

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 232.364 van 29 september 2015
in de zaak A. 216.826/XII-7931**

In zake: de NV HYE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Gregory Verhelst
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV WATERWEGEN EN ZEEKANAAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Karel Van Hoorebeke en Rebecca Denys
kantoor houdend te 9000 Gent
Coupure Rechts 162
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 september 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van NV Waterwegen en Zeekanaal dd. 14 augustus 2015 houdende gunning van de opdracht ‘Onderhoud en dringende interventies Beneden-Zeeschelde, Boven-Zeeschelde (oost) en Rupel (district 2)’ (bestek nr. 16EI/15/05) aan Herbosch-Kiere NV voor een bedrag van 3.988.973,70 euro (excl. BTW) gelimiteerd tot de budgettaire limiet op jaarbasis van 2.225.000 euro (excl. BTW) op grond van het gunningsverslag dd. 12 augustus 2015 dat als bijlage bij de gunningsbeslissing wordt gevoegd, er integraal deel van uitmaakt en waarvan de motivering wordt onderschreven, waaronder de beslissing om de NV Hye niet te selecteren en de offerte als onregelmatig te weren.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 september 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey en Evi Mees, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Rebecca Denys, die loco advocaat Karel Van Hoorebeke verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 nv Waterwegen en Zeekanaal schrijft een open aanbesteding voor de aanneming van werken uit bij wijze van een raamovereenkomst, namelijk voor het onderhoud en de dringende interventies op de Beneden-Zeeschelde, Boven-Zeeschelde (oost) en Rupel. De looptijd van de opdracht bedraagt één jaar met de mogelijkheid deze te verlengen.

3.2. Op 9 december 2014 wordt een vooraankondiging gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie. De aankondiging wordt vervolgens bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 april 2015 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 april 2015.

3.3. Op de opdracht is het bijzonder bestek met nummer 16EI/15/05 van toepassing.

In het bestek wordt in hoofdstuk 1, “Afdeling 8 Beroep op onderaannemers en andere entiteiten” bepaald:

“Art. 12 Onderaannemers en andere entiteiten

De inschrijver vermeldt in zijn offerte welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt.

Voor de vereisten die aan de onderaannemers worden gesteld, wordt verwezen naar de bepalingen in het bestek onder artikel 67 en 69 KB plaatsing en onder artikel 12 AUR.

Indien de opdrachtnemer zich tijdens de uitvoering van de opdracht wil beroepen op een onderaannemer die niet in de offerte werd vermeld, moet voorafgaandelijk toestemming gevraagd worden aan de leidend ambtenaar. De inschrijver dient, wanneer hij een beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten en die draagkracht bepalend is voor zijn selectie, in zijn offerte te vermelden voor welk gedeelte hij een beroep doet op die draagkracht en welke andere entiteiten hij voorstelt. Conform artikel 74 zoals opgenomen in het Standaardbestek Administratieve Bepalingen legt hij de verbintenissen met deze entiteiten voor”.

In “hoofdstuk 5 Selectie kandidaten en inschrijvers – toegangsrecht en kwalitatieve selectie”, “afdeling 3 Kwalitatieve selectie”, wordt in “Art. 67 Financiële en economische draagkracht” en “artikel 69 Technische Bekwaamheid” ook bepaald dat “[d]e onderaannemers dienen te voldoen aan de wetgeving inzake de erkenning van de aannemers voor het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren” en dat “indien de inschrijver de opdracht uit hoofdstuk A1 voor meer dan 30% wenst toe te vertrouwen aan eenzelfde onderaannemer, [...] bovendien [geldt] dat deze onderaannemers, in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren, moeten voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht en technische beroepsbekwaamheid die door de opdrachtdocumenten zijn opgelegd. De documenten die dit bewijzen worden bij de offerte gevoegd.”

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 1 juni 2015 om 10.45 u. De volgende vijf offertes worden ingediend:

Inschrijver	Bedrag in euro excl.BTW
De Brandt nv	3.865,097,63
Herbosch -Kiere	3.988.973,47
Hye nv	3.790:850,76
Stadsbader nv	2.846.462,60
TV Artes Roegiers nv –Artes Depret nv	4.040.764,36

3.5. In haar offerteformulier deelt de verzoekende partij het volgende mee over haar beroep op onderaannemers:

“D. Onderaannemers

Er zullen onderaannemers worden aangewend: JA

Gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming wordt gegeven: nog niet gekend

Volgende onderaannemers zullen hiervoor worden aangewend: nog niet gekend

Zij beschikken over volgende erkenning als aannemer van werken (in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren): nog niet gekend.”

Bij brief van 23 juni 2015 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mee dat zij een kennelijke materiële vergissing heeft vastgesteld in haar dossier, meer bepaald dat de lijst houdende de lijst van de voorgestelde onderaannemers niet werd “ge-upload” samen met de andere offertedocumenten. Zij verzoekt bijgevolg deze lijst, die zij als bijlage toezendt, toe te voegen aan haar offertedossier. Die lijst bevat volgens haar “enkele gegevens met een niet aanpasbaar karakter. Deze gegevens zijn niet aanpasbaar tussen het moment van aanbesteding en het versturen van deze brief”. Voorts verduidelijkt zij “voor de goede orde” nog “dat waar in ons offerteformulier is vermeld dat de exacte onderaannemer(s) nog niet gekend is/zijn met wie enkele werken zullen worden uitgevoerd, dit het gevolg is van het feit dat er nog niet geweten is welke dringende onderhoudswerken beschreven in het bestek al dan niet zullen moeten worden uitgevoerd. Aldus is nog niet geweten welke specifieke onderaannemer daadwerkelijk tijdens de uitvoering werken zal moeten uitvoeren. De door ons bijgevoegde lijst bevat die onderaannemers waaruit de meest geschikte onderaannemer, tevens met de juiste categorie en klasse, in geval een specifieke onderaanneming zal gekozen worden”.

3.6. Op 12 augustus 2015 beslist de verwerende partij tot gunning van de opdracht aan de nv Herbosch-Kiere voor een bedrag van 3.988.973,70 euro, btw niet inbegrepen, begrensd tot de budgettaire limiet op jaarbasis van 2.225.000 euro.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Bij aangetekende brief van 18 augustus 2015 wordt aan de verzoekende partij kennis gegeven van een uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing houdende de motieven van niet-selectie en de wering van haar offerte.

Die motieven luiden:

“2.2. Financiële en economische draagkracht (art. 67 KB 15 juli 2011)
[...]

Evaluatie:

De documenten die de financiële en economische draagkracht van de inschrijvers moeten aantonen, werden gecontroleerd door de aanbestedende overheid.

Uit dit nazicht is gebleken dat alle inschrijvers hun eigen financiële en economische draagkracht aangetoond hebben.

Voor wat betreft de financiële en economische draagkracht van de voorgestelde onderaannemers, is deze voor allen aangetoond, behoudens voor:

- Hye NV;

xxx

Zij geven in hun offerte wel aan dat zij zullen werken met onderaannemers, maar zij geven, in weerwil van de besteksbepalingen hieromtrent, niet op welke onderaannemer(s) dit zijn en voor welke posten. Zij stellen in het offerteformulier dat hun onderaannemers nog niet gekend zijn.

Nochtans is de opgave van de onderaannemers vereist voor de beoordeling van de kandidaatstelling. De beoordeling van de onderaannemers maakt immers voorwerp uit van de kwalitatieve selectie. Bij gebreke aan opgave is het voor de aanbestedende overheid niet mogelijk de financiële en economische draagkracht van de onderaannemers te beoordelen zoals vermeld in het bestek.

Bovendien is in het bestek uitdrukkelijk en op verschillende plaatsen (artikel 12, 67 en 69 van het KB Plaatsing en artikel 12 van de AUR) opgenomen dat de gegevens inzake onderaanneming reeds in de offerte vermeld moeten worden. De opgave van de onderaannemers in de offerte is een substantiële vereiste.

Tevens eigent een inschrijver die de verplichte vermelding van de onderaannemers in zijn offerte niet naleeft, zich een voordeel toe ten opzichte van de andere inschrijvers, die zich wel verbonden hebben tegenover hun onderaannemers, zodat de gelijkheid tussen de inschrijvers verbroken wordt.

(voetnoot 1: Abbeloos W., Kroniek overheidsopdrachten, deel 1, de plaatsing van een overheidsopdracht, p. 372 e.v.)

Hye NV heeft op 23/06/2015 een schrijven aan de aanbestedende overheid gericht met de vraag alsnog haar lijst met onderaannemers bij te voegen aan haar offerte, daar het ontbreken ervan een materiële vergissing was en dat de lijst enkel niet voor verandering vatbare gegevens betreft. Op deze vraag kan niet ingegaan worden aangezien deze stelling in tegenspraak is met de vermelding in het offerteformulier dat de onderaannemers nog niet gekend waren op het moment van indiening van de offerte. De redenering dat de exacte onderaannemers nog niet gekend zijn aangezien niet geweten is welke dringende onderhoudswerken al dan niet zullen uitgevoerd moeten worden, is niet relevant nu in het kader van de inschrijving rekening diende gehouden te worden met de ramingen zoals weerhouden in het bestek.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat een lijst van onderaannemers geen objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens betreft en dat het nasturen van een dergelijke lijst een ontoelaatbare wijziging van de offerte inhoudt waardoor de gelijkheid tussen de inschrijvers verbroken wordt (voetnoot 2: Abbeloos W., Kroniek overheidsopdrachten, deel 1, de plaatsing van een overheidsopdracht, p. 372 e.v.) De lijst van onderaannemers van Hye nv is laattijdig. Overigens kan vermeld worden dat de nagestuurde informatie onvolledig is, aangezien nog steeds niet wordt aangegeven voor welk gedeelte van de opdracht op onderaannemers beroep zal worden gedaan, zodat het voldoen aan de selectiecriteria door de onderaannemers oncontroleerbaar blijft.

Doordat de inschrijvers zich onttrekken aan deze controle, kan de aanbestedende overheid niet besluiten dat zij volledig hebben voldaan aan de in het bestek vermelde selectiecriteria.

[...]

2.3. Technische bekwaamheid (art. 68-79 KB 15 juli 2011)

[...]

Evaluatie:

De documenten die de technische bekwaamheid van de inschrijvers moeten aantonen, werden gecontroleerd door de aanbestedende overheid.

Er zijn onvolkomenheden vastgesteld betreffende de volgende punten:

[...]

Onderaannemers:

Voor wat betreft de technische bekwaamheid van de voorgestelde onderaannemers, is deze niet aangetoond voor:

- Hye NV;

xxx

Zij geven in hun offerte wel aan dat zij zullen werken met onderaannemers, maar zij geven, in weerwil van de besteksbepalingen hieromtrent, niet op

welke onderaannemer(s) dit zijn en voor welke posten. Zij stellen in het offerteformulier dat hun onderaannemers nog niet gekend zijn.

Nochtans is de opgave van de onderaannemers vereist voor de beoordeling van de kandidaatstelling. De beoordeling van de onderaannemers maakt immers voorwerp uit van de kwalitatieve selectie. Bij gebreke aan opgave is het voor de aanbestedende overheid niet mogelijk de financiële en economische draagkracht van de onderaannemers te beoordelen zoals vermeld in het bestek.

Bovendien is in het bestek uitdrukkelijk en op verschillende plaatsen (artikel 12, 67 en 69 van het KB Plaatsing en artikel 12 van de AUR) opgenomen dat de gegevens inzake onderaanneming reeds in de offerte vermeld moeten worden. Deze verplichting is te aanzien als een substantiële vereiste. Een inschrijver die de verplichte vermelding van de onderaannemers in zijn offerte niet naleeft, eigent zich een voordeel toe ten opzichte van de andere inschrijvers, die zich wel verbonden hebben tegenover hun onderaannemers, zodat de gelijkheid tussen de inschrijvers verbroken wordt. [voetnoot 3: Abbeloos W., Kroniek overheidsopdrachten, deel 1, de plaatsing van een overheidsopdracht, p. 372 e.v.]

Hye NV heeft op 23/06/2015 een schrijven aan de aanbestedende overheid gericht met de vraag alsnog haar lijst met onderaannemers bij te voegen aan haar offerte, daar het ontbreken ervan een materiële vergissing was en dat de lijst enkel niet voor verandering vatbare gegevens betreft. Op deze vraag kan niet ingegaan worden aangezien deze stelling in tegenspraak is met de vermelding in het offerteformulier dat de onderaannemers nog niet gekend waren op het moment van indiening van de offerte. De redenering dat de exacte onderaannemers nog niet gekend zijn aangezien niet geweten is welke dringende onderhoudswerken al dan niet zullen uitgevoerd moeten worden, is niet relevant nu in het kader van de inschrijving rekening diende gehouden te worden met de ramingen zoals weerhouden in het bestek.

De aanbestedende overheid is van oordeel dat een lijst van onderaannemers geen objectieve en niet voor verandering vatbare gegevens betreft, en dat het nasturen van een dergelijke lijst een ontoelaatbare wijziging van de offerte inhoudt waardoor de gelijkheid tussen de inschrijvers verbroken wordt. [voetnoot 4: Abbeloos W., Kroniek overheidsopdrachten, deel 1, de plaatsing van een overheidsopdracht, p. 372 e.v.] De lijst van onderaannemers van Hye NV is laattijdig. Overigens kan vermeld worden dat de nagestuurde informatie onvolledig is, aangezien nog steeds niet wordt aangegeven voor welk gedeelte van de opdracht op onderaannemers beroep zal worden gedaan, zodat het voldoen aan de selectiecriteria door de onderaannemers oncontroleerbaar blijft.

Doordat de inschrijvers zich onttrekken aan deze controle, kan de aanbestedende overheid niet besluiten dat zij volledig hebben voldaan aan de in het bestek vermelde selectiecriteria.

[...]

2.4. Conclusie voor het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie

[...]

xxx, Hye NV en xxx zijn niet geselecteerd.

3. Regelmatigheid van de ingediende offertes

[...]

3.1.2. Volledigheid van de offerte

[...]

Zoals omschreven in de beoordeling van de selectiecriteria werden door de aanbestedende overheid de ontbrekende documenten inzake vaststaande en niet voor verandering vatbare feiten opgevraagd. Voor andere gegevens echter is de onvolledigheid niet recht te zetten, met name voor het vermelden dat hun onderaannemers nog niet gekend zijn door Hye NV en xxx.

In het bestek is uitdrukkelijk en op verschillende plaatsen (artikel 12, 67 en 69 van het KB Plaatsing en artikel 12 van de AUR) opgenomen dat de gegevens inzake onderaanneming, reeds in de offerte vermeld moeten worden.

3.2 materiële regelmatigheid: inhoudelijke conformiteit van de offertes met de opdrachtdocumenten

3.2.1 Inhoudelijke en technische conformiteit van de offerte

De offertes van Hye nv en xxx zijn wegens de hogervermelde redenen niet conform aan de essentiële administratieve en technische bepalingen van de opdrachtdocumenten. De beschreven onvolkomenheden zijn noch door de inschrijvers noch door de aanbestedende overheid te verbeteren en leiden tot de onregelmatigheid van de offerte.

[...]

3.3. Conclusie voor de formele en materiële regelmatigheid

[...]

De offertes van xxx, Hye nv en xxx zijn niet regelmatig.”

3.8. Bij brief van 20 augustus 2015 verzoekt de verzoekende partij een afschrift van het integrale gunningsverslag mee te delen, wat door de verwerende partij bij brief van 27 augustus 2015 wordt geweigerd.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij dient een pleitnota in.

De procedureregeling voorziet niet in de neerlegging van een dergelijke nota. De Raad van State zal die nota hierna dan ook niet in zijn beoordeling betrekken in zoverre deze meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting ter terechtzitting.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken

5.1.1. In haar nota vraagt de verwerende partij om vertrouwelijke behandeling van de offertes van de nv Herbosch-Kiere en van de verzoekende partij, de gevoerde briefwisseling tussen de aanbestedende overheid en de inschrijvers en het integrale gunningsverslag.

5.1.2. De verzoekende partij vraagt om vertrouwelijke behandeling van haar stuk nr. 3 “Overzicht van maximumpercentages die per deelopdracht aan een onderaannemer zouden kunnen worden toegekend”, evenals van haar stuk nr.4, zijnde haar brief van 23 juni 2015 met kennisgeving aan de nv Waterwegen & Zeekanaal van de materiële vergissing die werd begaan inzake het bezorgen van de lijst met voorgestelde onderaannemers en stuk 5, zijnde haar offerte.

Daarnaast vraagt zij uitdrukkelijk om de vertrouwelijkheid op te heffen van het volledige aanbestedingsverslag met alle bijlagen, waaronder de gewisselde briefwisseling tussen het bestuur en de andere aannemers. Zij meent dat de opheffing ervan noodzakelijk is voor de beoordeling van haar eerste middel, waarin zij betoogt dat de verwerende partij niet op gelijke wijze is omgegaan met de inschrijvers wat de toetsing van de offertes betreft aan de modaliteiten die in de opdrachtdocumenten werden opgenomen inzake het beroep op onderaannemers en de selectievereisten die specifiek werden opgelegd met betrekking tot onderaannemers.

Ter terechtzitting blijft de verzoekende partij er bij dat “het haar volledig onmogelijk wordt gemaakt om het debat te voeren met tegenspraak op grond van stukken van het dossier die evident relevant zijn voor de beoordeling van haar beide middelen”. Zij dringt er dan ook op aan de vertrouwelijkheid van de deze documenten op te heffen en haar de gelegenheid te geven deze in te zien en eventueel haar middelen uit te breiden.

5.2.1. Artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ bepaalt:

“De verhaalinstantie moet de vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de informatie die is vervat in door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar overgelegde dossiers, ook al kan zijzelf van deze informatie kennis nemen en deze in haar beschouwing betrekken. Het komt deze instantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze informatie moeten worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en van de eerbiediging van het recht van verweer van de procespartijen en met het vereiste dat de procedure op alle onderdelen het recht op een eerlijk proces eerbiedigt.”

5.2.2. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergegeven in de inventaris bij het verzoekschrift, respectievelijk in de nota.

Zoals de Raad van State reeds herhaaldelijk oordeelde lijkt het niet raadzaam om reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen.

Wat het integrale beoordelingsverslag betreft, blijkt dat de verzoekende partij overeenkomstig artikel 8, § 1, 1°, van voormelde wet van 17 juni 2013, een uittreksel ontving met de motieven waarom haar offerte en die van een andere inschrijver, wiens naam onleesbaar werd gemaakt, niet werd geselecteerd; aldus blijkt minstens niet *prima facie* waarom haar rechten van verdediging en recht op eerlijk proces zouden zijn geschonden, in de zin dat zij zich niet afdoende zou kunnen verdedigen tegen de bestreden beslissing door de vertrouwelijke behandeling van het volledige verslag. Zoals de verwerende partij in haar nota terecht vaststelt, blijkt reeds uit dit uittreksel dat niet alleen de verzoekende partij maar ook een andere inschrijver, een onvolledigheid van hun offertes wordt verweten, “met name voor het vermelden dat hun onderaannemers nog niet gekend zijn”, dat deze onvolledigheid voor beide als niet recht te zetten werd beschouwd en dat “de financiële en economische draagkracht van de

voorgestelde onderaannemers [...] voor allen [is] aangetoond, behoudens voor: [de verzoekende partij en die andere inschrijver]”, nu deze “inschrijvers zich onttrekken aan [...] controle” en de “aanbestedende overheid [aldus] niet kan besluiten dat zij volledig hebben voldaan aan de in het bestek vermelde selectiecriteria”. Beide inschrijvers lijken dus wel op dezelfde wijze te zijn behandeld inzake de toetsing aan de modaliteiten die in de opdrachtdocumenten worden opgenomen inzake het beroep op onderaannemers en de selectievereisten die specifiek werden opgelegd met betrekking tot onderaannemers.

Aangezien te dezen het integrale gunningsverslag, de offerte van de nv Herbosch-Kiere en de gevoerde briefwisseling tussen de aanbestedende overheid en de inschrijvers, waarvoor de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd, volledig werden meegedeeld aan de Raad van State, kan de Raad ten slotte deze wel zelf in zijn beoordeling betrekken. De grief van de verzoekende partij dat voor andere inschrijvers wel rekening zou zijn gehouden zijn met dezelfde of vergelijkbare achteraf opgevraagde informatie, die in haar geval zou zijn genegeerd, lijkt geen bevestiging te vinden in deze stukken. De verzoekende partij blijkt dan ook verkeerdelijk uit te gaan van de hypothese dat “alle andere offertes het voorwerp [hebben] uitgemaakt van [...] onvolkomenheden, die alle betrekking hebben op de selectie en meer bepaald de selectie-eisen die in de opdrachtdocumenten werden opgenomen met betrekking tot de onderaannemers, m.n. in de hypothese dat voor meer dan 30 % beroep zou worden gedaan op één en dezelfde onderaannemer”.

In het kader van de onderhavige procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid lijkt aldus niet aangetoond dat de betrokken stukken dermate als niet vertrouwelijk zijn aan te merken dat deze vanuit het oogpunt van een recht op eerlijk proces in dit stadium noodzakelijk dienen te worden meegedeeld, te meer nu de verzoekende partij ook zelf haar offerte, haar brief van 23 juni 2015 gericht aan de verwerende partij en haar stuk met haar berekeningen van de maximumpercentages die per deelopdracht aan een onderaannemer zouden kunnen worden toegekend, als vertrouwelijk neerlegt.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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 beslissingen 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 beslissingen kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van het eerste en tweede middel

7.1. De verzoekende partij put een eerste en een tweede middel uit de schending van artikel 3,15°, en artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), artikel 95 en de artikelen 12, 67 en 69,

van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) *juncto* artikel 12 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’ (hierna: koninklijk besluit Uitvoeringsregels), artikel 59 van het koninklijk besluit Plaatsing, de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: formele motiveringswet), het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en uit de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

7.1.1. Zij vecht in een eerste middel aan dat haar offerte materieel onregelmatig werd beschouwd, terwijl in de motieven volgens haar niets te bespeuren valt omtrent de precieze reden daartoe: er waren geen abnormale prijzen aan de orde en de vermeldingen inzake de onderaannemers hebben niets te maken met de prijzen, noch met de termijnen en de technische specificaties, zodat het *a fortiori* niet kan gaan om essentiële bepalingen.

Wat de “zogenaamde onvolledige informatie met betrekking tot de onderaannemers” betreft, betoogt zij dat zij in de offerte heeft vermeld beroep te zullen doen op onderaannemers en naar waarheid in het offerteformulier heeft ingevuld dat het gedeelte van de opdracht dat in onderaanneming wordt gegeven nog niet gekend is en dat de specifieke onderaannemers die hiervoor zullen worden aangewend evenzeer nog niet gekend zijn en dit ook geldt voor wat de erkenningen van deze onderaannemers betreft. Het dispaaraat karakter van de onderdelen van de opdracht voor aanneming van werken en de budgettaire beperkingen zijn redelijkerwijze niet van aard om reeds op het ogenblik van de offerte zelf te bepalen welk onderdeel van de opdracht precies aan welke onderaannemer zal worden toevertrouwd. Op dat ogenblik kunnen immers de exacte en concrete aard, plaats en omvang van de deelopdrachten nog niet redelijkerwijze door de inschrijver worden bepaald. Uitsluitend het aanbestedend bestuur beslist binnen de raamovereenkomst autonoom wanneer welke werken precies gewenst zijn, zodat slechts op het ogenblik van het bestellen van de deelopdracht de inschrijver redelijkerwijze kan inschatten of het opportuun is de deelopdracht zelf dan wel door een onderaannemer te laten uitvoeren.

Gelet op de eigen rechtsaard van de raamovereenkomst, die erin bestaat concrete bestellingen te plaatsen na het sluiten van de raamovereenkomst, meent de verzoekende partij dan ook dat indien de aanbestedende overheid in dat geval toepassing maakt van de artikelen 12 koninklijk besluit Plaatsing en artikel 12 koninklijk besluit van 14 januari 2013, deze bepalingen enkel in die zin kunnen worden gelezen dat de gevraagde informatie slechts ten vroegste kan worden verstrekt op het ogenblik van het plaatsen van de concrete bestelling.

Bovendien doet de verzoekende partij geen beroep op de financiële en economische draagkracht van de onderaannemers om zelf te kunnen voldoen aan de in de opdrachtdocumenten gestelde minimumeisen, heeft zij in haar offerte nergens gezegd een beroep te zullen doen op eenzelfde onderaannemer voor meer dan 30% van de opdracht, zodat uiteraard ook geen documenten dienden te worden gevoegd inzake minimumeisen met betrekking tot de onderaannemers en kan uit eenvoudig nazicht, zoals zij toelicht in haar verzoekschrift en wat het bestuur blijkbaar ook zelf bij machte was om te berekenen bij andere offertes, worden afgeleid dat de maximumpercentages met betrekking tot de gedifferentieerde werken, waarvoor een onderaannemer zou kunnen worden ingezet, nergens meer dan 30% bedragen.

De verzoekende partij wijst er vervolgens op dat zij hoe dan ook in een navolgende brief van 23 juni 2015 melding heeft gemaakt van een materiële vergissing en een lijst heeft overgemaakt van onderaannemers gekoppeld aan het soort werken, evenwel opnieuw met de precisering dat de exacte onderaannemers uiteraard nog niet gekend zijn, nu het nog niet geweten is welke dringende onderhoudswerken al dan niet zullen moeten worden uitgevoerd. De gevoegde informatie bevatte bijgevolg enkel een lijst van onderaannemers waaruit de verzoekende partij de meest geschikte onderaannemer zal kiezen, van zodra een deelopdracht wordt besteld en het bijgevolg mogelijk is voor de specifieke deelopdracht al dan niet een specifieke onderaanneming te kiezen.

Zij meent dat de aanbestedende overheid wel degelijk rekening had kunnen en moeten houden met deze bijkomende informatie inzake de selectie. De aanbestedende overheid heeft overigens aanvullende gegevens hieromtrent van concurrerende waterbouwaannemers wel aanvaard. Naar verzoekende partij heeft

vernomen, maakt het aanbestedingsverslag uitdrukkelijk melding van “gevraagde gegevens” aan de gekozen inschrijver – met betrekking tot de inzetbaarheid van medewerkers en de daaraan verbonden attesten en getuigschriften – en aan de thv Artes Roegiers - Artes Depret met betrekking tot de onderaannemers en het gedeelte van de opdracht dat zij zullen uitvoeren, waarop deze zou hebben geantwoord minder dan 30% van de werken in onderaanneming te zullen geven.

De verzoekende partij betwist ten slotte ook dat de met voormelde brief van 23 juni 2015 meegedeelde lijst van de onderaannemers waarop mogelijks een beroep kan worden gedaan, met vermelding van hun erkenningen en onderverdeeld al naargelang het soort werken, niet vaststaande en voor verandering vatbare gegevens zou betreffen. Er bestaat volgens haar geen tegenspraak tussen de vermelding in de offerte dat nog niet is geweten welk gedeelte van de opdracht aan welke onderaannemer zal worden gegeven en de bevestiging in de brief van 23 juni 2015 dat slechts kan worden beslist over de aanwending van de onderaannemers op het ogenblik van plaatsing van de concrete bestellingen voor deze of gene dringende onderhoudswerken. Zij wijst er in dit verband opnieuw op dat het bestuur voor de beoordeling van de volledigheid en bijgevolg de regelmatigheid van de andere offertes duidelijk heeft toegelaten “ontbrekende documenten” toe te voegen, terwijl in haar geval zogenaamd “de onvolledigheid” niet kon worden rechtgezet, namelijk voor het vermelden van de onderaannemers.

7.1.2. In een tweede middel beroept de verzoekende partij “zich uitdrukkelijk op de schending van de gelijke behandeling met betrekking tot [de] nochtans cruciale informatie met betrekking tot de selectie-eisen”, meer bepaald in “de beoordeling van alle offertes en de wijze waarop er vooraf werd onderzocht in welke mate de andere waterbouwaannemers al dan niet beantwoorden aan voormelde selectie-eisen en vervolgens een al dan niet regelmatige offerte hebben ingediend”.

Zij herhaalt in dit middel:

“Dat het bestuur klaarblijkelijk ‘onvolkomenheden’ heeft vastgesteld met betrekking tot alle waterbouwaannemers die alle klaarblijkelijk te maken hebben met selectie-eisen;

Dat het bestuur klaarblijkelijk toegelaten heeft dat deze waterbouw-aannemers de gelegenheid hebben gekregen om met toepassing van artikel 59 KB Plaatsing de overgelegde inlichtingen en documenten met betrekking tot de selectie aan te vullen of nader toe te lichten”.

Beoordeling

7.2.1. Luidens artikel 12, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing kan de inschrijver worden verzocht om in zijn offerte het in onderaanneming gegeven gedeelte van de opdracht en de identiteit van de onderaannemers te vermelden.

De aanbestedende overheid mag in het bestek de inschrijvers dan ook verplichten om in hun offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht zij voornemens zijn in onderaanneming uit te besteden en de beoogde onderaannemers te identificeren.

Te dezen blijkt dat de aanbestedende overheid in het bestek van deze mogelijkheid gebruik heeft gemaakt (randnummer 3.3.).

7.2.2. Luidens artikel 12 van het koninklijk besluit Uitvoeringsregels mag de aanbestedende overheid eisen dat de onderaannemers van de opdrachtnemer, in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren: 1° voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid die door de opdrachtdocumenten zijn opgelegd; 2° in voorkomend geval voldoen aan de bepalingen van de wetgeving houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken.

De aanbestedende overheid heeft te dezen met toepassing van voormelde bepaling in het bestek bepaald dat de onderaannemers dienen te voldoen aan de wetgeving inzake de erkenning van de aannemers voor het deel van

de opdracht dat zij zullen uitvoeren en dat indien de inschrijver de opdracht voor meer dan 30% wenst toe te vertrouwen aan eenzelfde onderaannemer, bovendien geldt dat deze onderaannemers, in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren, moeten voldoen aan de minimumeisen inzake financiële en economische draagkracht en technische beroepbekwaamheid die door de opdrachtdocumenten zijn opgelegd.

De overheid lijkt dan ook in redelijkheid te hebben kunnen oordelen dat de verzochte opgave van de onderaannemers in de offertes, een substantiële vereiste is. Het betreft trouwens geen vereiste in verband met de regelmatigheid van de offerte, maar wel in verband met de selectie van de inschrijvers.

7.2.3. In haar offerte van 1 juni 2015 vermeldt de verzoekende partij dat onderaannemers zullen worden aangewend, maar dat nog niet gekend is welke onderaannemers, voor welke gedeelte van de opdracht en over welke erkenning zij als aannemer van werken beschikken in verhouding tot het deel van de opdracht dat zij zouden uitvoeren.

Bij brief van 23 juni 2015 laat de verzoekende partij echter weten dat een vergissing is gebeurd en de lijst van voorgestelde aannemers niet werd opgeladen via e-notification. Zij verzoekt de verwerende partij de lijst bij brief toegezonden, toe te voegen aan de offerte. Tevens verduidelijkt zij dat de melding in het offerteformulier dat nog niet is gekend wie als onderaannemer zou optreden voor de opdracht, het gevolg is van het feit dat er nog niet is geweten welke dringende onderhoudswerken beschreven in het bestek zouden moeten worden uitgevoerd.

7.2.4. De verzoekende partij argumenteert in het verzoekschrift dat het dispaaraat karakter van de onderdelen van de opdracht voor aanneming van werken alsmede de budgettaire perken bepaald in het bestek, redelijkerwijze niet van aard zijn om reeds op het ogenblik van de offerte zelf, te bepalen welk onderdeel van de opdracht aan welke onderaannemer zal worden toevertrouwd.

Er moet echter worden opgemerkt dat, hoewel hiertoe uitgenodigd door het bestek, de verzoekende partij geen bezwaar heeft opgeworpen aangaande de in het bestek opgenomen verplichting om in de inschrijving aan te geven welk gedeelte zij van de opdracht, dat enerzijds onderhoudswerken en anderzijds dringende werken als voorwerp heeft, voornemens is in onderaanneming uit te besteden en om de beoogde onderaannemers te identificeren. Bovendien bleken verscheidene andere inschrijvers wel in staat om in hun offerte te voldoen aan de voormelde verplichting. Minstens wordt hiermee de ernst van de grief waarin de verzoekende partij opwerpt dat de opdrachtdocumenten onvoldoende informatie bevatten om in het kader van een te gunnen raamovereenkomst de gevraagde gegevens al in de offerte mee te delen, gerelativeerd.

Bovendien toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de eigen rechtsaard van de raamovereenkomst, het dispaaraat karakter van de onderdelen ervan en de budgettaire beperkingen, zouden beletten dat de inschrijver aangeeft voor welke onderdelen -“hoofdstukken” of gedeelten- van de onderhoudswerken en dringende interventies, zoals gepreciseerd in de opdrachtdocumenten -“volgens de posten van de samenvattende opmeting”-, hij een beroep zal doen op onderaannemers. Zoals reeds gezegd, bleken verscheidene andere inschrijvers wel in staat om in hun offerte te voldoen aan de voormelde verplichting. Tevens lijkt de hypothese niet ondenkbaar dat daarbij voor diverse onderdelen, die samen meer dan 30% van de raamopdracht uitmaken – ook al maken ze ieder op zich minder dan 30% uit van de opdracht – een beroep wordt gedaan op eenzelfde onderaannemer.

7.2.5. In het bestek wordt betreffende de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid onder meer geëist dat de onderaannemers voldoen aan de wetgeving inzake de erkenning van de aannemers voor het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren, wat lijkt te verklaren waarom ter zake in het aanbestedingsverslag wordt geoordeeld dat het niet mogelijk is dit te controleren voor wat betreft de offerte van de verzoekende partij. Haar grief dat die vermelding in het aanbestedingsverslag “volstrekt onjuist en niet terzake doende is”, kan bijgevolg niet worden bijgevalen.

7.2.6. De verzoekende partij stelt voorts dat zij uiteindelijk bij brief van 23 juni 2015 de lijst van aannemers met erkenning en klasse heeft bezorgd, maar zij ontkent de feitelijke vaststelling in het aanbestedingsverslag niet dat ook in die brief niet wordt aangegeven voor welk gedeelte van de opdracht op onderaannemers een beroep zal worden gedaan. De verwerende partij lijkt dan ook te moeten worden bijgevalen in haar vaststelling dat zij nog steeds in de onmogelijkheid verkeert om controle, wat betreft de conformiteit met het bestek, te verrichten op eisen met betrekking tot de onderaannemers voor het deel van de opdracht dat zij zullen uitvoeren. Tevens lijkt de verzoekende partij niet te kunnen worden bijgevalen in haar argumentatie dat een lijst van onderaannemers niet “aanpasbaar” zou zijn. Weliswaar zijn op de markt beschikbare gespecialiseerde onderaannemers met hun respectieve categorie en klasse op zich niet onmiddellijk veranderlijk, de keuze van de inschrijver om voor een bepaald onderdeel of bepaalde onderdelen van de opdracht een beroep te doen op één of meer van deze op de markt beschikbare onderaannemers is dat wel. Bovendien lijkt de verzoekende partij niet aan te tonen, zelfs niet te beweren, dat die lijst, die zij beweerdelijk bij vergissing niet zou hebben opgeladen via e-notification, dateert van vóór het einde van de inschrijvingstermijn.

7.2.7. Ten slotte lijkt de bewering van de verzoekende partij dat de andere inschrijvers wel de mogelijkheid zouden hebben gehad “ontbrekende documenten” met betrekking tot de onderaannemers en het gedeelte van de opdracht dat zij zullen uitvoeren, wel nog te hebben kunnen aanvullen, zoals reeds vastgesteld, geen bevestiging te vinden in de vertrouwelijke stukken waarop de Raad vermag acht te slaan en die hij in zijn beoordeling mag betrekken. De informatie die bij de overige inschrijvers werd opgevraagd lijkt van een totaal andere aard en heeft geen betrekking op de door de verzoekende partij geviseerde bepaling in het bestek inzake de hypothese dat de opdracht voor meer dan 30 % wordt toevertrouwd aan dezelfde onderaannemer.

7.2.8. Er lijkt dan ook geen schending voor te liggen van het gelijkheidsbeginsel, noch van de andere ingeroepen beginselen en bepalingen.

Beide middelen zijn niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Kosten

9.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

9.2. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt 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 29 september 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin