

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.325 van 25 november 2014
in de zaak A. 214.053/XII-7763**

In zake: de NV MAES ELEKTRO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ivan Reyns
kantoor houdend te 9120 Beveren
Grote Baan 68
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA EANDIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en
Jannick Poets
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 24 oktober 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “beslissing van Eandis CVBA, [...] van 8 oktober 2014 betreffende de overheidsopdracht ‘Openbare verlichting, bovengrondse netten en Aanverwante Werken’ – dossier EAN13AW059 met betrekking tot de percelen 1 en 2 zoals meegedeeld per aangetekende brief van 10 oktober 2014”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 november 2014, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Michiel Adriaenssens en Dirk De Keuster, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Ian Arnouts en Jannick Poets, die loco advocaat Frederik Vandendriessche verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 cvba Eandis schrijft een overheidsopdracht uit voor werken die betrekking hebben op het plaatsen en wegnemen van bovengrondse leidingen, overkoppelen van bestaande aansluitingen bij het ondergronds brengen van het net, openbare verlichting, plaatsen van een permanent net voor feestverlichting, plaatsen van aftakpunten voor kerst- en sfeerverlichting, projecten bovengrondse netten, schilderen van OV-palen en preventief snoeien.

Eandis treedt op als werkmaatschappij en heeft de opdracht geplaatst in opdracht en voor rekening van Gaselwest, IMEA, Imewo, Intergem, Iveka, Iverlek en Sibelgas, die voor de opdracht alle als aanbestedende overheid dienen te worden beschouwd.

Het betreft een raamovereenkomst voor 3 jaar, verlengbaar met 24 maanden in één of meer verlengingen die aan diverse aannemers kunnen worden gegund.

De opdracht is onderverdeeld in vier percelen. Enkel de percelen 1 en 2 vormen het voorwerp van de voorliggende vordering tot schorsing.

Perceel 1 betreft het uitvoeren van werken in verband met openbare verlichting en bovengrondse netten, meer bepaald:

- het plaatsen en wegnemen van bovengrondse leidingen;
- het overkoppelen van bestaande aansluitingen bij het ondergronds brengen van het net;
- en openbare verlichting.

Perceel 2 betreft het preventief vervangen van lampen en de gelijktijdige reiniging van verlichtingsarmaturen, het uitvoeren van voorrondes en het preventief snoeien.

Blijkens het bestek is het de bedoeling om voor de percelen 1 en 2 een ‘raamcontract’ af te sluiten met een beperkt aantal aannemers “tot het gewenste budget is bereikt”.

De opdracht wordt gegund door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 november 2013 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 22 november 2013.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het ‘Bijzonder administratief lastenboek uitvoering werken’, met projectnummer EAN13AW059.

Ten aanzien van de gunningscriteria voor de beoordeling van de offertes met betrekking tot de percelen 1 en 2 wordt in het bestek onder meer bepaald:

“1.7.1 Gunningcriteria raamcontracten percelen 1 en 2

gunningscriteria	subcriteria	Punten
1. Prijs		100

”.

3.4. De kandidatuurstellingen dienen op 6 januari 2014 ingediend te worden. Uiteindelijk worden, voor de percelen 1 en 2, in totaal telkens 16 kandidaturen ontvangen.

Op 29 januari 2014 verzendt Eandis aan de kandidaten een verzoek om bijkomende informatie en verstrekt zij ook bijkomende toelichting.

Na een analyse in functie van de selectiecriteria, wordt – in dat stadium – in totaal – voor beide percelen – aan 11 kandidaten gevraagd om een offerte in te dienen.

3.5. De initiële offertes moeten worden ingediend op uiterlijk 18 april 2014.

Voor de percelen 1 en 2 dienen de volgende geselecteerde kandidaten tijdig een offerte in:

- APK Infra nv
- Baert en Zonen comm. va
- Cofely Fabricom nv
- Iveca technics nv
- K. Verstraete en Zoon nv
- Maes Elektro nv (de verzoekende partij)
- THV Verbraeken-Fodetra
- Van den Berg nv
- Vecari nv.

3.6. De offertefase verloopt nadien in drie bijkomende rondes: de tweede offerte (in te dienen op 6 juni 2014), de derde offerte (in te dienen op 3 juli 2014) en de *Best and Final Offer* of BAFO (in te dienen op 9 juli 2014). Alle inschrijvers blijven doorheen deze rondes betrokken in de gunningsprocedure.

In het kader van de offertefase vindt er met elk van de inschrijvers ook één onderhandelingsmoment plaats, zijnde na ontvangst van de initiële offertes.

3.7. Overeenkomstig de gunningsfiche van 13 augustus 2014 en de goedkeuring hiervan door de Raad van Bestuur van Eandis op 27 augustus 2014, wordt de opdracht – voor de percelen 1 en 2 – gegund.

Tegen deze beslissing worden voor de Raad van State op 18 respectievelijk 19 september 2014 twee vorderingen ingesteld tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, met name door comm.va Baert en Zonen en de huidige verzoekende partij nv Maes Elektro, bij de Raad gekend onder de rolnummers G/A. 213.725/XII-7748 en G/A. 213.737/XII-7751.

Op 24 september 2014 is door Eandis vervolgens besloten om de gunningsbeslissing voor de percelen 1 en 2 in te trekken.

Gelet op deze intrekking heeft de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld door nv Maes Elektro, bij arrest nr. 228.749 van 14 oktober 2014 afgewezen als zijnde zonder voorwerp en minstens wegens gebrek aan belang van de verzoekende partij. De zaak ingeleid door comm. va Baert en Zonen werd van de rol afgevoerd bij arrest nr. 228.745 van 14 oktober 2014.

3.8. Op 8 oktober 2014 heeft de Raad van Bestuur van Eandis de nieuwe gunningsfiche van 8 oktober 2014 goedgekeurd wat de percelen 1 en 2 betreft.

Perceel 1 wordt gegund als volgt:

Perceel	Aannemer	Prijs	Capaciteit
1	Cofely Fabricom nv	1,029	3.399.632 €
1	K. Verstraete & Zoon nv	1,046	3.050.000 €
1	Iveca Technics nv	1,046	2.989.000 €
1	Maes Elektro nv	1,048	21.373 €

Perceel 2 wordt gegund als volgt:

Perceel	Aannemer	Prijs	Capaciteit
2	Baert en Zonen comm. va.	0,921	937.260 €
2	Iveca Technics nv	0,965	500.000 €
2	K. Verstraete & Zoon nv	0,968	1.160.000 €
2	Cofely Fabricom nv	0,989	1.760.162 €
2	APK Infra nv	1,001	987.856 €

In vergelijking met de oorspronkelijke gunningsbeslissing zijn er voornamelijk twee verschillen vast te stellen:

- 1) De offerte van Vecari wordt niet langer in aanmerking genomen, omdat deze -ingevolge een faillissement- niet langer voldoet aan de selectiecriteria.
- 2) De offerte van Baert & Zonen wordt wel terug in aanmerking genomen, omdat uit een nieuwe (recente) ‘Dun & Bradstreet’-rating volgt dat opnieuw de minimumscore van 20/30 voor financiële en economische draagkracht wordt bereikt.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij schrijven van 10 oktober 2014 worden de kandidaten in kennis gesteld van de nieuwe gunningsbeslissing.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte

of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

6. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan “van de artikelen 5 en 9 van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en van het algemeen rechtsbeginsel van de gelijkheid der inschrijvers alsmede van het verbod om twee offertes in te dienen zoals afgeleid uit de artikelen 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 plaatsing overheidsopdrachten nutssectoren, de uitsluitings- en selectiecriteria opgenomen in de aankondiging alsmede de formele

motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en de zorgvuldigheidsplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

In een *eerste onderdeel* voert de verzoekende partij aan dat de inschrijvers de nv Iveca Technics en de nv K. Verstraete & Zoon in de praktijk één onderneming betreffen en onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn. Zij hebben dezelfde eigenaar, dezelfde raad van bestuur, hetzelfde management, waardoor de afhankelijkheidsverhouding tussen beide totaal is. Zij zijn op de hoogte van elkaars offerte wat hun een concurrentieel voordeel oplevert zodat de gelijkheid onder de inschrijvers wordt geschonden. Niettegenstaande zij wel twee onderscheiden rechtspersonen zijn, gaat het in de praktijk om één familiale onderneming en zijn zij beide onlosmakelijk met elkaar verbonden waardoor de afhankelijkheidsverhouding totaal is. Zij behoren immers tot dezelfde groepering van ondernemingen genaamd “Verstraeten Enterprises”. Uit het organogram bij de nieuwsbrief van laatstgenoemde blijkt dat Iveca Technics en K. Verstraete & Zoon onder dezelfde centrale leiding staan. Het technisch departement van Iveca Technics en K. Verstraete & Zoon wordt geleid door Sofie Verstraete, de dochter van Geert Verstraete, die afgevaardigd bestuurder is van Iveca Technics en K. Verstraete & Zoon. Het administratief departement van beide ondernemingen wordt geleid door Arnaud Cornille, de schoonzoon van Geert Verstraete. De bewering in de gunningsbeslissing dat beide ondernemingen een afzonderlijke technische directeur zouden hebben, klopt dus niet met de werkelijkheid. Voorts zijn de raden van bestuur van beide ondernemingen op één persoon na identiek. Geert Verstraete is afgevaardigd-bestuurder en voorzitter van de raad van bestuur van zowel Iveca Technics nv als van K. Verstraete & Zoon nv. Sofie Verstraete en de nv Cofinco, met als vaste vertegenwoordiger Michel Van Hecke, zijn eveneens bestuurder in beide vennootschappen. Enkel Isabel Verstraete is uitsluitend bestuurder in nv Iveca Technics maar niet in nv K. Verstraete & Zoon. De personen die gerechtigd zijn de rechtspersonen te vertegenwoordigen in rechte zijn identiek dezelfde voor de beide rechtspersonen. Beide benoemingsbesluiten werden op dezelfde dag neergelegd ter griffie. Beide vennootschappen hebben dezelfde eigenaar, namelijk de vennootschappen rond Geert Verstraete en zijn

familie. In de bestreden beslissing wordt gesteld dat het aandeelhouderschap verschillend is, zonder nadere toelichting te verschaffen over wie nu aandeelhouder is van de respectieve vennootschappen. Uit de “akte van geruisloze fusie” van 26 juni 2013 blijkt nochtans dat de aandelen van de nv Iveca Technics eigendom zijn van de nv K. Verstraete & Zoon, alsmede van de nv Vekan en de nv Ikaso met beide als afgevaardigd bestuurder Geert Verstraete. Ten slotte wordt in het jaarverslag van nv K. Verstraete & Zoon van 26 april 2014, gevoegd bij de jaarrekening van 31 december 2013, het adres van de nv Iveca Technics, namelijk “Watermolenstraat 5, 9700 Oudenaarde”, vermeld als bijkantoor.

In een *tweede onderdeel* doet zij gelden dat het indienen van twee offertes door twee rechtspersonen die in feite één onderneming uitmaken, ingaat tegen het algemeen beginsel van overheidsopdrachtenrecht dat slechts één offerte mag worden ingediend.

In een *derde onderdeel* argumenteert zij dat de aanbestedende overheid op onzorgvuldige wijze de verwevenheid tussen de beide inschrijvers heeft onderzocht. De feitelijke motieven opgenomen in de bestreden beslissing zijn onjuist en worden door documenten weerlegd.

Beoordeling

7. Artikel 9 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, waarvan de schending wordt aangevoerd, bepaalt:

“Elke handeling, overeenkomst of afspraak die de normale mededingingsvoorwaarden kan vertekenen, is verboden. De aanvragen tot deelneming of de offertes die met zodanige handeling, overeenkomst of afspraak zijn ingediend, moeten worden geweerd.

Wanneer zodanige handeling, overeenkomst of afspraak tot het sluiten van een overheidsopdracht heeft geleid, treft de aanbestedende overheid de maatregelen voor inbreuken op de bepalingen van de opdracht, tenzij ze, bij een met redenen omklede beslissing anders beschikt.”

Uit artikel 9 van de wet van 15 juni 2006 lijkt geen absoluut verbod te kunnen worden afgeleid voor verbonden ondernemingen om deel te nemen aan eenzelfde procedure, zonder dat de aanbestedende dienst nagaat of een dergelijke afhankelijkheidsverhouding hun respectieve gedrag in het kader van deze procedure concreet heeft beïnvloed en aldus de mededingingsvoorwaarden kan vertekenen. Een aanbestedende instantie dient een onderzoek en beoordeling van de feiten te verrichten om na te gaan of de betrokken afhankelijkheidsverhouding de respectieve inhoud van de door de betrokken ondernemingen in het kader van eenzelfde procedure ingediende offertes heeft beïnvloed (overeenkomstig de leer van het arrest Assitur van het Hof van Justitie van de Europese Unie (C-538/07 van 19 mei 2009) en een automatische uitsluiting druist in tegen het gelijkheidsbeginsel (arrest Serrantoni van hetzelfde Hof, C-376/08 van 23 december 2009).

8. Te dezen heeft de verwerende partij in de huidige bestreden beslissing het volgende omtrent de inschrijvers, de nv K. Verstraete & Zoon en de nv Iveca Technics, geoordeeld:

“In het kader van één van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid voor de Raad van State werd geponeerd dat de kandidaten Iveca Technics nv (hierna: Iveca) en K. Verstraete & Zoon (hierna: Verstraete) ‘in de praktijk één onderneming’ vormen.

In het kader van de gunningsfiche d.d. 27 augustus 2014 waren er aan Eandis geen elementen bekend die tot een optreden ter zake noodzaakten. Eandis heeft één en ander desalniettemin nader onderzocht in het licht van voormelde kritiek. In die optiek heeft Eandis aan de beide kandidaten nadere informatie gevraagd.

Uit dit onderzoek kan Eandis vooreerst besluiten dat het hier wel degelijk om twee verschillende kandidaten gaat, en wel omwille van de volgende feitelijke gegevens:

- Iveca en Verstraete zijn afzonderlijke rechtspersonen, elk met een eigen ondernemings- en btw-nummer; een verschillende maatschappelijke zetel, afzonderlijke balans- en resultatenrekeningen (zonder consolidatie).
- de raden van bestuur zijn niet identiek samengesteld en het aandeelhouderschap is verschillend verdeeld;
- beide kandidaten zijn aparte technische bedrijfseenheden en beschikken over eigen personeelsleden (met eigen cao's), waaronder een afzonderlijke technische directeur;

- de beide kandidaten voldoen, in het licht van het voorgaande, allebei afzonderlijk – met hun eigen capaciteiten – aan de voorwaarden voor deelneming.

Daarnaast blijkt er geen enkel element te bestaan waaruit een schending van de eerlijke mededinging zou kunnen worden afgeleid:

- er bestaat geen enkel verbod – noch in de regelgeving, noch in de rechtspraak – voor twee ondernemingen die op één of andere wijze verbonden zouden zijn, om allebei afzonderlijk op dezelfde overheidsopdracht in te schrijven. Zulk verbod zou in het licht van de Assitur-rechtspraak van het Hof van Justitie (C-538-07), bevestigd door de Raad van State (213.344 en 213.343) ook niet rechtsgeldig zijn.
- uit geen enkel element van het dossier blijkt dat de kandidaten enig voordeel zouden genieten omwille van het gegeven dat zij op één of andere wijze verbonden zouden zijn. Alle kandidaten beschikten over identieke informatie om hun offertes op te stellen.
- evenmin blijkt uit het dossier dat de twee kandidaten verboden afspraken zouden hebben gemaakt, die de mededinging zouden beperken, zelfs de prijzen/coëfficiënten die werden opgegeven zijn niet identiek. De mededinging wordt overigens niet benadeeld, nu blijkt dat de gezamenlijke capaciteit van beide kandidaten lager ligt dan de gehele capaciteit die Eandis kan toewijzen.

Omwille van de bovenstaande feitelijke gegevens en juridische vaststellingen, besluit Eandis dat er geen enkele reden bestaat om één of beide kandidaten niet voor de opdracht te kunnen weerhouden.”

9. In de eerste plaats rijst de vraag of er te dezen sprake is van verbonden vennootschappen waartussen een afhankelijkheidsverhouding zou bestaan.

De partijen lijken het er over eens te zijn dat de betrokken vennootschappen twee verschillende rechtspersonen uitmaken.

De beide ondernemingen lijken deel uit te maken van een groepering van ondernemingen die zich aandient als “Verstraete Enterprises”. Verstraete Enterprises blijkt te bestaan uit de nv K.Verstraete & Zoon, de nv Iveca Technics en de nv Vekan. De verwerende partij wijst er echter op dat dit louter een wijze van interne organisatie betreft en dat dit geen juridische entiteit is.

Het loutere feit dat deze groepering niet over een eigen rechtspersoonlijkheid beschikt, lijkt echter niet uit te sluiten dat de ondernemingen die

binnen deze groepering opereren, onderling verbonden ondernemingen zouden zijn.

Daarbij kan worden opgemerkt dat de raden van bestuur van de beide hier in het geding zijnde rechtspersonen weliswaar niet identiek zijn, maar elkaar wel overlappen in die zin dat de raad van bestuur van de nv Iveca Technics volgens de gegevens vermeld in de jaarrekening van 31 december 2013, neergelegd door de verzoekende partij en waarvan de juistheid door de verwerende partij niet wordt betwist, bestaat uit Sofie Verstraete, Isabel Verstraete, Geert Verstraete (gedelegeerd bestuurder) en de nv Cofinco en de raad van bestuur van de nv K. Verstraete & Zoon uit Sofie Verstraete, Geert Verstraete en de nv Cofinco.

Gelet op onder meer de samenstelling van de raden van bestuur, lijkt het op het eerste gezicht aldus niet uit te sluiten dat er een afhankelijkheidsverhouding tussen de beiden inschrijvers zou bestaan.

10. In het mondeling advies ter terechtzitting van het auditoraat wordt vervolgens vastgesteld wat volgt.

Zoals de verwerende partij echter terecht aanvoert, volgt uit de Assitur-rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals ook bevestigd door de Raad van State in zijn arresten inzake nv Pami en nv TDS waarnaar in de bestreden gunningsbeslissing wordt verwezen – arresten nr. 213.343 en 213.344 van 19 mei 2011 – dat het louter vaststellen van een afhankelijkheidsverhouding niet voldoende is, maar dat ook moet worden onderzocht of een afhankelijkheidsverhouding de respectieve inhoud van de door de betrokken ondernemingen ingediende offertes heeft beïnvloed. Dit vereist een onderzoek en beoordeling van de feiten en een dergelijke invloed, onder welke vorm ook volstaat om deze ondernemingen uit te sluiten van de opdracht.

De verzoekende partij is van oordeel dat ingevolge de afhankelijkheidsverhouding tussen de nv Verstraete & Zoon en de nv Iveca Technics de offertes onderling werden beïnvloed en nooit volkomen onafhankelijk van elkaar werden opgesteld. Beide vennootschappen hebben immers één en dezelfde organisatie en vallen onder één en dezelfde centrale leiding. De technische directeur en de administratieve directeur van beide, die bij uitstek verantwoordelijk zijn voor het opmaken van de offerte, zijn dezelfde personen, meer bepaald Sofie Verstraete en Arnaud

Cornille. Ook de persoon die bevoegd is om de beide vennootschappen te vertegenwoordigen is dezelfde persoon, namelijk Geert Verstraete in zijn hoedanigheid van afgevaardigd-bestuurder. In dat verband vraagt de verzoekende partij ook dat het auditoraat zou nagaan wie de offertes heeft ondertekend namens de beide vennootschappen en wie namens de vennootschappen is opgetreden tijdens de onderhandelingen.

Hieromtrent kan op het eerste gezicht worden vastgesteld dat zowel de offertes die werden ingediend door de nv Iveca Technics als de offertes ingediend door de nv K. Verstraete & Zoon ondertekend werden door Sofie Verstraete in haar hoedanigheid van Algemeen directeur Operaties en Arnaud Cornille in zijn hoedanigheid van algemeen directeur. Voorts is vast te stellen dat tijdens de onderhandelingsessies namens de beide vennootschappen of ondernemingen Sofie Verstraete en Henk Lateur aanwezig waren.

Uit deze omstandigheden lijkt op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat degenen die binnen de respectieve ondernemingen – de nv K. Verstraete & Zoon dan wel de nv Iveca Technics – verantwoordelijk zijn voor het opstellen van de offerte op de hoogte waren van de inhoud van de offerte van de andere onderneming – de nv Iveca Technics dan wel de nv K. Verstraete & Zoon – en van de door hen voorgestelde prijzen.

De vraag rijst dan of het loutere feit van kennis te hebben van elkaars offerte en prijzen een voldoende reden is om aan te nemen dat er sprake is van beïnvloeding van de inhoud van de offerte en van afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen in de zin van artikel 9 van de wet van 15 juni 2006.

In het arrest Serrantoni van het Hof van Justitie (C-376/08 van 23 december 2009) lijkt er ook te worden gewezen op het belang dat de offertes onafhankelijk worden opgesteld zodat er geen gevaar bestaat dat de mededinging tussen de inschrijvers wordt beïnvloed.

Gelet op de specifieke omstandigheden van deze zaak, lijkt de verzoekende partij te dezen op het eerste gezicht echter niet met een voldoende ernst aan te tonen dat de loutere kennis van de inhoud en de prijzen van elkaars offerte geleid heeft tot een beïnvloeding van elkaars offerte op een wijze die de eerlijke mededinging verstoort.

Te dezen worden de offertes enkel beoordeeld op het criterium prijs. Daartoe dienden de inschrijvers coëfficiënten op te geven waaruit dan automatisch een gewogen gemiddelde coëfficiënt werd berekend. Op deze door de inschrijvers opgegeven coëfficiënt werd geen nadere beoordelingsmethode toegepast, maar de inschrijvers werden gerangschikt van laag naar hoog op grond van de gewogen gemiddelde coëfficiënt. Het is bijvoorbeeld niet zo dat punten werden toegekend door vergelijking van de offerteprijs met een laagste prijs of met een gemiddelde prijs waarbij de

inschrijvers door afzonderlijke offertes in te dienen zouden hebben getracht de laagste prijs dan wel de gemiddelde prijs te beïnvloeden. Zij lijken ook geen pertinent hogere of lagere prijs te hebben ingediend om de verhouding tussen de prijzen te beïnvloeden in het licht van de beoordeling van abnormale prijzen. In dat opzicht kan met de verwerende partij worden verwezen naar het feit dat de prijzen, die door de inschrijvers de nv K. Verstraete & Zoon en de nv Iveca worden ingediend, van elkaar verschillen voor perceel 2 maar geen grote verschillen vertonen, en voor beide percelen ook geen grote verschillen vertonen ten aanzien van de andere inschrijvingsprijzen.

Voorts betreft de voorliggende opdracht een raamcontract waarbij een totale capaciteit zou worden gegund die veel groter is dan de individuele capaciteit van de verschillende inschrijvers zodat er meerdere begunstigden van de opdracht zijn en het er voor de nv K. Verstraete & Zoon en de nv Iveca dus ook niet op aankwam hun offertes op elkaar af te stemmen op een manier om alle andere inschrijvers buiten spel te zetten.

Gelet op deze omstandigheden toont de verzoekende partij te dezen niet met de in een UDN-procedure vereiste ernst aan dat het loutere feit dat de beide inschrijvers op de hoogte zouden geweest zijn van de inhoud van elkaars offerte, de gelijkheid onder de inschrijvers aantast en dat het feit dat zij twee prijzen hebben kunnen indienen hun voordeel verschaft waardoor de eerlijke mededinging wordt aangetast.

Daarbij kan met de verwerende partij worden vastgesteld dat de verzoekende partij ten slotte zelf stelt dat de nv K. Verstraete & Zoon en de nv Iveca als tijdelijke handelsvennootschap hadden moeten inschrijven. Er valt echter niet in te zien hoe te dezen het feit dat ze afzonderlijk hebben ingeschreven met eventueel kennis van elkaars offerte mededingingsverstorend zou werken, maar een inschrijving als tijdelijke handelsvennootschap niet mededingingsverstorend zou zijn ten aanzien van de verzoekende partij of de andere inschrijvers. Er dient immers te worden vastgesteld dat de beide ondernemingen afzonderlijk inschreven met een weliswaar verschillende prijs voor het perceel 2, maar deze prijzen liggen steeds onder de prijs van de verzoekende partij of de overige niet gekozen inschrijvers. Ook indien de beide ondernemingen aldus als tijdelijke handelsvennootschap hadden ingeschreven en zij dus slechts één prijs hadden opgegeven, is er geen enkel element dat er op wijst dat zij voor een prijs hadden ingeschreven, hoger dan de hoogste prijs die elk van hun nu afzonderlijk gehanteerd heeft. Aldus is er op het eerste gezicht geen element dat er op wijst dat zij alsdan achter de verzoekende partij zouden kunnen worden gerangschikt. Evenmin is er enig element dat er op wijst dat zij alsdan gezamenlijk slechts een lagere capaciteit hadden kunnen aanbieden dan de som van de capaciteit die ze nu elk afzonderlijk hebben aangeboden zodat ook in die zin niets er op wijst dat de concurrentiepositie van de verzoekende partij benadeeld wordt door het afzonderlijk indienen

van een offerte door de beide inschrijvers omdat er op die manier minder capaciteit zou overblijven om aan de verzoekende partij te gunnen.

Op zich lijkt het loutere feit dat de offertes door dezelfde persoon werden ondertekend, niet *ipso facto* ertoe te moeten leiden dat de inhoud en de prijzen van de offertes ook onderling zijn beïnvloed, laat staan op een wijze die eerlijke mededinging schaadt.

11. De Raad van State valt deze vaststellingen bij. De verzoekende partij toont dan ook niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat het loutere feit dat verbonden ondernemingen te dezen inschreven voor de opdracht waarbij ze eventueel kennis hadden van de inhoud van elkaars offerte, te dezen heeft geleid tot verstoring van de eerlijke mededinging en aldus in strijd zou zijn met artikel 9 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

12. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

13. In het tweede onderdeel van haar eerste middel voert de verzoekende partij een schending aan van het verbod om twee offertes in te dienen zoals afgeleid uit artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’.

Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden aangenomen dat het verbod om twee offertes in te dienen niet in voormeld artikel besloten ligt maar wel in artikel 59, § 2, van het voormelde koninklijk besluit, zodat geacht mag worden dat de verzoekende partij eigenlijk een schending wenst aan te voeren van voormeld artikel 59, § 2.

Dit artikel, zoals van toepassing op de voorliggende opdracht, bepaalt:

“§ 1. Een kandidaat mag slechts één aanvraag tot deelneming per opdracht of per lijst van geselecteerden indienen.

§ 2. Een inschrijver mag slechts één offerte per opdracht indienen behalve in geval van eventuele varianten.[...]

In geval van percelen kan de inschrijver een offerte indienen voor één, voor meerdere of voor alle percelen. Indien de aard van de welbepaalde opdracht het noodzakelijk maakt en in de voorwaarden bepaald door de Koning, kunnen de opdrachtdocumenten nochtans het aantal percelen beperken waarvoor de inschrijver een offerte mag indienen. Voor elk gekozen perceel dient hij een afzonderlijke offerte in, tenzij de opdrachtdocumenten toestaan dat meerdere offertes in één document worden opgenomen.”

14. De verzoekende partij ontkent niet dat de offertes te dezen werden ingediend door twee afzonderlijke rechtspersonen, die niet formeel zijn opgetreden als een combinatie van rechtspersonen zodat er vooralsnog dient te worden van uitgegaan dat het gaat om twee verschillende inschrijvers. Het verbod op het indienen van meerdere offertes heeft echter betrekking op het indienen van meerdere offertes door een en dezelfde inschrijver.

Er lijkt te dezen op het eerste gezicht dan ook geen sprake van het indienen van twee offertes door een en dezelfde inschrijver.

Het onderdeel is niet ernstig.

15. Wat het derde onderdeel betreft, kan worden verwezen naar de hiervoor na randnummer 8 reeds geciteerde passussen uit de bestreden gunningsbeslissing met betrekking tot de inschrijvers de nv K. Verstraete & Zoon en de nv Iveca.

Hieruit blijkt dat de aanbestedende overheid op het eerste gezicht een onderzoek heeft gevoerd ten einde na te gaan of er *in concreto* elementen aanwezig zijn die er op wijzen dat er sprake zou zijn van ongeoorloofde afspraken tussen beide inschrijvers bij het indienen van hun offerte voor voorliggende opdracht.

In de eerste plaats argumenteert de verwerende partij dat de inschrijvers nv K. Verstraete & Zoon en nv Iveca twee verschillende kandidaten zijn en zet zij de vier redenen uiteen voor deze conclusie.

Vervolgens geeft de verwerende partij de drie elementen weer die zij heeft onderzocht en die zij in beschouwing heeft genomen om te oordelen dat er geen schending van de eerlijke mededinging voorligt. Zij verwijst daarvoor in eerste instantie, naar het lijkt terecht, naar de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State waaruit blijkt dat er geen absoluut verbod bestaat voor twee ondernemingen die op één of andere manier verbonden zijn om allebei afzonderlijk op dezelfde opdracht in te schrijven. Voorts blijkt uit de bestreden gunningsbeslissing dat zij heeft onderzocht of de twee ondernemingen enig voordeel hebben genoten omwille van het feit dat zij op enigerlei wijze verbonden zijn waarbij zij tot het besluit komt dat dit niet het geval is. Tevens stelt de verwerende partij dat uit het dossier niet blijkt dat de twee kandidaten verboden afspraken zouden hebben gemaakt die de mededinging zouden beperken.

Zoals reeds bij de bespreking van het eerste onderdeel van het middel is gebleken, toont de verzoekende partij aldus niet met een voldoende graad van ernst aan dat de verwerende partij ten onrechte tot dit besluit komt.

Bijgevolg toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij de verwevenheid tussen de beide inschrijvers onvoldoende zou hebben onderzocht en toont zij dus ook geen *prima facie* schending aan van de zorgvuldigheidsplicht.

Het derde onderdeel is niet ernstig.

16. Het eerste middel is in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

17. In een tweede middel voert de verzoekende partij aan dat “de formele motiveringsplicht” geschonden wordt, doordat in het gunningsverslag enkel de naakte coëfficiënten worden meegedeeld zonder de achterliggende

berekeningen weer te geven. Deze achterliggende berekening is echter nodig om te kunnen verifiëren of de berekening op correcte wijze is uitgevoerd.

Beoordeling

18. De verzoekende partij voert een schending aan van de “formele motiveringsplicht” zonder dat zij aangeeft of zij deze motiveringsplicht afleidt uit de toepassing van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’ dan wel uit de bepalingen 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’, dan wel uit enige andere regelgeving.

19. In het mondeling advies ter terechtzitting van het auditoraat wordt in elk geval de grief beoordeeld en wel als volgt.

Ten aanzien van de gunningscriteria voor de beoordeling van de offertes met betrekking tot de percelen 1 en 2 wordt in het bestek bepaald:

“1.7.1 Gunningscriteria raamcontracten percelen 1 en 2

gunningscriteria	subcriteria	Punten
1. Prijs		100

Bepalen van de prijs:

De inschrijver geeft drie verschillende coëfficiënten op en duidt zonder uitzondering voor elk infragebied van Eandis aan welke van de drie coëfficiënten in dit infragebied van toepassing is. Die infragebieden waar de laagste coëfficiënt van toepassing is, vormen het groene gebied of het voorkeursgebied en daarom noemen we de laagste coëfficiënt de groene coëfficiënt.

De infragebieden waar de tweede laagste coëfficiënt van toepassing is, vormen het gele gebied of het flexibiliteitsgebied en daarom noemen we de tweede laagste coëfficiënt de gele coëfficiënt.

De infragebieden waar de hoogste coëfficiënt van toepassing is vormen het witte gebied of het neutrale gebied en daarom noemen we de hoogste coëfficiënt de witte coëfficiënt.

Op het inschrijvingsdocument is de behoefte per infragebied aangegeven. Dit is de omzet die Eandis jaarlijks verwacht te realiseren in het betreffende infragebied.

Om te komen tot een vergelijkbare gewogen gemiddelde coëfficiënt per inschrijver, worden de behoeften van alle infragebieden die de inschrijver aan dezelfde coëfficiënt wil afrekenen samengeteld en vervolgens worden deze sommen vermenigvuldigd met de respectievelijke coëfficiënten. Ten slotte wordt de som van deze drie producten gedeeld door de totale behoefte van Eandis.

Het resultaat van deze laatste bewerking is de gewogen gemiddelde coëfficiënt van de inschrijver die zal gebruikt worden in de gunningstabel om de verschillende inschrijvers te rangschikken.

Coëfficiënt groen	x	som	behoeften	groene
infrastructuurgebieden = A				
Coëfficiënt geel			x	som
behoeften gele infrastructuurgebieden = B				
Coëfficiënt wit			x	som
behoeften witte infrastructuurgebieden = C				

Gewogen gemiddelde coëfficiënt =	A+B+C
----------------------------------	-------

Totale behoefte Eandis

[...]

Gunningswijze:

Alle inschrijvers, waarvan de offerte en de aangeboden capaciteit aanvaard, is, worden opgelijst in stijgende volgorde op basis van hun gewogen gemiddelde coëfficiënt.

Vervolgens zal de totale behoefte van Eandis worden ingevuld beginnende met de capaciteit van de inschrijver met de laagste gewogen gemiddelde coëfficiënt.”

In de bestreden gunningsbeslissing wordt met betrekking tot de beoordeling van de percelen 1 en 2 de beoordelingsmethode aangekondigd in het bestek herhaald en wordt daarna het volgende weergegeven:

“Perceel 1:

perceel	aannemer	prijs	capaciteit
1	Cofely Fabricom nv	1,029	3.399.632 €
1	K. Verstraete & Zoon nv	1,046	3.050.000€
1	Iveca Technics nv	1,046	2.989.000€
1	Maes Elektro nv	1,048	21.373€

Perceel 2:

Perceel	aannemer	prijs	capaciteit
2	Baert en zonen comm. va	0,921	937.260€
2	Iveca Technics nv	0,965	500.000€
2	K. Verstraete & Zoon nv	0,968	1.160.000€
2	Cofely Fabricom nv	0,989	1.760.162€
2	APK Infra nv	1,001	987.856€

”.

Uit de omschrijving van de gunningscriteria in het bestek en de weergave van de beoordeling van de offertes in de gunningsbeslissing blijkt dat de offertes voor de percelen 1 en 2 werden beoordeeld aan de hand van één enkel gunningscriterium, namelijk het criterium “prijs”.

Voorts blijkt uit het bestek en uit de gunningsbeslissing dat de drie coëfficiënten die de inschrijvers dienden op te geven in hun offerte voor de respectieve infrastructuurgebieden worden vermenigvuldigd met de som van de behoeften van alle infrastructuurgebieden waarvoor de inschrijver de betrokken coëfficiënt hanteert, waarna deze producten worden opgeteld en deze som gedeeld wordt door de totale behoefte van Eandis. De coëfficiënt die op deze manier voor elke inschrijver wordt verkregen en die in het bestek als de gewogen gemiddelde coëfficiënt wordt aangemerkt, wordt vergeleken en op grond daarvan worden de inschrijvers gerangschikt. Deze coëfficiënt wordt voor alle inschrijvers weergegeven in een tabel met de rangschikking van de inschrijvers in de gunningsbeslissing. Deze gewogen gemiddelde coëfficiënt lijkt op het eerste gezicht reeds te zijn weergegeven op het inschrijvingsformulier zoals het door de inschrijvers werd ingediend. De verwerende partij stelt in dit verband dat de berekening van de gewogen gemiddelde coëfficiënt automatisch gebeurt door gebruik te maken van de vooraf meegedeelde Excel-tabellen. De inschrijvers moeten in deze tabellen de door hen aangeboden capaciteit opgeven alsook drie verschillende coëfficiënten en de gebieden waarin deze coëfficiënten gelden. Via de Excel-tabel wordt dan automatisch het gewogen gemiddelde berekend, wat de verzoekende partij ook zelf zou hebben kunnen vaststellen bij de berekening van haar eigen coëfficiënt en de indiening van haar inschrijvingsformulier.

De verzoekende partij kan op het eerste gezicht dan ook geenszins worden bijgevallen waar zij stelt dat op grond van het gunningsverslag onmogelijk begrepen zou kunnen worden hoe de verwerende partij de coëfficiënt voor de beoordeling van de percelen 1 en 2 zou hebben berekend. De werkwijze wordt op het eerste gezicht voldoende verduidelijkt in het gunningsverslag waar de wijze van berekening wordt uiteengezet, die ook reeds werd aangekondigd in het bestek. De verzoekende partij kan aan de hand hiervan dan ook op het eerste gezicht op voldoende wijze nagaan of de berekening van de gewogen gemiddelde coëfficiënt op correcte wijze en in overeenstemming met de besteksbepalingen gebeurde.

Aangezien de rangschikking van de offertes voor de percelen 1 en 2 uitsluitend gebeurde aan de hand van de opgegeven prijs, namelijk de hoogte van de gewogen gemiddelde coëfficiënt, waarbij de offerte met de laagste coëfficiënt als eerste werd gerangschikt, lijkt de verzoekende partij door de mededeling van de rangschikking en de opgegeven gewogen gemiddelde coëfficiënten met de toegekende capaciteit voldoende op de hoogte te zijn van de motieven die ten grondslag liggen

aan de beslissing om te beoordelen of het zin heeft deze aan te vechten met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

20. De Raad van State valt deze vaststellingen bij en concludeert dat in elk geval aan de doelstelling van de betrokken formelemotiveringsverplichting lijkt te zijn voldaan zoals hiervoor in het advies van het auditoraat geschetst.

21. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

22. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, “alsmede de formele motiveringsplicht zoals bepaald in artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen én als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat er ten onrechte geen prijsonderzoek werd uitgevoerd. Nochtans legt voormeld artikel 21, § 1, de verplichting op aan de aanbestedende overheid om een prijsonderzoek door te voeren. Deze verplichting is eveneens vastgelegd in artikel 57 van de richtlijn 2004/17/EG en geldt ook bij een onderhandelingsprocedure.

De inschrijver Baert en Zonen “werd heropgevestigd na de eerste gunningsbeslissing voor perceel 2”, heeft een score verkregen van 0,921 voor prijs en “is hiermee fors goedkoper dan de rest”. Een prijsonderzoek was dan ook passend.

In een tweede onderdeel doet de verzoekende partij gelden dat minstens de formelemotiveringsplicht werd geschonden omdat in het gunningsverslag “niets terug te vinden is over het prijsonderzoek”.

Beoordeling

23. Het geschonden geachte artikel 21 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ bepaalt:

“§ 1. De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de procedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.

§ 2. Wanneer de opdrachtdocumenten dat bepalen, kan de aanbestedende overheid personen aanduiden voor het uitvoeren van alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse, teneinde de juistheid na te gaan van de gegevens die in het raam van het prijsonderzoek zijn verstrekt.

De aanbestedende overheid mag de bij toepassing van dit artikel ingewonnen inlichtingen niet voor andere doeleinden gebruiken dan voor het prijsonderzoek.

§ 3. Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is deze paragraaf niet toepasselijk op de onderhandelingsprocedure.

Als de aanbestedende overheid bij het prijsonderzoek vaststelt dat in een offerte een prijs wordt geboden die abnormaal laag of abnormaal hoog lijkt in verhouding tot de uit te voeren prestaties en alvorens die offerte om die reden te weren, verzoekt ze de inschrijver in kwestie per aangetekende brief om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de prijs in kwestie te verstrekken binnen een termijn van twaalf kalenderdagen, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.

De inschrijver draagt de bewijslast van de verzending van de verantwoording.

De verantwoording is aanvaardbaar als ze met name gebaseerd is op :
[...].”

Krachtens artikel 21, § 1, van het in het middel geschonden geachte voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 onderwerpt de aanbestedende overheid ook in een onderhandelingsprocedure de ingediende offertes aan een prijsonderzoek.

Paragraaf 3 van dit artikel, betreffende de abnormaal laag of hoog lijkende prijzen die bij het prijsonderzoek worden vastgesteld en de door de aanbestedende overheid daarbij te volgen handelwijze, is echter niet van toepassing op de onderhandelingsprocedure, tenzij andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten.

24. Te dezen toont de verzoekende partij niet aan op grond van welke bepaling uit de opdrachtdocumenten paragraaf 3 alsnog van toepassing zou zijn verklaard. De opmerking die de verzoekende partij maakt dat het *de facto* een aanbesteding betreft, lijkt daaraan niets af te doen, nu in de opdrachtdocumenten duidelijk lijkt te zijn aangegeven dat de opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure. De verzoekende partij betwist ook niet formeel noch het feit dat de voormelde opdracht gegund werd volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, noch de keuze voor deze procedure. Het gegeven dat bij de beoordeling van de offertes voor de percelen 1 en 2 slechts gebruik wordt gemaakt van één gunningscriterium, namelijk de prijs, doet aan deze vaststellingen niets af nu op het eerste gezicht niet valt in te zien op grond van welke bepaling of beginsel de keuze voor het gebruik van slechts één gunningscriterium, namelijk de prijs, binnen een onderhandelingsprocedure uitgesloten zou zijn.

25. In het mondeling advies ter terechtzitting van het auditoraat wordt vervolgens onder meer vastgesteld wat volgt.

Te dezen dient in de eerste plaats te worden gewezen op de bijzondere wijze van prijsopgave voor de opdracht. Uit het bestek blijkt dat voor de percelen 1 en 2 waarop de voorliggende vordering betrekking heeft, de inschrijvers prijs dienen op te geven aan de hand van de prijslijst van de diverse mogelijke werken die binnen het raamcontract zullen worden uitgevoerd. De prijslijst werd door de aanbestedende overheid vastgelegd en lijkt te zijn gevoegd bij het bestek. De inschrijvers dienen op hun inschrijvingsformulier een coëfficiënt op te geven waarmee, bij de betaling van de uitgevoerde werken, de prijs die vermeld wordt op de prijslijst voor het betrokken werk zal worden vermenigvuldigd.

De door de inschrijver op te geven coëfficiënt varieert niet naar soort werk – aangezien deze differentiatie reeds begrepen zit in de prijslijst –, maar enkel naargelang het infrastructuurgebied waarbinnen de werken worden uitgevoerd. Zo kan de inschrijver op het inschrijvingsformulier een coëfficiënt opgeven voor maximum drie verschillende gebieden, namelijk ten eerste voor zijn voorkeursgebieden die in het bestek worden benoemd als groene gebieden, waar hij volgens het bestek de laagste coëfficiënt zal hanteren, ten tweede voor flexibiliteitsgebieden die in het bestek worden benoemd als gele gebieden, waar hij de tweede laagste coëfficiënt zal hanteren en ten derde voor neutrale gebieden die in het bestek worden benoemd als witte gebieden en waarvoor hij de hoogste coëfficiënt zal hanteren.

De prijzen die bij de beoordeling van de offertes door de aanbestedende overheid werden vergeleken en die werden weergegeven in de bestreden gunningsbeslissing worden afgeleid uit de gewogen gemiddelde coëfficiënt van elke inschrijver voor de drie infrastructuurgebieden samen. Deze wordt berekend door de verwachte behoefte (uitgedrukt in euro) die de aanbestedende overheid heeft opgegeven binnen elk infrastructuurgebied te vermenigvuldigen met de door de inschrijver opgegeven coëfficiënt voor dat gebied, dit vervolgens voor alle gebieden samen op te tellen en dan te berekenen hoe deze som zich verhoudt tot de totale door de aanbestedende overheid vooropgestelde behoefte (uitgedrukt in euro). De door de inschrijvers opgegeven prijs, namelijk de coëfficiënt, is dus als het ware te beschouwen als een correctiefactor op de prijs die de aanbestedende overheid zelf reeds heeft bepaald in de prijslijst gevoegd bij het bestek.

Voorts kan worden vastgesteld dat de inschrijvers bij hun offerte een ingevulde vragenlijst dienden bij te voegen ter beoordeling van hun offerte. Onder punt 4 van deze vragenlijst moet onder meer de kostenstructuur worden uiteengezet aan de hand van de loonkost, de afschrijvingen, de overhead, de winst, de veiligheid en signalisatie. Onder punt 2 van deze zelfde vragenlijst dienden de inschrijvers de beschikbaarheid van hun middelen op te geven.

Daarnaast werd aan de inschrijvers een Excel-document bezorgd onder de naam “relatieve kostprijsverdeling bovengrondse leidingen”. In het document wordt onder meer gesteld:

“Teneinde een inzicht te krijgen in de relatieve kostenverdeling over verschillende kostenplaatsen in functie van de omvang van een werk, verzoeken wij u om voor de vijf voorbeelden in de volgende tabbladen de totale reële kostprijs te berekenen indien u werkt zoals beschreven in de lastenboeken en deze zo correct mogelijk te verdelen over de opgegeven kostenplaatsen. [...] Deze berekeningen zijn noodzakelijk om een volledige offerte te kunnen indienen. Het doel van deze berekening is enerzijds een beeld te krijgen van de realiteitsgraad van uw prijsberekening en anderzijds de mogelijkheid te creëren om concrete feedback te geven op de ingediende offerte.”

Ten slotte verwijst de verwerende partij in haar nota naar een Excel-document met betrekking tot de resultaten van het prijsonderzoek. In dit document werden alle prijsgegevens door de verwerende partij verzameld en wordt de reële kostprijs die door elke inschrijver wordt opgegeven geplaatst tegenover de kostprijs voor de verwerende partij.

Op grond van deze gegevens lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden vastgesteld dat de aanbestedende overheid over afdoende precieze en gedetailleerde elementen beschikte om een zorgvuldig prijsonderzoek te voeren dat zij op het eerste gezicht ook lijkt te hebben gevoerd. In dat opzicht mist het middel dan ook feitelijke grondslag.

Daarnaast kan worden vastgesteld dat de verzoekende partij, niettegenstaande zij kennis heeft van alle gewogen gemiddelde coëfficiënten die door de inschrijvers werden voorgesteld, aangezien deze worden vermeld in de gunningsbeslissing, op het eerste gezicht niet aantoonbaar dat er bij de ingediende prijzen sprake zou zijn van schijnbaar abnormale prijzen. Zij toont evenmin aan dat de aanbestedende overheid te dezen gehouden zou zijn de alsdan schijnbaar abnormale prijzen aan een nader onderzoek te onderwerpen, daarbij ook rekening houdende met het feit dat te dezen de opdracht werd gegund met een onderhandelingsprocedure.

De bewering dat de prijs van de eerst gerangschikte inschrijver voor perceel 2 “fors goedkoper” is, volstaat in ieder geval niet om op het eerste gezicht aan te tonen dat de aanbestedende overheid niet mocht besluiten dat de offertes regelmatig zijn zoals zij te dezen deed in de gunningsbeslissing, en dus niet impliciet had mogen oordelen dat er geen sprake was van abnormale prijzen. Voor perceel 2 werden coëfficiënten aangeboden van respectievelijk 0,921 door de eerst gerangschikte, 0,965 door de tweede, 0,968 door de derde, 0,989 door de vierde en 1,001 door de vijfde gerangschikte, 1,014 door de zesde laagste (verzoekende partij), 1,179 door de zevende laagste en 2,414 door de duurste inschrijvers.

De verwerende partij lijkt er terecht op te wijzen dat de prijsverschillen en dus de verschillen tussen de coëfficiënten die door de inschrijvers werden aangeboden, niet uitzonderlijk groot lijken en dit zowel voor perceel 1 als voor perceel 2.

Er is dan ook op het eerste gezicht geen reden om aan te nemen dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes de prijzen niet voldoende zorgvuldig zou hebben onderzocht.

De Raad van State valt deze argumentatie bij.

26. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

27. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij minstens heeft nagelaten de vereiste motivering met betrekking tot het verplichte prijsonderzoek in de bestreden gunningsbeslissing op te nemen.

28. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij onder meer afleidt uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de

beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terzake te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

29. In de bestreden gunningsbeslissing wordt aangegeven dat de regelmatigheid van de offertes werd nagekeken en dat er geen onregelmatige offertes zijn.

30. Te dezen lijkt het niet dat de verwerende partij in de bestreden beslissing bijzondere beschouwingen diende op te nemen naar aanleiding van mogelijke abnormale prijzen. Zoals reeds blijkt uit de beoordeling van het eerste onderdeel van het middel lijkt niet aangetoond waarom de aanbestedende overheid de opgegeven coëfficiënten op het eerste gezicht niet als normaal mocht beschouwen.

31. Het lijkt dan ook niet dat enige formelemotiveringsplicht werd geschonden doordat de bestreden beslissing te dezen over de prijzen en het prijsonderzoek geen andere informatie bevat dan hetgeen eerder werd vermeld.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

32. Het derde middel is in zijn geheel niet ernstig.

D. Vierde middel

33. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 63 en 72 tot en met 78 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, van “de bepalingen met betrekking tot de selectiecriteria opgenomen bij de oproep voor wat betreft de financiële en economische draagkracht”, van artikel 5 van de wet ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de “formele motiveringsplicht zoals bepaald in artikel 3 van de wet van 29 juli 1991

‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’ en als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de zorgvuldigheidsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur”.

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de inschrijver Baert en Zonen niet voldoet aan de selectiecriteria met betrekking tot de financieel-economische draagkracht aangezien het “rapport van Dun & Bradstr[ee]t nog steeds de score van 2A4 vermeldt”.

De verzoekende partij heeft immers op 22 oktober 2014 een rapport opgevraagd bij Dun & Bradstreet waaruit blijkt dat Baert en Zonen nog steeds een score 2A4 verkrijgt, zijnde een hoog kredietrisico met een D&B faillissementscore van 1 op 100. Dit is de slechts mogelijke score aangezien 99% van de bedrijven een kleinere kans hebben om failliet te gaan. De score 2A4 is aldus niet gewijzigd zodat Baert en Zonen niet mocht worden geselecteerd.

In een tweede onderdeel doet zij gelden dat de selectiecriteria wat de financieel-economische draagkracht betreft werden bijgesteld nadat de aanvragen tot deelneming waren ingediend waardoor de gelijkheid onder de inschrijvers wordt geschonden.

Er was in de aankondiging van de opdracht immers in voorzien dat er een maximumscore van 40 punten was met een minimum te behalen puntenscore van 25 punten. Voorts was er in de aankondiging geen definitie gegeven van solvabiliteit. Bij e-mail van 21 januari 2014, zijnde nadat de aanvragen tot deelneming waren ingediend op 6 januari 2014, worden deze criteria gewijzigd.

“De totaalscore wordt herleid van 40 naar 30 én de minimale score van 25 naar 20. Bovendien wordt de solvabiliteit gedefinieerd als de verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen. Deze definitie betreft echter een duidelijke wijziging van de selectievoorwaarde. Een meer klassieke definitie van solvabiliteit betreft de verhouding van het eigen vermogen op het totaal vermogen. [...] De raad van bestuur van Baert & Zonen heeft in het jaarverslag ook de [definitie] eigen vermogen op totaal vermogen gehanteerd [...] Indien we het eigen vermogen van

2.465.836,56 euro delen door het balanstotaal van 12.401.333 euro dan is de verhouding geen 20% doch slechts 19,8% waardoor een score 0 had moeten worden toegekend. Inschrijver Baert & Zonen heeft een voordeel gehaald uit de ontoelaatbare wijziging van de selectievoorwaarden”.

De selectiecriteria inzake financieel-economische draagkracht zijn in ieder geval ook niet toepasbaar aangezien ze onduidelijk zijn opgesteld. De score die voor Dun & Bradstreet finaal werd in aanmerking genomen is niet toepasbaar aangezien er sprake is van een score van 1, 2, 3 welke leidt tot 10 punten terwijl een score niet gelijk aan 1, 2, 3 leidt tot 0 punten. *In casu* wordt echter een score van 2A2 in aanmerking genomen die niet past in deze score. De verzoekende partij heeft de verklarende tabel bij de D&B-rating opgevraagd en daaruit blijkt een meer gedifferentieerde reeks van getallen en letters.

De score bij D & B en Graydon betreft onbetrouwbare criteria aangezien er een groot risico op fouten is. Het bewijs van het risico op fouten wordt te dezen geleverd doordat de score zou zijn gewijzigd tussen 26 juni 2014 en 29 september 2014 en er bovendien een verklaring van 19 september 2014 zou zijn waarna de score op 22 oktober 2014 terug 2A4 bedraagt. Dit alles wijst niet op een betrouwbaar selectie criterium. De selectievoorwaarden waren ook niet in staat een onderneming op de rand van het faillissement, namelijk de nv Vecari, te detecteren zodat een heraanbesteding nodig was.

In een derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de bestreden beslissing geen motieven bevat met betrekking tot de selectie van de inschrijvers waarvan de offertes geheel of gedeeltelijk worden in aanmerking genomen zodat de formelemotiveringsplicht werd geschonden. De verzoekende partij wenst voor elk van de in aanmerking genomen inschrijvers de scores te kennen van de diverse subcriteria, zijnde solvabiliteit, kredietrisico en kredietwaardigheid. Zolang er geen tabel wordt toegevoegd waarin voor elk van de in aanmerking genomen kandidaten wordt aangegeven wat de score is op elk van deze subcriteria, is de beslissing onvoldoende formeel gemotiveerd.

De wijze waarop de selectie is doorgevoerd is voorts in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

34. In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat voor zover de verzoekende partij in haar middel de schending aanvoert van de artikelen 72 tot 78 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, het middel niet wordt aanvaard.

Het geschonden geachte artikel 72 van het voormelde koninklijk besluit handelt immers over het geval waar een inschrijver een beroep doet op de draagkracht en bekwaamheid van andere entiteiten om te voldoen aan de selectievoorwaarden. De verzoekende partij voert op geen enkele wijze aan dat een van de andere inschrijvers al dan niet daarop een beroep zou hebben gedaan, zodat het middel op dit punt in ieder geval niet ernstig is.

Het ook geschonden geachte artikel 73 van hetzelfde koninklijk besluit heeft betrekking op de vereiste erkenning voor aannemers. In het middel wordt echter geen enkele grief ontwikkeld die betrekking heeft op de vereiste erkenning van de aannemers zodat het middel op dit punt niet ernstig is.

Hetzelfde geldt voor de artikelen 74 tot 77 waarvan evenmin op enige wijze wordt aangetoond dat deze artikelen geschonden zouden zijn. Artikel 75 heeft trouwens betrekking op dienstverleners terwijl de voorliggende opdracht werd gekwalificeerd als een opdracht voor werken, wat door de verzoekende partij op geen enkele wijze wordt betwist.

Ten slotte blijkt artikel 78 betrekking te hebben op onder meer erkende aannemers ingeschreven in een andere Lid-staat van de Europese unie. De verzoekende partij voert zelfs geen enkele grief in dit verband aan. Het middel is op dit punt niet ontvankelijk.

35. Het te dezen ook geschonden geachte artikel 63 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ bepaalt onder meer:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan :

1° de bepalingen betreffende het toegangsrecht tot de opdracht zoals omschreven in de artikelen 66 tot 71;

2° de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld overeenkomstig deze afdeling en afdeling 3. Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bij open procedure en vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het opleggen van een minimaal niveau verplicht.

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of, bij ontstentenis daarvan, in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan welke de vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria zijn en welke de te verstrekken noodzakelijke inlichtingen en documenten zijn.

De aanbestedende overheid mag aan sommige kandidaten of inschrijvers geen voorwaarden opleggen die niet voor anderen zouden gelden, noch proeven of verantwoordingen eisen indien daarvoor al objectieve bewijzen voorhanden zijn.”

36. Met betrekking tot de vereiste financiële en economische draagkracht van de inschrijvers werd in de aankondiging van de opdracht gesteld:

“ III.2.2) Economische en financiële draagkracht

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan (indien van toepassing)

Zie vragenlijst zoals beschreven onder III.2.1”

Onder III.2.1) Persoonlijke situatie van ondernemers, waaronder de vereisten in verband met de inschrijving in het beroeps- of handelsregister wordt vermeld:

“Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan (indien van toepassing)

Artikel 66 van het Koninklijk Besluit van 16 juli 2012 inzake de uitsluiting van toegang tot gunningsprocedure, is van toepassing. De inschrijver voegt bij zijn kandidaatstelling:

1. Een volledig ingevulde identikit dient de kandidatuur te vergezellen, deze moet upgeload worden in excel-formaat.

2. Een volledig ingevulde vragenlijst, in overeenstemming met de betreffende percelen, dient de kandidatuur te vergezellen.

De vragenlijst is opgebouwd uit diverse templates die terug te vinden zijn in bijlage:

- template algemene vragenlijst percelen 1 tem 4
- template specifieke vragenlijst percelen 1 tem 2
- template specifieke vragenlijst percelen 1 tem 3
- template specifieke vragenlijst perceel 4
- template bijlagen bij vragenlijsten.

Voor elk van de percelen dient de kandidaat aan een aantal selectiecriteria te voldoen. Per selectie criterium moet een minimumscore worden behaald.

Een overzicht van de selectiecriteria per perceel, met de daarbijhorende deelaspecten en vereiste minimumscore is opgenomen in bijlage "template scoring selectiecriteria".

U kan de documenten (lees : bijlagen) terugvinden op e-notification (druk op link naast kopersprofiel).

De kandidaturen moeten elektronisch worden overgelegd via de e-tendering internetsite

<https://eten.publicprocurement.be> die de naleving waarborgt van de voorwaarden van artikel 66 van het KB van 16 juli 2012.

3. Een verklaring op eer ...”

De templates waarnaar wordt verwezen, werden eveneens ter beschikking gesteld op de e-tendering webapplicatie samen met de aankondiging van de opdracht.

Eén van deze templates, “4. Template ‘Financiële en economische draagkracht percelen 1 tem. 4’” vermeldt:

	deelaspecten	toelichting		Blauwe is in te vullen, oranje aan te leveren
4.1. Solvabiliteit (De solvabiliteit is de verhouding tussen het vreemd vermogen en het eigen vermogen op de balans.)	Deelaspecten De kandidaat-aannemer bezorgt ons recente gegevens ivm. zijn solvabiliteit.	<i>De kandidaat-aannemer toont aan dat de voorgelegde solvabiliteitscijfers zijn berekend op basis van boekhoudkundige gegevens minder dan 6 maand oud.</i>	Beoordeling: - < 20% - 20% < x < 30% - > 30%	Bijlage K1: solvabiliteit
4.2. Kredietrisico	Het kredietrisico van	<i>Eandis zal hiervoor</i>	Beoordeling:	Rapport wordt

	de kandidaat-aannemer zal geëvalueerd worden op basis van het "Eurogate Risico". De Europese norm om het kredietrisico van een onderneming te bepalen.	<i>een rapport opvragen van "Graydon" of van "Dun & Bradstreet" of gelijkwaardig, met een score van 3, 4, 5 (Graydon), respectievelijk 1, 2 of 3 (Dun & Bradstreet). Het rapport zal niet ouder zijn dan 3 maanden, voorafgaand aan de indieningsdatum van deze procedure.</i>	- score ≠3,4 of 5 (Gradydon) of 1,2,3 (D&B) - score = 3,4,5 (Gradydon) of 1,2,3 (D&B)	gegenereerd door Eandis
4.3. Kredietwaardigheid	De kandidaat-aannemer legt een attest voor, niet meer dan 6 maanden oud, ondertekend door een erkende en in Europa gevestigde financiële maatschappij.	<i>In het voorgelegde attest verklaart de financiële maatschappij dat de kredietlijnen in verband met de uitvoering van deze opdracht daadwerkelijk ter beschikking worden gesteld of deze ten minste bereid is dit te onderzoeken.</i>	Beoordeling: - geen attest -conform attest	Bijlage K2: Attest kredietwaardigheid

Voorts wordt bij de aankondiging van de opdracht ook een bijlage "template scoring selectiecriteria" ter beschikking gesteld via de web-applicatie.

Deze vermeldt:

Voor de percelen 1 tem. 4					
selectiecriteria	item	deelaspecten	punten	Min. Te behalen	Score kandidaat
4. Financiële & economische draagkracht		totaal	40	25	0
	4.1 Solvabiliteit		10		0
		< 20%	0		0
		20% < x < 30%	5		0
		> 30%	10		0
	4.2 Kredietrisico				
		Score ≠3,4,5 (graydon) of 1,2,3 (D&B)	0		
		Score = 3,4,5 (graydon) of 1,2,3 (D&B)	10		
	4.3 Kredietwaardigheid		10		

		Geen attest	0		0
		Conform attest	10		0

Zoals wordt aangegeven in de hiervoor aangehaalde template nr. 4 “Financiële en economische draagkracht”, gevoegd bij de aankondiging van de opdracht, zal bij de beoordeling van de selectiecriteria onder meer het kredietrisico van de inschrijvers worden beoordeeld. In de template wordt aangekondigd dat Eandis daartoe een rapport zal opvragen van Graydon of van Dun & Bradstreet of gelijkwaardig en dat dit rapport een rating van 3, 4 of 5 moet weergeven in het geval het wordt opgevraagd bij Graydon en een rating van 1, 2 of 3 indien het wordt opgevraagd bij Dun & Bradstreet.

37. Naar aanleiding van het selectieonderzoek van de kandidaatstellingen die waren ingediend op 6 januari 2014 heeft de aanbestedende overheid onder meer voor Baert & Zonen een ratingrapport opgevraagd bij Dun & Bradstreet. Op dat ogenblik bleek Baert & Zonen te voldoen wat betreft het vereiste kredietrisico aangezien deze kandidaat werd geselecteerd en een offerte mocht indienen. Volgens de gegevens in de eerdere gunningsbeslissing van 27 augustus 2014 die werd ingetrokken, werd het kredietrisico echter opnieuw gecontroleerd na het indienen van de BAFO's. Op dat ogenblik bleek Baert & Zonen niet meer te voldoen aan de selectievoorwaarden.

Op 29 september 2014, naar aanleiding van het nemen van de nieuwe gunningsbeslissing, heeft de aanbestedende overheid opnieuw een kredietrisicorapport opgevraagd bij Dun & Bradstreet. In haar nota verwijst de verwerende partij hier op het eerste gezicht terecht naar artikel 63, § 5, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ dat bepaalt dat de aanbestedende overheid bij de gunningsbeslissing de selectie van een reeds geselecteerde kan herzien, indien zijn persoonlijke situatie of bekwaamheid alsdan niet meer beantwoorden aan de op grond van § 1 bepaalde selectievoorwaarden.

Het kredietrapport dat door de aanbestedende overheid werd opgevraagd op 29 september 2014 werd bijgevoegd als stuk 20 van het administratief dossier. Uit dit stuk blijkt op het eerste gezicht dat aan Baert en Zonen op datum van 29 september 2014 door Dun & Bradstreet een rating 2A2 wordt toegekend, wat volgens het rapport staat voor een vermogenssterkte 2A en een kredietrisico 2.

Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij terecht met deze rating te hebben kunnen rekening houden bij het nemen van de gunningsbeslissing op 8 oktober 2014.

Het feit dat de verzoekende partij zelf na mededeling van de bestreden gunningsbeslissing opnieuw een ratingrapport heeft opgevraagd bij Dun & Bradstreet met betrekking tot de inschrijver Baert en Zonen op 22 oktober 2014 en dat op die datum een andere rating wordt vermeld op het rapport, namelijk een rating 2A4, welke rating niet zou voldoen om geselecteerd te worden voor de voorliggende opdracht, lijkt op het eerste gezicht niet relevant. De aanbestedende overheid kan bij het nemen van de gunningsbeslissing slechts rekening houden met de gegevens die op dat ogenblik voorliggen, te weten het kredietrapport van 29 september 2014, en gelet op de stukken in het administratief dossier kon de verwerende partij er op het eerste gezicht terecht van uitgaan dat Baert en Zonen op het ogenblik van het nemen van de bestreden gunningsbeslissing een kredietrating had van 2 op grond van de stukken waarop de aanbestedende overheid op dat ogenblik acht kon slaan. Aldus mag niet worden gesteld zoals de verzoekende partij doet, dat aan de betrokken selectievoorwaarde niet was voldaan.

Het eerste onderdeel van het middel mist feitelijke grondslag.

38. Wat het tweede onderdeel betreft, werd, zoals blijkt uit de bijlage “template scoring selectiecriteria” ter beschikking gesteld via de web-applicatie bij de aankondiging van de opdracht, oorspronkelijk aangegeven dat de financiële en economische draagkracht zou worden beoordeeld op een totaal van 40 punten,

terwijl dit criterium slechts in drie subcriteria werd onderverdeeld, waaraan telkens 10 punten werden toegekend. In dat opzicht lijkt de vermelding dat het totale criterium op 40 punten zou worden beoordeeld dan ook een materiële verschrijving te zijn en lijkt de aanpassing hiervan naar een totaal van 30 punten in de latere versie van deze template, zoals die aan de inschrijvers werd meegedeeld bij e-mail van 21 januari 2014 dan ook slechts het rechtzetten van een materiële verschrijving.

39. In haar kritiek dat daarnaast ook de inhoud van het selectie-criterium solvabiliteit zou zijn gewijzigd, lijkt de verzoekende partij opnieuw van een verkeerd feitelijk uitgangspunt te vertrekken aangezien in de hiervoor aangehaalde template nr. 4 “Financiële en economische draagkracht percelen 1 tem. 4” gevoegd bij de aankondiging reeds duidelijk lijkt te zijn aangegeven dat onder solvabiliteit wordt verstaan de verhouding van het eigen vermogen ten opzichte van het vreemd vermogen.

Voor zover aldus in de tabel met betrekking tot het selectie-criterium “financiële en economische draagkracht” zoals gevoegd bij het e-mailbericht van 21 januari 2014 aan de kandidaten wordt meegedeeld dat onder solvabiliteit de verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen wordt begrepen, betreft dit geenszins een wijziging van het eerder meegedeelde selectie-criterium. Het middel mist op dit punt eveneens feitelijke grondslag.

Voor zover de verzoekende partij voorts zou menen dat de aanbestedende overheid het criterium solvabiliteit niet zou mogen invullen op de wijze zoals zij dat heeft gedaan, moet worden vastgesteld dat zij op geen enkele wijze aangeeft welke bepaling of welk beginsel de aanbestedende overheid heeft geschonden door het criterium solvabiliteit te definiëren als de verhouding tussen het eigen vermogen en het vreemd vermogen.

40. In de mate dat de verzoekende partij ten slotte nog aanvoert dat de selectievoorwaarden onduidelijk zijn omdat een kredietrating bij Dun &

Bradstreet gevraagd wordt van 1, 2 of 3 terwijl de rating die door dit bureau in werkelijkheid wordt gegeven niet in te passen valt in de in de opdrachtdocumenten vastgelegde rating, kan worden opgemerkt dat de verzoekende partij er op het eerste gezicht aan voorbij gaat dat in de kredietrapporten van Dun & Bradstreet er een onderscheid lijkt te worden gemaakt tussen de vermogenssterkte enerzijds en het kredietrisico anderzijds. De vermogenssterkte wordt voorgesteld met een cijfer gevolgd door een letter, en het kredietrisico met een cijfer, dat wordt weergegeven na de rating voor de vermogenssterkte. Zo blijkt uit het kredietrapport van 29 september 2014 met betrekking tot de comm.va Baert en Zonen, stuk 20 in het administratief dossier, dat op dat moment aan comm.va Baert en Zonen een rating van 2A2 wordt gegeven wat staat voor een vermogenssterkte van 2A en een kredietrisico van 2. De rating lijkt zich dan ook op het eerste gezicht in te passen in de ratingscore die voorzien is in de opdrachtdocumenten.

Ter terechtzitting lijkt de verzoekende partij echter niet meer aan te dringen op dit argument.

41. Ten aanzien van de opmerking dat het selectie criterium betreffende de kredietrating een onbetrouwbaar criterium zou zijn omdat het onderhevig is aan veelvuldige wijziging, lijkt de verwerende partij er op het eerste gezicht terecht op te wijzen dat de wijzigingen in de rating die zich voordoen eerder op wijzen dat deze rating steeds gesteund is op de meest actuele informatie en continu wordt aangepast aan deze actuele informatie. De verzoekende partij toont daarbij ook niet aan dat er een andere duidelijk meer betrouwbare en meer gebruikte wijze zou bestaan om het kredietrisico van kandidaat – ondernemingen in te schatten.

42. De kritiek in het tweede onderdeel mist een voldoende graad van ernst.

43. Wat het derde onderdeel betreft, moet de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende

partij te dezen onder meer afleidt uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

44. Te dezen is op te merken dat in de bestreden gunningsbeslissing omtrent de selectie van de kandidaten uitdrukkelijk wordt aangegeven welke kandidaten niet geselecteerd worden en om welke reden. De comm.va Baert en Zonen voldeed in de loop van de onderhandelingsprocedure niet meer aan de selectievereisten waardoor zij niet gekozen werd naar aanleiding van de eerdere gunningsbeslissing, die werd ingetrokken. Blijkens een nieuw onderzoek naar aanleiding van de nieuwe gunningsbeslissing, werd echter vastgesteld dat deze inschrijver wel opnieuw aan de selectievereisten voldeed. Hieromtrent wordt een afzonderlijke en omstandige motivering opgenomen in de bestreden gunningsbeslissing:

“Wat betreft het blijvend voldoen aan de voorwaarden voor deelneming aan de opdracht door Baert en Zonen comm.va.

Overeenkomstig de (bijlagen bij de) aankondiging van de opdracht, wordt het kredietrisico beoordeeld op basis van het ‘Eurogate Risico’, de Europese norm om het kredietrisico van een onderneming te bepalen. Hierbij werd van bij aanvang aangegeven dat Eandis een rapport zou opvragen bij ‘Graydon’ of ‘Dun & Bradstreet’ of gelijkwaardig. Tevens werd aangegeven in welke gevallen de kandidaten een score ‘0’ of een score ‘10’ zouden behalen.

Voorafgaand aan de gunningsfiche d.d. 27 augustus 2014 werd een kredietrapport van Dun & Bradstreet opgevraagd door Eandis. Uit het opgevraagde rapport d.d. 26 juni 2014 bleek dat de kandidaat een rating van 4 werd toegekend. Op basis van de in de (bijlagen bij de) aankondiging vastgestelde scoringregels, impliceert dit een score ‘0’ op het aspect kredietrisico. Gelet op de score ‘5’ inzake solvabiliteit en ‘10’ inzake de kredietwaardigheid, bekomt de kandidaat derhalve een score 15/30, terwijl minimaal 20/30 vereist is.

In een verklaring van Dun & Bradstreet d.d. 19 september 2014 wordt verduidelijkt hoe de rating wordt bepaald en dat de rating van de kandidaat bepaald was zonder rekening te houden met recente en relevante nieuwe informatie die tot een andere rating had moeten leiden. Tevens werd in het

vooruitzicht gesteld dat de rating van de kandidaat positief zou wijzigen indien met voormelde informatie rekening zou worden gehouden. In voorbereiding op onderhavige gunningsfase heeft Eandis hoe dan ook - zoals ook voor de andere kandidaten - een nieuw kredietrapport van Dun & Bradstreet opgevraagd d.d. 29 september 2014. Hieruit is gebleken dat er ondertussen een meer gunstige rating (2A2) is toegekend aan de kandidaat. Op grond van de (bijlagen bij de) aankondiging van de opdracht, werd op het item kredietrisico zodoende een score 10/10 toegekend aan de kandidaat, hetgeen bijgevolg resulteert in een voldoende totaalscore op het subcriterium Financiële & Economische draagkracht (25/30). Eandis heeft dan ook besloten de kandidaat te kunnen weerhouden.”

45. Voor de overige geselecteerde kandidaten wordt niet uitdrukkelijk weergegeven of zij aan elk van de gestelde selectievereisten voldeden. Wat de beweerdde schending van de formele motiveringsverplichting betreft, lijkt in het kader van een selectie echter niet te kunnen worden verwacht van een aanbestedende overheid dat ze elk detail te kennen geeft voor elk selectie criterium in het licht van elk document zoals door de inschrijvers voorgelegd, hierbij telkenmale de positieve redenen aangevende waarom een kandidatuur niet moet worden verworpen.

Uit het feit dat de overige kandidaten geselecteerd werden blijkt onder meer dat zij aldus de minimale score van 20/30 behaalden op het selectie criterium financiële en economische draagkracht wat impliceert dat zij op minstens twee van de drie subcriteria voor dit selectie criterium 10 punten behaalden en dus voldeden.

Met deze motivering lijkt het de verzoekende partij op het eerste gezicht niet onmogelijk om te beoordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing te verweren met betrekking tot de selectie van de overige kandidaten, in de mate zij van oordeel zou zijn dat een van de andere geselecteerde kandidaten onmogelijk kon voldoen aan twee van de drie subcriteria voor het selectie criterium financiële en economische draagkracht.

Zij voert echter ook op geen enkele wijze aan dat één van de andere kandidaten niet zou voldoen aan de vereisten inzake financiële en economische draagkracht.

46. Het derde onderdeel is niet ernstig.

47. Het vierde middel is in zijn geheel niet ernstig.

VI. Besluit

48. Geen enkel van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VII. Kosten

49. De vordering tot schorsing is ingediend met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Aangezien hieruit volgt dat het geding ten gronde nog hangende is, past het de beslissing betreffende de kosten in beraad te houden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt de vordering.

2. De kosten worden in beraad gehouden.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 25 november 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest