een UEA wordt herhaald in het bestek.

De verzoekende partij betoogt voorts dat zij reeds eerder voor een overheidsopdracht van dezelfde aanbestedende overheid - zelfs departement - recent ook al een aanvaard UEA-formulier had ingediend, waaruit bleek dat er zich in hoofde van de verzoekende partij "geen enkel probleem stelde op vlak van uitsluitingscriteria". De verwerende partij was dus reeds in het bezit van een recent ingevuld UEA-formulier van de verzoekende partij.

Artikel 73, § 1, in fine, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt:

"Ondernemers kunnen het reeds in een vorige overheidsopdrachten- procedure gebruikte Uniform Europees Aanbestedingsdocument opnieuw gebruiken, mits zij bevestigen dat de daarin opgenomen gegevens nog steeds correct zijn".

In de memorie van toelichting is ter zake te lezen:

"In het laatste lid van de eerste paragraaf wordt vervolgens gesteld dat de reeds in een vorige gunningsprocedure **gebruikte UEA's opnieuw mogen worden aangewend, mits wordt bevestigd dat de daarin opgenomen gegevens nog steeds correct zijn**. Natuurlijk is deze werkwijze slechts werkbaar indien het eerder gebruikte UEA ook inlichtingen biedt omtrent de in concreto door de aanbestedende overheid verlangde informatie. **De mogelijkheid om bepaalde concrete informatie te bekomen via het UEA primeert aldus boven de regel dat, indien mogelijk, het UEA hergebruikt mag worden**".