

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 232.042 van 13 augustus 2015
in de zaak A. 216.480/XII-7915

In zake: de NV BOUWONDERNEMING FRANÇOIS GOEDLEVEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Arnoud Declerck en Eva Roels
kantoor houdend te 8530 Harelbeke
Kortrijksesteenweg 387
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 juli 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen van 3 juli 2015 met betrekking tot de overheidsopdracht ‘Interieurrestauratie Sint-Carolus-Borromeuskerk, reiniging, herstel en schilderwerken’ (bestek GAC/2014/2829), inhoudend dat de opdracht wordt gegund aan de THV NV Denys - BVBA Schilderwerken De Witte - CVBA Iparc, voor een bedrag van 1.257.844,77 EUR inclusief btw”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 augustus 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Séverine Vermeire, die *loco* advocaat Arnoud Declerck verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Stephanie Taelemans, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft op 1 oktober 2010 een open aanbesteding uit voor het uitvoeren van een opdracht voor aanneming van werken “Interieurrestauratie Sint Carolus Borromeuskerk, reiniging, herstel en schilderwerken” (GAC/2014/2403), die zij bekend maakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 6 mei 2014.

Vier ondernemingen dienen een offerte in, onder wie verzoeker, de nv Renotec en de thv nv Denys – bvba Schilderwerken De Witte – cvba Iparc (hierna kortweg: thv Denys).

3.2. Op 28 november 2014 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij om de aanbesteding stop te zetten, de opdracht niet te gunnen en over te gaan tot een nieuwe opdracht via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (GAC/2014/2829).

Deze beslissing wordt bij aangetekende brief van 2 december 2014 aan verzoekster ter kennis gebracht, met vermelding van de beroepsmogelijkheden.

3.3. Op 2 februari 2015 vordert verzoekster met een beroep, gekend onder rolnummer A. 214.963/XII-7830, de nietigverklaring van “de beslissing d.d. 28 november 2014 van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen met betrekking tot de overheidsopdracht ‘Interieurrestauratie Sint-Carolus-Borromeuskerk, reiniging, herstel en schilderwerken’, inhoudend dat de opdracht wordt stopgezet omdat geen enkel van de ingediende offertes voor gunning in aanmerking komt, en dezelfde opdracht opnieuw wordt geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking”. Deze zaak is thans nog hangende.

3.4. Voor de onderhandelingsprocedure worden de thv Denys en de nv Renotec geraadpleegd, evenals drie andere (nieuwe) aannemers. Uiteindelijk zullen enkel de voormelde twee ondernemingen en een derde onderneming een offerte indienen.

3.5. Verzoekster wordt, met andere woorden, niet uitgenodigd. Voor zover zij dat al niet eerder mocht bevatten, laat een schrijven van de verwerende partij van 18 februari 2015 daarover geen onduidelijkheid. Op 20 februari 2015 vraagt verzoekster vervolgens om alsnog betrokken te worden bij de opgestarte onderhandelingsprocedure. In haar antwoord van 3 maart 2015 wijst de verwerende partij deze vraag af.

3.6. Met de thans bestreden beslissing van 3 juli 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen dat enkel de offerte van de thv Denys regelmatig is en dat overgegaan wordt tot de gunning van de opdracht aan de thv Denys.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Zoals hierna zal blijken is de schorsingsvoorwaarde niet vervuld. Om redenen van proceseconomie hoeft de Raad van State dan ook in de huidige stand van de rechtspleging over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties nog geen uitspraak te doen.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enige middel

A. Eerste onderdeel

Uiteenzetting van het middelonderdeel

6. Een eerste onderdeel van het enige middel is geput uit de schending van het gelijkheidsbeginsel en van het redelijkheidsbeginsel.

Verzoekster wijst erop dat tot de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is beslist op grond van artikel 26, § 1, 1°, e), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’. In de hypothese dat de voorafgaande open aanbesteding terecht is stopgezet – wat verzoekster betwist in haar beroep A. 214.963 – is de discretionaire bevoegdheid waarover de verwerende partij wel beschikt in de keuze van de ondernemingen die zij consulteert beperkt door het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel. Deze beginselen ziet verzoekster manifest geschonden omdat de verwerende partij twee van de vier oorspronkelijke inschrijvers opnieuw heeft uitgenodigd “maar niet de verzoekende partij wie[r] offerte in de voorafgaande nochtans om quasi dezelfde redenen als deze van NV Renotec werd geweerd”. Het gaat volgens verzoekster “meer bepaald om volgende elementen”:

“a. Beroep op draagkracht van andere entiteiten zonder verbintenis van de betrokken externe ondernemingen.

De verwerende partij voerde aan dat inzake de vereiste studie- en beroepskwalificaties verwezen werd naar andere entiteiten van wie geen ondertekende verbintenis voorlag.

T.a.v. de verzoekende partij ging het dan specifiek om de verwijzing naar personeel van haar zuster vennootschap NV Altritempi.

Welnu, deze opmerking was van louter formele aard, want de verwerende partij wist dat de NV Altritempi deel uitmaakt van dezelfde groep: zowel de verzoekende partij als de NV Altritempi zijn dochtervennootschappen van de NV Monument Group en worden geleid door dezelfde bestuurders (zie stukken 6, a-b). De NV Monument Group is eigenares van resp. 99,91% en 98% van de aandelen van de beide vennootschappen.

Er was dus geen enkel probleem om bij het indienen van een nieuwe offerte aan de geformuleerde (betwiste) opmerking tegemoet te komen.

b. Onvoldoende bewijzen van de vereiste studie- en beroepskwalificaties

Ook hier was de kritiek dezelfde t.a.v. de NV Renotec en de verzoekende partij: ofwel ontbraken volgens de aanbestedende overheid een aantal bewijsstukken inzake vereiste diploma’s of ervaring, ofwel oordeelde zij dat geen verbintenis zou voorliggen van de entiteit waarop men beroep wou doen (*in casu*, wat de verzoekende partij betreft, de NV Altritempi).

c. Voor te leggen referenties

Volgens de verwerende partij diende de NV Renotec aanvullende stukken voor te leggen, terwijl t.a.v. de verzoekende partij manifest onterecht geoordeeld werd dat er onvoldoende referenties waren, omdat geen rekening zou mogen worden gehouden met referenties van de THV NV Fr. Goedleven - NV Altritempi. Dit laatste is niet correct: ook referenties m.b.t. werken uitgevoerd door een tijdelijke handelsvennootschap, waarvan de

inschrijver deel uitmaakt, moeten in aanmerking worden genomen (zie RvS, arrest nr. 192.188 van 2 april 2009).

Deze kritiek was hoe dan ook onterecht, want de verzoekende partij heeft bij haar offerte een lijst gevoegd van liefst 38 referenties van uitgevoerde werken, opgelijst per kalenderjaar in de loop van de jaren 2008 tot en met 2013 (stuk 5, c), en daarnaast nog een uitgebreide referentielijst van de NV Altritempi (stuk 5, d). Zelfs als met deze laatste geen rekening werd gehouden, werden ruim voldoende attesten van goede uitvoering voorgelegd op naam van de verzoekende partij zelf, meer bepaald (stuk 5, e, (i) - (vi)):

- Interieurrestauratie kerk, winterkapel en sacristie Sint-Augustinuskerk te Antwerpen (deel 2); opdrachtgever: Stad Antwerpen, uitgevoerd in het jaar 2009-2010;

- Interieurrestauratie kerk, winterkapel en sacristie Sint-Augustinuskerk te Antwerpen (deel 3); opdrachtgever: Stad Antwerpen, uitgevoerd in het jaar 2011-2012;

- Restauratie decoratieve schilderwerken Stedelijk Museum M te Leuven; opdrachtgever Autonoom gemeentebedrijf Museum (Leuven), uitgevoerd in 2009; voorlopige oplevering d.d. 17.09.2009;

- Renovatie herenwoning, Pantheonlaan 59 te Koekelberg - Brussel; opdrachtgever: NV Vere, uitgevoerd in het jaar 2010-2011;

- Restauratie en renovatie Koetshuis, incl. technieken en tuinaanleg - Paleis op de Meir te Antwerpen; opdrachtgever: Vlaamse Overheid - Agentschap voor Facilitair Management; uitgevoerd in 2009-2011 (voorlopige oplevering d.d. 23.12.2010);

- Restauratie van het kerkinterieur Sint-Quintinuskerk te Zonhoven; opdrachtgever: Monument Vandekerckhove NV; uitgevoerd in 2008-2009 (voorlopige oplevering d.d. 23.04.2009).

In acht genomen het veelvoud aan referenties en attesten van goede uitvoering die de verzoekende partij heeft voorgelegd, kan niet worden betwijfeld dat zij voldoet aan het desbetreffend selectie criterium.”

“Volledigheidshalve” dient volgens verzoekster nog te worden vermeld dat als een onregelmatigheid inzake de ondertekening van de offerte geen beletsel was voor de verwerende partij om de thv Denys uit te nodigen tot de onderhandelingsprocedure, dit in redelijkheid geen reden kan zijn om haar wél uit te sluiten.

Beoordeling

7. Verzoekster ontwikkelt het middel onder voorbehoud van haar beroep in de zaak A. 214.963 en in de hypothese – die de Raad van State bijgevolg

voor het debat bijvalt – dat terecht beslist is om de voorafgaande open aanbesteding stop te zetten.

Zij erkent, terecht, dat de verwerende partij vervolgens in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking over een discretionaire bevoegdheid beschikt in de keuze van de ondernemingen die zij raadpleegt. Verzoekster beweert alleszins niet dat er *in casu* louter op grond van artikel 26, § 1, 1°, e), van de voormelde overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 een verplichting zou bestaan om haar opnieuw te raadplegen. Enkel grieft het haar te moeten vaststellen dat de verwerende partij bij de uitoefening van die discretionaire keuzevrijheid een concurrent, de nv Renotec, wél opnieuw heeft geraadpleegd omdat, volgens verzoekster, zijzelf “om quasi dezelfde redenen” werd geweerd. Dit verschil in behandeling schendt volgens verzoekster het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

8.1. Het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden indien in rechte en in feite gelijke situaties zonder objectieve en redelijke verantwoording ongelijk worden behandeld of indien in rechte en in feite ongelijke situaties zonder objectieve en redelijke verantwoording gelijk worden behandeld. De verzoekende partij die de schending opwerpt, moet dit met concrete en precieze gegevens in haar verzoekschrift aantonen.

8.2. De niet-selectie voor de opdracht GAC/2014/2403 van, een deels, verzoekster en, anderdeels, de nv Renotec wordt in de beslissing van 28 november 2014 als volgt gemotiveerd:

“Inzake de kwalitatieve selectie werden de volgende inschrijvers uitgesloten:

- Fr. Goedleven nv:

Inzake de vereiste technici vermeldt de inschrijver verschillende laboratoria, wetenschappelijke instellingen en opleidingsinstituten in zijn offerte, alsook een kunsthistorisch expert. Aangezien er een beroep wordt gedaan op de draagkracht van andere entiteiten, dient de inschrijver aan te tonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door overlegging van de verbintenissen van deze entiteiten

om de inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen. De inschrijver heeft geen verbintenissen bijgevoegd.

Inzake de vereiste studie- en beroepskwalificaties voegde de inschrijver het document 'Beroeps- en studiekwalificaties AT.pdf' bij de offerte. Dit document bevat een lijst met tewerkgesteld personeel van de naamloze vennootschap Altritempi. De betrokken nv is een zustervennootschap van Fr. Goedleven nv. Beide ondernemingen vallen onder Monument Group nv. Daargelaten de vraag of de vermelde personeelsleden over de vereiste bekwaamheid beschikken, stelt de aanbestedende overheid vast dat de volgens artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 vereiste verbintenis van Altritempi nv ontbreekt. Een dergelijke verbintenis moet worden voorgelegd, zelfs indien de inschrijver zich beroept op de draagkracht van een zustervennootschap. De Raad van State oordeelde in arrest 206.853 van 29 juli 2010 dat het behoren tot dezelfde groep van vennootschappen niet *ipso facto* het bestaan meebrengt van een verbintenis waarbij beroep kan worden gedaan op de draagkracht van de bekwaamheid van de moedervennootschap of de bekwaamheid van een zustervennootschap. Het bestaan van een groepsverband op zich volstaat niet als bewijs van de vereiste verbintenis.

In zake de gevraagde referenties, voegt de inschrijver als eerste referentie de Stadsfeestzaal bij zijn offerte. Deze referentie kan niet in aanmerking worden genomen omdat de werken meer dan vijf jaar geleden werden verricht. De tweede referentie, zijnde de restauratie van de spiegelzaal in het Paleis op de Meir, is omwille van dezelfde reden niet geldig. Vervolgens worden een reeks attesten van goede uitvoering overgelegd, die wisselend werden afgeleverd aan verschillende partijen: Altritempi nv, Tijdelijke Vereniging Fr. Goedleven nv - Altritempi nv, Tijdelijke Vereniging Altritempi nv - Taeymans nv. Daarbij treedt Fr. Goedleven nv soms op als opdrachtgever van Altritempi nv, soms treedt Monument Vandekerckhove nv (een andere zustervennootschap) op als opdrachtgever. Aangezien de heer [N.] gedelegeerd bestuurder is van zowel Fr. Goedleven nv, Altritempi nv en Monument Vandekerckhove nv (en verschillende attesten persoonlijk ondertekende) kan de objectiviteit van de verklaringen in vraag gesteld worden. Wegens het ontbreken van de vereiste verbintenissen, beperkte de aanbestedende overheid het onderzoek tot de attesten die ten aanzien van Fr. Goedleven nv zelf werden uitgereikt. *Prima facie* voldoet de referentie van de Sint-Quintinuskerk aan die vereiste. De werken werden evenwel voltooid op 1 april 2009, meer dan vijf jaar voor de openingsdatum van de offertes voor onderhavige opdracht.

• Renotec nv:

De inschrijver voegt een verklaring inzake technici en technische diensten bij zijn offerte, waarin uitsluitend externe ondernemingen worden aangeduid als technische diensten. Aangezien er een beroep wordt gedaan op de draagkracht van andere entiteiten, dient de inschrijver aan te tonen dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen. De inschrijver heeft geen verbintenissen bijgevoegd.

Inzake de studie- en beroepskwalificaties tonen de overgelegde documenten onvoldoende aan dat de leidinggevendenden over de gevraagde diploma's 'hout' en 'metaal' beschikken en de bijhorende vijf jaar beroepservaring. De inschrijver heeft geen diploma of cv bij de offerte gevoegd waaruit kennis en ervaring met 'metaal' blijkt. Voor de gespecialiseerde werken 'hout' ontbreekt het diploma van de heer [L.], die volgens het cv meubelmaker-houtsnijder is."

8.3. De aangehaalde motivering geeft er blijk van dat de offertes zijn getoetst aan de drie selectievoorwaarden uit het toepasselijke bestek – kortweg: de vereiste technici, de vereiste studie- en beroepskwalificaties en de vereiste referenties.

Daargelaten of er al dan niet wezenlijke verschillen bestaan met betrekking tot de uitsluiting van verzoekster en de nv Renotec op grond van de eerste en de tweede selectievoorwaarde, stelt de Raad van State vast dat verzoekster op het eerste gezicht is uitgesloten omdat zij aan geen enkele selectie-eis voldeed, terwijl over de nv Renotec enkel is geoordeeld dat zij niet aan de eerste en de tweede selectie-eis voldeed.

In de huidige stand van de procedure oordeelt de Raad van State dan ook dat het uitgangspunt van verzoekster, dat zij zich in een gelijke situatie bevindt als de nv Renotec en dus aanspraak mag maken op een gelijke behandeling, feitelijke grondslag mist.

De zes referenties die verzoekster specifiek opsomt in het inleidend verzoekschrift laten *prima facie* niet toe anders te oordelen.

Ten eerste ontkracht verzoekster met die opsomming niet het argument dat N. gedelegeerd bestuurder is van de zustermaatschappijen waarvoor zij als opdrachtgever optreedt en de objectiviteit van zijn verklaringen in vraag kan worden gesteld.

Ten tweede verwijzen vier van de zes genoemde attesten, zo lijkt, naar werken uitgevoerd door de “tv nv Fr. Goedleven – nv Altritempi” en is een vijfde attest op het eerste gezicht te oud.

Deze vaststellingen heeft ook reeds de verwerende partij in haar nota met opmerkingen tot refutatie van het middelonderdeel opgenomen. Ofschoon de Raad van State verzoekster ter terechtzitting zelfs bij herhaling heeft uitgenodigd tot een repliek op dit welbepaalde verweer in de nota, is deze in het mondelinge pleidooi – beperkt tot een feitenrelaas en het tweede middelonderdeel – uitgebleven.

Ten slotte is het aan de aandacht van de Raad niet ontsnapt dat verzoekster beweert dat ook referenties uitgevoerd door een thv waarvan zij deel uitmaakt in aanmerking moeten worden genomen en dat zij refereert aan een “lijst [...] van liefst 38 referenties” en “een uitgebreide referentielijst van de NV Altritempi”. De premisse wordt door verzoekster echter niet nader toegelicht – een verwijzing naar één arrest zonder verduidelijking hoe deze verplichting uit dit arrest voortvloeit kan bezwaarlijk doorgaan voor een adequate toelichting. Wat de referenties van de nv Altritempi betreft verwijst de verwerende partij, hierin niet tegengesproken door verzoekster, naar het ontbreken van de vereiste verbintenis. Hoe dan ook mag in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en mede gelet op de rechten van verdediging niet van de Raad van State worden verwacht dat hij zélf de voormelde lijsten overloopt en aftoetst.

8.4. Met de grieven zoals in het eerste middelonderdeel geformuleerd ten aanzien van de beoordeling van haar referenties toont verzoekster in de huidige stand van de procedure dan ook niet voldoende concreet aan dat zij in het kader van de stopgezette opdracht GAC/2014/2403, wat betreft de referenties, “om quasi dezelfde redenen” werd geweerd als de nv Renotec, laat staan dat er voor haar een vermoeden van geschiktheid had moeten worden aanvaard.

9. Verzoekster geeft geen afzonderlijke of specifieke toelichting bij de aangevoerde schending van het redelijkheidsbeginsel in de adstructie bij het middel, zodat zelfs bij ontvankelijkheid van dit aspect van het middelonderdeel de beoordeling ervan samenvalt met de beoordeling van het gelijkheidsbeginsel.

10. Verzoekster speculeert er nog op dat zij niet zou zijn geraadpleegd omdat haar offerte niet zou zijn ondertekend. Dit lijkt na wat voorafgaat rehtens niet relevant.

11. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

B. Tweede onderdeel

Uiteenzetting van het middelonderdeel

12. Het tweede middelonderdeel is geput uit de schending “van de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen, minstens schending van de materiële motiveringsplicht”.

Verzoekster betoogt dat in de bestreden beslissing van 3 juli 2015 een motivering ontbreekt van “wie [de verwerende partij] in het kader van deze onderhandelingsprocedure zou uitnodigen om een offerte in te dienen”. In het collegebesluit van 28 november 2014 wordt wel uitdrukkelijk gemotiveerd dat zal worden overgestapt naar de onderhandelingsprocedure, maar ook in dat besluit wordt op geen enkele wijze aangegeven wie dan wel bij die onderhandelingsprocedure betrokken zal worden en op grond van welke criteria een selectie van kandidaten is gemaakt. Volgens verzoekster is die motivering evenmin te vinden in het verslag van nazicht dat een bijlage vormt bij het besluit van 28 november 2014. Het voormelde verslag behelst volgens verzoekster op pagina 10 enkel een voorstel, met *in fine* de suggestie om bij de navolgende onderhandelingsprocedure zowel de thv Denys als de nv Renotec uit te nodigen. Daarover heeft het college zich volgens

verzoekster niet uitgesproken in zijn beslissing van 28 november 2014 en het heeft dit onderdeel van het voorstel ook niet tot het zijne gemaakt.

Zelfs als zou worden aanvaard dat de loutere vermelding van het verslag als bijlage bij het besluit van 28 november 2014 zou gelden als formele motivering van het gunningsbesluit van 3 juli 2015, “quod certe non”, dan nog is er volgens verzoekster op zijn minst een schending van de materiële motiveringsplicht: “Meer bepaald wordt daarin op geen enkele wijze aangegeven of de verzoekende partij al dan niet zal worden uitgenodigd, en zo niet, wat daarvoor dan wel de reden zou zijn.” Als voorgesteld wordt de nv Renotec uit te nodigen omdat zij “in grote mate” zou voldoen aan de vooropgestelde eisen, dan blijft het volstrekt onduidelijk wat begrepen wordt onder het voldoen “in grote mate”, of en waarom verzoekster “in mindere mate” zou voldoen en waarom er voor de nv Renotec een “vermoeden van geschiktheid” zou gelden en niet voor verzoekster.

Beoordeling

13. Op 28 november 2014 beslist de verwerende partij om een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te starten en op 3 juli 2015 beslist zij aan wie de opdracht finaal wordt gegund. Dit zijn onderdelen van de complexe administratieve handeling die de gunningsprocedure vormt.

Dat verzoekster niet zou worden uitgenodigd om een offerte in te dienen in het kader van die onderhandelingsprocedure is op het eerste gezicht niet geformaliseerd in een uitdrukkelijke beslissing, maar lijkt een impliciete beslissing te zijn, waarvan het bestaan afgeleid kan worden uit de raadpleging van twee andere van de oorspronkelijke inschrijvers en van andere ondernemingen.

Welnu, een impliciete beslissing is niet onderworpen aan de formelemotiveringsplicht, bedoeld in de formelemotiveringswet van 29 juli 1991 waarvan de schending wordt aangevoerd. Door van het tegendeel uit te gaan, faalt het middel in zoverre naar recht.

14. Ten overvloede zij vastgesteld dat het besluit van 28 november 2014 refereert aan het verslag van nazicht en dat verzoekster over een afschrift van dit verslag kon beschikken vooraleer zij de huidige vordering heeft ingesteld.

In dit verslag van nazicht wordt onder meer voorgesteld om deze opdracht opnieuw te plaatsen bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Vermeld wordt dat de thv Denys “voldeed aan de eisen inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie” en zal worden uitgenodigd bij de onderhandelingsprocedure, dat de nv Renotec “in grote mate [voldoet] aan de vooropgestelde eisen, er bestaat een vermoeden van geschiktheid voor deze inschrijver” en eveneens zal worden uitgenodigd en dat de aanbestedende overheid teneinde de mededinging te verruimen daarnaast bijkomend enkele ondernemingen zal aanschrijven.

Uit niets blijkt vooralsnog dat het college niet akkoord ging met dit deel van het voorstel in het verslag van nazicht dat ook zonder meer als bijlage bij zijn besluit van 28 november 2014 is gevoegd. In die omstandigheden en nu dit voorstel van de keuze van de te raadplegen ondernemingen ook een essentieel onderdeel lijkt van de keuze van de onderhandelingsprocedure en ook in de feiten werd gevolgd, wordt *prima facie* aangenomen dat het college op 28 november 2014 ook het voorstel goedkeurde en dus besliste om onder de inschrijvers voor de stopgezette opdracht GAC/2014/2403 enkel de thv Denys en de nv Renotec te raadplegen in de nieuwe onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking en bovendien bijkomend enkele andere ondernemingen.

Gesteld kan worden dat de keuze van de uit te nodigen ondernemingen is onderworpen aan de formelemotiveringsplicht en dat verzoekster uit die formele motieven – waarom de anderen worden geraadpleegd – moet kunnen afleiden waarom zij niet werd geraadpleegd.

Dat doel lijkt evenwel bereikt: getuige haar uiteenzetting van het eerste middelonderdeel begrijpt verzoekster zeer wel die redenen. Die vaststelling

volstaat om verzoekster in zoverre zonder belang te achten bij het aanvoeren van de formelemotiveringsplicht.

15. Voor zover de verwerping van het eerste middelonderdeel al niet inhoudt dat de bestreden beslissing niet strijdig lijkt met de materiële motiveringsplicht, stelt de Raad vast dat verzoekster dit aspect van het tweede middelonderdeel wezenlijk onbesproken laat. De opmerking dat op geen enkele wijze wordt aangegeven of zij al dan niet zal worden uitgenodigd en zo niet, wat daarvoor dan wel de reden zou zijn, dat het volstrekt onduidelijk blijft wat begrepen wordt onder het voldoen door de nv Renotec “in grote mate” en of zijzelf dan “in mindere mate” zou voldoen, lijkt immers veeleer opnieuw de formelemotiveringsplicht te betreffen. Met de opmerking waarom er voor de nv Renotec een “vermoeden van geschiktheid” zou gelden en niet voor haarzelf refereert verzoekster daarenboven aan het reeds besproken gelijkheidsbeginsel.

16. Ook het tweede middelonderdeel mist de vereiste ernst.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 augustus 2015, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Geert Van Haegendoren