RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 219.950 van 26 juni 2012
in de zaak A. 199.508/XII-6521

In zake: de BVBA TUINTEAM STEFAN & WOUTER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jean-Baptiste Petitat en Victor Petitat
kantoor houdend te 8310 Sint-Kruis
Sportstraat 49
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ROESELARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 maart 2011, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Roeselare dd. 29.12.2010 waarin wordt beslist 'artikel 1 Goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 23 december 2010 voor de opdracht 'Renovatie stedelijke begraafplaats Blekerijstraat – Heraanleg verhard[…]ing 2° fase', opgesteld door de ontwerper, Demey Studiebureau bvba [...] en waaruit blijkt dat Penninck Aannemingen nv [...] de laagst regelmatige bieder is' (en waarin wordt geoordeeld dat de offerte van de [bvba Tuinteam Stefan & Wouter] niet beantwoordt aan de selectievoorwaarden, bij gemis aan de vereiste referenties) 'Artikel 2 Aan Penninck Aannemingen nv [...] wordt de opdracht […] toegewezen, tegen het nagerekende inschrijvingsbedrag van € 225.885,00 exclusief btw of 273.320,85

inclusief 21% btw' (...); en van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de [bvba Tuinteam Stefan & Wouter]".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 mei 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Victor Petitat, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 stad Roeselare schrijft een openbare aanbesteding uit voor werken "Renovatie stedelijke begraafplaats Blekerijstraat – fase 2 (vak I-N)".

De waarde van de opdracht wordt geraamd op 243.934,79 euro btw inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 9 november 2009.

In de aankondiging wordt vermeld dat de inschrijvers bij hun offerte een "referentielijst en attest van goede uitvoering van 3 gelijkaardige werken in de laatste 5 jaar" met vermelding van de gemeente, de projectnaam, de uitvoeringsperiode en het bedrag van de aanneming btw niet inbegrepen moeten voegen.

3.3. Het op de opdracht van toepassing zijnde bestek herneemt onder de kwalitatieve selectiecriteria de vereiste inzake het bijvoegen van een referentielijst met vermelding van dezelfde modaliteiten.

3.4. Op 10 december 2010 worden de offertes geopend. Er zijn zeven offertes ingediend. Verzoekende partij heeft met 250.552,58 euro, btw inbegrepen, de laagste offerte ingediend. De nv Penninck Aannemingen heeft met 273.320,85 euro, btw inbegrepen, de tweede laagste offerte ingediend.

3.5. De offertes worden onderzocht door een studiebureau. Bij de offerte van verzoekende partij blijken de gevraagde referentielijst en attesten van goede uitvoering te ontbreken.

Met een brief van 10 december 2010 vraagt de ontwerper aan verzoekende partij om deze alsnog te bezorgen.

Met een schrijven van 13 december 2010 bezorgt verzoekende partij een overzicht van referenties samen met attesten van goede uitvoering aan de ontwerper. Dit overzicht van referenties luidt:

> "Ondergetekende, Van Acker Wouter, verklaart hierbij dat de firma, Tuinteam Stefan en Wouter bvba, volgende diensten heeft uitgevoerd gedurende de laatste drie jaar, waaruit de opgebouwde en gehonoreerde expertise in de bedoelde materie blijkt.

* ‘t Veer vzw Menen – Omgevingsaanleg Juke-box belevingscentrum Menen – werk in uitvoering
Jaar van uitvoering: 2010-2011
Bedrag: 118.803,35 euro incl. btw
Aanbestedende instantie: ‘t Veer vzw Menen
Contactpersoon: [...]
Inhoud opdracht: omgevingsaanleg, verhardingswerken, aanleg drainerende betonstraatstenen, aanleg breuksteen, plaatsen verlichting, plaatsen speeltoestellen, beplantingswerken, plaatsen afsluiting en poorten.

* Zonnebeke – Omgevingswerken 2de fase Kasteelpark Zonnebeke – voorlopige oplevering
Jaar van uitvoering: 2009-2010
Bedrag: 298.427,44 euro incl. btw
Aanbestedende instantie: gemeente Zonnebeke West-Vlaanderen
Contactpersoon: [...]
Inhoud opdracht: rooien en ontstronken van bomen, uitbreken en wegvoeren van bestaande verharding, uitvoeren van grond- en nivelleringswerken. Uitvoeren van drainagewerken, aanleggen van nieuwe padenstructuur, bezaaiingen, slibbehandeling vijver, plaatsing speeltoestellen. Algemene aanlegwerken.

* Zedelgem – Inrichting Kroonhoek fase 1 – werk in uitvoering
Jaar van uitvoering: 2009-2010
Bedrag: 48.409,68 euro incl. btw
Aanbestedende instantie: Agentschap voor natuur en bos Sint-Andries-Brugge
Contactpersoon: [...]
Inhoud opdracht: plaatsen van afsluiting en eiken poorten, aanleg van poelen en boomgaard te Zedelgem (Kroonhoek).

* Brugge – Predikherenrei 3 – Justitiehuis – Aanleg tuin
Jaar van uitvoering: 2008
Bedrag: 31.699,36 euro incl. btw
Aanbestedende instantie: Regie der Gebouwen West-Vlaanderen
Contactpersoon: [...]
Inhoud opdracht: heraanleg kloostertuin”.

3.6. Op 17 december 2010 stelt de ontwerper een gunningsverslag op. Wat de selectie van de inschrijvers betreft luidt dit verslag onder meer als volgt:

“5) Omtrent de referenties van 3 gelijkaardige werken in de laatste 5 jaar:

- Gelet op de discussie over de uitvoeringsmethodes van de aannemer in fase 1, werd in overleg met het stadsbestuur een bijkomend kwalitatief selectiecriterium toegevoegd, nl. het voorleggen van een referentielijst van min. 3 gelijkaardige werken in de laatste vijf jaar m.i.v. attesten van goede uitvoering.

- Bij de bvba Tuinteam ontbrak de referentielijst en werd dit conform art. 72 § 1 van het KB van 8/01/1996 opgevraagd [...]. Deze lijst werd ons op 14/12/2010 overgemaakt [...].

- De voorgelegde referenties van de inschrijvers betreffen niet altijd gelijkaardige werken. Wij hebben volgende definitie van een geldig gelijkaardig werk gehanteerd:

* een project met dezelfde grootte-orde (bedrag van de aanneming)
* een project met dezelfde inhoud van werken (aanleg kleinschalig materiaal, omgevingswerken, wegeniswerken)
* een project op dezelfde plaats (begraafplaats)
* een project dat is gestart of uitgevoerd na 2005.

- Beoordeling:

	Aantal gelijkaardige referenties	Getuigschriften
bvba Tuinteam	2	OK
nv Penninck	46	OK
nv F. Maes	5	Niet OK
nv Vandeputte P.	7	Niet OK
nv Seru & Zonen	16	OK
bvba Tuinen Descamps	5	OK
bvba P. Bossuyt	1	Niet OK

Bij de inschrijvers nv F. Maes, nv Vandeputte en bvba P. Bossuyt werden geen attesten van goede uitvoering toegevoegd. Gezien deze inschrijvers met hun aangeboden prijs niet in aanmerking komen als laagst regelmatige inschrijving, wordt het voordeel van de twijfel genomen en worden hun inschrijvingen toch geselecteerd.

- Besluit:
Het aantal geldige referenties van bvba Tuinteam en bvba Bossuyt is kleiner dan 3".

Vervolgens wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Penninck Aannemingen als laagste regelmatige inschrijver.

3.7. Op 29 december 2010 beslist het college van burgemeester en schepenen om het gunningsverslag van de ontwerper goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de nv Penninck Aannemingen.

3.8. Met een aangetekende brief van 18 januari 2011 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht dat zij niet werd geselecteerd en dat de opdracht werd gegund aan de nv Penninck Aannemingen.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. 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 motiverings- en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij wijst erop dat elke beslissing tot niet-selectie afdoende moet worden gemotiveerd, waarbij de aanbestedende overheid zich moet steunen op feitelijk en rechtens juiste gegevens en *in concreto* moet aangeven waarom de betrokken inschrijver niet wordt geselecteerd.

Verwerende partij vermeldt echter enkel dat verzoekende partij onvoldoende “geldige referenties” heeft opgegeven en niet waarom de door verzoekende partij opgegeven referenties in dit geval ongeldig zouden zijn in het licht van de selectiecriteria. De bestreden beslissing werd aldus niet afdoende gemotiveerd.

4.2. In haar memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij erop dat de motieven van de bestreden beslissing afdoende concreet moeten zijn zodat zij in staat is om te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te

verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. Hier betekent dit dat verzoekende partij op grond van de opgegeven motieven precies moet kunnen weten waarom zij niet werd geselecteerd, wat hier niet het geval is. Verzoekende partij kan uit de bestreden beslissing niet afleiden welke "selectiesubcriteria" haar exact de das hebben omgedaan. Het argument van verwerende partij in de memorie van antwoord dat twee van de vier referenties van verzoekende partij ver onder het ramingsbedrag lagen en daarom niet als gelijkaardig werden aanvaard, wordt door verzoekende partij verworpen als een motivering *a posteriori*.

4.3. In haar laatste memorie betoogt verzoekende partij nog dat zij niet op voorhand kon weten dat de door haar opgegeven referenties niet als gelijkaardig zouden worden beschouwd nu het ramingsbedrag niet op voorhand werd bekendgemaakt.

Beoordeling

5.1. Verzoekende partij spitst het middel toe op de schending van de formele-motiveringsplicht zoals besloten in artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991. De motivering in de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan deze bepalingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zoals verzoekende partij ook zelf opmerkt moet die motivering afdoende zijn, teneinde haar in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

5.2. De bestreden beslissing verwijst naar het gunningsverslag van de ontwerper, dat uitdrukkelijk wordt goedgekeurd en bijgevallen. Dit verslag is omstandig formeel gemotiveerd en aan verzoekende partij bekend want gevoegd bij haar verzoekschrift. Wat de selectie van de inschrijvers betreft kan uit de motieven, opgenomen in het verslag, worden afgeleid dat de offerte van verzoekende partij wordt geweerd omdat zij niet de drie vereiste referenties heeft bijgevoegd. Slechts twee van haar referenties worden als gelijkaardig beschouwd.

Aldus wordt in de formele motieven van de bestreden beslissing aangegeven waarom de offerte van verzoekende partij niet werd geselecteerd.

5.3. Verzoekende partij doet gelden dat in de bestreden beslissing niet formeel is gemotiveerd waarom haar referenties feitelijk niet als gelijkaardig aan de huidige opdracht worden beschouwd.

Dit kan niet worden aanvaard. Voorgaande vaststellingen uit het gunningsverslag van de ontwerper moeten immers worden samengenomen met de overige opdrachtdocumenten en het overzicht van referenties gevoegd bij de offerte van verzoekende partij.

In de aankondiging van de opdracht en in het bestek wordt vermeld dat de inschrijvers bij hun offerte een referentielijst en attest van goede uitvoering van drie gelijkaardige werken in de laatste vijf jaar moeten voegen, met vermelding van de gemeente, projectnaam, uitvoeringsperiode en het bedrag van de aanneming btw niet inbegrepen.

Uit deze omschrijving van de gevraagde gegevens blijkt aldus dat de gelijkaardigheid van de voorgelegde referenties aan het huidige project onder meer zal worden beoordeeld rekening houdend met het aannemingsbedrag van de referenties. Het feit dat de raming van verwerende partij niet op voorhand werd bekendgemaakt doet hieraan geen afbreuk. Verzoekende partij had immers reeds op basis van haar eigen offerte kunnen vaststellen dat het huidige project een omvang heeft die meerdere malen groter is dan twee van de vier door haar opgegeven referenties (respectievelijk 250.552,58 euro tegenover 48.409,68 euro en 31.699,36 euro) en dat deze aldus niet kunnen worden beschouwd als gelijkaardig qua aannemingsbedrag.

Gelet op het voorgaande zijn de motieven zoals opgenomen in het gunningsverslag dan ook afdoende opdat verzoekende partij zou weten op welke grond zij niet werd geselecteerd en opdat zij terdege zou kunnen oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen deze beslissing. Zij blijkt zulks overigens te hebben gedaan met het voorliggende beroep, waarin zij, zoals zal

blijken uit de hierna ter sprake komende overige middelen, het motief om haar niet te selecteren reeds in het inleidend verzoekschrift uitvoerig bekritiseert. Aldus is minstens voldaan aan de *ratio legis* van de formele-motiveringsplicht.

5.4. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

6.1. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 1 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 16, zevende lid, 18, 19, eerste lid, 2°, en vierde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, en van het zorgvuldigheids- en transparantiebeginsel.

In een eerste onderdeel betoogt verzoekende partij dat verwerende partij bij de beoordeling van de offertes "selectiesubcriteria" heeft gehanteerd die noch in de aankondiging van de opdracht, noch in het bestek werden vermeld. Verwerende partij heeft immers nergens aangegeven welke referenties of welk niveau van referenties volgens haar als "gelijkaardige werken" kunnen worden beschouwd. Uit het gunningsverslag blijkt dat verwerende partij "dezelfde" werken vereiste qua grootte, inhoud en plaats, terwijl de aankondiging en het bestek enkel "gelijkaardige" werken vereiste als referentie. Hieraan kon verzoekende partij zich niet in redelijkheid verwachten, minstens diende het niveau van de gevraagde referenties op voorhand te worden bepaald.

In een tweede onderdeel doet verzoekende partij gelden dat verwerende partij met het "selectiesubcriterium" "een project met dezelfde grootte-orde (bedrag van de aanneming)" een eis inzake financiële draagkracht van de inschrijver heeft gehanteerd om de technische bekwaamheid van de inschrijver te beoordelen, wat ontoelaatbaar is. Het vereisen van drie referenties

met een gelijkaardig aannemingsbedrag houdt bovendien een bijkomend criterium inzake economische en financiële draagkracht in, naast de door het bestek vereiste erkenning klasse 2 in de categorie C of ondercategorie G3, dat niet in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht.

6.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij wat het eerste onderdeel betreft dat verwerende partij duidelijk op voorhand had moeten bepalen wat zij onder "gelijkaardige werken" zou verstaan en dat zij in het bijzonder de waarde en/of de aard van het uitgevoerde werk als determinerend zou beschouwen.

Wat het tweede onderdeel betreft merkt verzoekende partij op dat het stellen van bijkomende financiële selectievereisten naast de erkenning de mededinging nodeloos beperkt. Ook kleinere opdrachten qua waarde kunnen voldoende de technische geschiktheid van de inschrijver aantonen. Het is niet redelijk verantwoord dat twee referenties van verzoekende partij ongeldig worden beschouwd omdat zij niet gelijkaardig zijn qua waarde terwijl verzoekende partij wel over een erkenning beschikt in categorieën die ver boven het ramingsbedrag liggen, wat veronderstelt dat verzoekende partij over voldoende personeel en materiaal beschikt om de opdracht uit te voeren. Verwerende partij geeft immers zelf aan dat het betrokken selectiecriterium enkel werd gehanteerd om narigheden uit het verleden met een andere aannemer (namelijk gebrek aan personeel en materiaal) te vermijden, wat niets te maken heeft met de technische geschiktheid van de aannemer maar met diens economische draagkracht.

6.3. In haar laatste memorie stelt verzoekende partij, wat het eerste onderdeel betreft, dat het transparantiebeginsel onverkort dient te worden gerespecteerd bij de beoordeling van selectiecriteria. Verzoekende partij dient te kunnen inschrijven met volledige kennis van zaken. Voorts kan niet worden verantwoord dat twee van de door verzoekende partij opgegeven referenties ongeldig worden beschouwd wanneer de referenties van andere inschrijvers, die ook "ver onder het ramingsbedrag lagen" wel als geldige referenties worden beschouwd. Zij verwijst hierbij onder meer naar het feit dat de referenties van de nv Penninck Aannemingen "allemaal [werden] aanvaard, terwijl verschillende van de opgegeven referenties niet gelijkaardig waren qua bedrag".

Beoordeling

7.1.1. Betreffende het eerste onderdeel wordt vastgesteld dat verzoekende partij niet werd geselecteerd omdat zij onvoldoende referenties bij haar offerte had gevoegd. Twee van haar vier opgegeven referenties hadden geen betrekking op werken met een gelijkaardig aannemingsbedrag. Deze vereiste van de opgave van referenties met een gelijkaardig aannemingsbedrag kon zij, zoals al werd vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel, reeds afleiden uit de aankondiging van de opdracht en het bestek waarin uitdrukkelijk werd vermeld dat de inschrijvers bij hun offerte een referentielijst en attest van goede uitvoering van drie gelijkaardige werken in de laatste vijf jaar moesten voegen, met vermelding van de gemeente, projectnaam, uitvoeringsperiode en het bedrag van de aanneming btw niet inbegrepen. Deze vereisten gesteld aan de op te geven referenties stemmen overeen met de elementen waaraan verwerende partij de referenties nadien heeft getoetst in het gunningsverslag.

Aldus blijkt niet dat verwerende partij elementen bij de beoordeling van het selectiecriterium inzake referenties zou hebben betrokken die niet reeds op voorhand voor een zorgvuldige inschrijver bleken uit de opdrachtdocumenten.

Voorts kon verzoekende partij zich op grond van haar eigen offertebedrag, zoals ook reeds vastgesteld bij de beoordeling van het eerste middel, een beeld vormen van welke referenties in aanmerking zouden komen als gelijkaardig qua aannemingsbedrag. In tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert blijkt niet uit het gunningsverslag dat verwerende partij enkel “dezelfde” werken als een geldige referentie in aanmerking zou hebben genomen. Haar referentie betreffende de omgevingsaanleg van het belevingscentrum Juke-Box te Menen -welk project bezwaarlijk als identiek aan de renovatie van een begraafplaats kan worden beschouwd- blijkt immers wel door verwerende partij te zijn aanvaard.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

7.1.2. In zoverre verzoekende partij in haar laatste memorie het eerste onderdeel nog uitbreidt naar een schending van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers is het middelonderdeel niet ontvankelijk nu verzoekende partij niet aantoont dat deze grief niet reeds eerder in het debat kon worden gebracht.

7.2.1. In het auditoraatsverslag wordt het tweede onderdeel van dit middel verworpen, in essentie omdat uit artikel 19 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt dat de aanbestedende overheid de referenties mag vragen die zij verlangt en dat de technische bekwaamheid van de inschrijver onder meer kan worden aangetoond door een lijst van werken, uitgevoerd tijdens de laatste vijf jaar, gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering, die het bedrag, het tijdstip en de plaats van uitvoering van de werken vermelden, dit alles onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken. Aldus mocht verwerende partij naast de erkenning ook nog referenties opvragen; deze betreffen, in tegenstelling tot wat verzoekende partij aanvoert, niet de economische en financiële draagkracht van de inschrijver maar wel degelijk zijn technische bekwaamheid. Het auditoraat besluit dat het tweede onderdeel dan ook niet gegrond is.

7.2.2. In haar laatste memorie weerspreekt verzoekende partij de vaststellingen van het auditoraat ten aanzien van het tweede onderdeel niet maar beperkt zich tot het lichtelijk herformuleren van enkele argumenten uit de memorie van wederantwoord. De Raad van State ziet in deze omstandigheden dan ook geen redenen om de terechte conclusie van het auditoraatsverslag niet bij te vallen.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

8. Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting

9.1.1. In een derde middel voert verzoekende partij de schending aan van het redelijkheids-, zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel.

Verzoekende partij betoogt dat verwerende partij ten onrechte twee van haar referenties niet aanvaardde als gelijkaardig, terwijl deze van de overige inschrijvers wel werden aanvaard hoewel hun referenties evenmin beantwoordden aan de gehanteerde criteria.

9.1.2. Wat de gelijkaardigheid qua bedrag betreft merkt verzoekende partij op dat voor drie van de zeven referenties van de nv Vandeputte geen prijs werd opgegeven en twee referenties noch het inschrijvingsbedrag, noch het ramingsbedrag overschreden. De referenties van de bvba Tuinen Descamps werden alle aanvaard hoewel één ervan betrekking had op een werk van "maar € 66.667" en een andere referentie betrekking had op een werk van 156.468 euro en dus ook duidelijk onder het inschrijvings- of ramingsbedrag lag. Voor de nv Seru & Zonen werden werken van 172.654 euro en 155.403 euro in aanmerking genomen als geldige referenties. Ten slotte werden alle referenties van de nv Penninck Aannemingen aanvaard, "terwijl verschillende van de opgegeven referenties niet gelijkaardig waren qua bedrag".

Door twee referenties van verzoekende partij als ongeldig te beschouwen omdat deze onvoldoende het bedrag van de litigieuze opdracht evenaren heeft verwerende partij bij de beoordeling van de referenties verzoekende partij op een andere, niet te rechtvaardigen wijze behandeld dan de overige inschrijvers.

9.1.3. Wat de gelijkaardigheid qua inhoud van de werken betreft doet verzoekende partij gelden dat minstens drie van haar referenties betrekking hebben op inhoudelijk gelijkaardige werken. Er dient daarentegen te worden vastgesteld dat nagenoeg alle referenties van de nv Penninck Aannemingen betrekking hebben op de aanleg van wegen en omgeving, waarbij niet wordt

gepreciseerd om welke omgevingswerken het gaat. Er blijkt evenmin dat de referenties van de nv Vandeputte, de nv Seru & Zonen en de bvba Tuinen Descamps betrekking zouden hebben op inhoudelijk gelijkaardige werken.

9.1.4. Wat de gelijkaardigheid qua plaats van de werken betreft erkent verzoekende partij dat zij geen referenties heeft bijgevoegd die betrekking hebben op werken op een begraafplaats. Dit blijkt echter evenmin uit de referenties van de nv Penninck Aannemingen, de bvba Tuinen Descamps, de nv Seru & Zonen en de nv Vandeputte. Enkel de nv Frans Maes heeft referenties opgegeven die betrekking hebben op begraafplaatsen.

9.1.5. Wat betreft het criterium dat de werken na 2005 moeten zijn uitgevoerd merkt verzoekende partij op dat dit geen enkel probleem kan hebben gesteld, al haar referenties hebben betrekking op werken uitgevoerd na 2005.

9.1.6. Verzoekende partij concludeert dat de beslissing om haar niet te selecteren dan ook onwettig is.

9.2. In haar memorie van wederantwoord merkt verzoekende partij op dat een zekere beoordelingslijn kan worden afgeleid uit het gunningsverslag: referenties die ver onder het aannemingsbedrag liggen worden toch in aanmerking genomen als de aard van de werken gelijkaardig is. Door deze beoordelingslijn niet op verzoekende partij toe te passen heeft verwerende partij willekeurig gehandeld en in strijd met de in dit middel aangehaalde beginselen.

9.3. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat verwerende partij “met twee maten en gewichten [heeft] gewerkt bij de beoordeling van de gelijkaardigheid van de ‘aard’ en het ‘bedrag’ van de werken ten nadele van de verzoekende partij”. Mocht verwerende partij de referenties van verzoekende partij op eenzelfde gelijke en redelijke wijze hebben beoordeeld als bij de overige inschrijvers, dan kon verzoekende partij niet worden geweerd.

Beoordeling

10. Uit de beoordeling van de eerste twee middelen moet worden afgeleid dat verwerende partij haar selectiecriterium inzake gelijkaardige werken terecht zo toepast dat van de vier door verzoekende partij opgegeven referenties er naar bedrag toe slechts twee in aanmerking konden worden genomen. Hieruit vloeit dan ook voort dat verzoekende partij terecht niet werd geselecteerd.

Uit het voorgaande moet dan ook worden afgeleid dat het derde middel, nuttig voor verzoekende partij opgevat, slechts zo kan worden beoordeeld dat zij een belang moet aantonen wat het selectiecriterium *qua* bedrag betreft.

Ten aanzien van de offerte van de nv Penninck Aannemingen, begunstigde inschrijver, voert verzoekende partij aan dat de referenties van die inschrijver blijkbaar alle zijn aanvaard "terwijl verschillende van de opgegeven referenties niet gelijkaardig waren qua bedrag". Verzoekende partij geeft niet aan welke van de 47 door de nv Penninck Aannemingen opgegeven referenties niet zouden voldoen aan het selectiecriterium. Het is niet aan de Raad van State het middel op dit punt aan te vullen.

Verzoekende partij toont niet aan dat verwerende partij de nv Penninck Aannemingen niet mocht selecteren. Hieruit vloeit voort dat zij in haar kritiek op de selectie van de andere inschrijvers wat dit selectiecriterium betreft zonder belang is.

Het middel wordt verworpen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting

11. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 15 van de voornoemde wet van 24 december 1993 en van de artikelen 2 en 3 van de voornoemde wet van 29 juli 1991.

Verzoekende partij betoogt dat uit haar voorgaande middelen is gebleken dat zij ten onrechte niet werd geselecteerd. Aldus werd de opdracht niet gegund aan de laagste regelmatige inschrijver zoals vereist door het ingeroepen artikel 15 van de wet van 24 december 1993 en berust de bestreden beslissing in zoverre niet op afdoende motieven.

Beoordeling

12. Uit de verwerping van de eerste drie middelen volgt de verwerping van dit middel.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 juni 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**