

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.878 van 27 september 2016
in de zaak A. 220.134/XII-8222**

In zake: de BVBA MEDTRADEX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Van Der Snickt
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 32 A, bus 1-2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het UNIVERSITAIR ZIEKENHUIS GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Leen De Vuyst en
Alexandre Peytchev
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 augustus 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 11 augustus 2016 van de afgevaardigd bestuurder van het UZ Gent, waarbij wordt beslist:

- om enerzijds [de nv Medtradex] niet te selecteren voor de overheidsopdracht met referentie OOA/DVV/SSI/D34150352 voor een ‘raamcontract voor het leveren van detergents en detergentsverdeelsysteem ten behoeve van de centrale sterilisatie’;
- om anderzijds de overheidsopdracht met referentie OOA/DVV/SSI/D34150352 voor een ‘raamcontract voor het leveren van detergents en

detergentenverdeelsysteem ten behoeve van de centrale sterilisatie' te gunnen aan Veru Chemie nv".

II. Verloop van de rechtspleging

De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 september 2016, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wendy Van Laethem, die *loco* advocaat Jan Van Der Snickt verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Leen De Vuyst en Alexandre Peytchev, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 een overheidsopdracht uit bij wijze van een open offerteaanvraag voor een raamcontract voor de levering van detergenten en een detergentenverdeelsysteem ten behoeve van haar centrale sterilisatie.

3.2. De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 januari 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 22 januari 2016.

De aankondigingen vermelden allebei het volgende wat de vereiste vakbekwaamheid betreft:

“III.2.3) Vakbekwaamheid

Inlichtingen en formaliteiten om na te gaan of aan de vereisten is voldaan:
Een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

Eventueel vereiste minimumeisen:

Drie referenties van een installatie van een detergentenverdeelsysteem inclusief levering van detergenten, waarvan minstens één in een ziekenhuis.”

3.3. Het bijzonder bestek met referentie OOA/DVV/SSI/D34150352 is van toepassing op deze opdracht. Het bestek herneemt inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie het volgende inzake de vereiste technische bekwaamheid:

“Een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag, de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

Minimumeisen: Drie referenties (met gegevens van de contactpersoon) van installaties van een detergentenverdeelsysteem inclusief levering van detergenten, waarvan minstens één in een ziekenhuis.”

3.4. Twee inschrijvers dienen een offerte in: de verzoekende partij en de nv Veru Chemie.

3.5. Bij de offerte van de verzoekende partij is aangaande haar technische bekwaamheid een lijst van één bladzijde gevoegd met acht referenties in Zwitserland of Frankrijk. Bij vier referenties ontbreekt een contactpersoon, geen enkele ervan vermeldt een bedrag of datum. Onderaan deze lijst wordt vermeld:

“Op aanvraag kunnen we nog 35 referenties op Duits grondgebied voorleggen die werken met de detergenten en detergentverdeelsysteem van Deconex.”

3.6. Bij e-mailbericht van 17 maart 2016 en aangetekende brief van 18 maart 2016 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij:

“Wij ontvingen een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.
Graag ontvingen wij een aangepaste versie met vermelding van data en bedrag.”

3.7. Bij e-mailbericht van 18 maart 2016 bezorgt de verzoekende partij een document van Borer Chemie AG, blijkbaar haar in Zwitserland gevestigde leverancier van detergents, gedateerd op 1 maart 2016, waarin deze onderneming zes referenties met naam, bedrag, datum en contactpersoon vermeldt. Bij dit e-mailbericht is ook een aangepaste versie gevoegd van de referentielijst zoals die bij de offerte van de verzoekende partij was gevoegd. De zes referenties van Borer Chemie AG overlappen met de referenties op de lijst van de verzoekende partij.

3.8. Bij aangetekende brief en e-mailbericht van 9 juni 2016 stelt de verwerende partij onder meer de volgende vragen aan de verzoekende partij:

“- Is de firma Medtradex verdeler van de opgegeven referenties?
- Technische verduidelijking:
[...]
• De door u opgegeven referenties zijn referenties van uw fabrikant Borer Chemie. Graag ontvingen wij een referentielijst van de ziekenhuizen die de firma Medtradex zelf beleeft.”

3.9. Bij brief van 13 juni 2016 deelt de verzoekende partij het volgende mee aan de verwerende partij:

“U vraagt naar een referentielijst in het kader van de technische bekwaamheid.
Wij voldoen aan de minimumvereiste van 3 referenties, doch sta ons toe via deze begeleidende brief onze technische bekwaamheid meer toe te lichten. Een referentielijst is een indicatie, er zijn echter ook andere argumenten van toepassing.
Zoals u uit de Europese referentielijst kan opmerken is Borer Chemie als fabrikant van detergents een sterke speler in Europa en met uitbreiding over de rest van de wereld. En dit niet alleen in de medische sector maar ook in de industrie in de brede zin van het woord.

Al de opgegeven referentie[s] in Europa zijn ziekenhuizen die met producten van Borer Chemie werken maar ze aankopen via een verdeler die een samenwerking [is] aangegaan met Borer Chemie. In dezelfde geest is Borer Chemie een samenwerking aangegaan met Medtradex. Borer Chemie keurt zijn verdelers en verifieert of zij de nodige kwaliteit en service kunnen borgen.

Gelieve er ook rekening mee te houden dat Borer Chemie samen met Medtradex het doseersysteem gaat plaatsen. In die optiek zijn de Europese referenties uiterst relevant. Borer Chemie neemt zijn technische bekwaamheid mee om samen met Medtradex de installatie uit te voeren. Medtradex heeft 3 gediplomeerde en gecertificeerde techniekers in dienst die vervolgens de service na verkoop borgen en alle gevraagde testen conform de EN 15883 zullen uitvoeren.

In bijlage alvast een voorbeeld [dat] aangeeft hoe wij processen aanpakken, valideren en proefondervindelijk het verschil met de concurrent aantonen op basis van de bestaande EN 15883 Normeringen, om finaal een commitment te maken via een resultatenverbintenis.

Zoals aangegeven in het bestek kunnen wij ook bij jullie na validatie een resultatenverbintenis linken aan het vooropgestelde verbruik.

Anderzijds wensen wij aan te geven dat wij als verdeler veel meer in ons gamma hebben dan enkel Borer Chemie. Om de technische bekwaamheid te meten is ook hier relevant om te kijken wat wij reeds realiseren. Zo leveren wij jaarlijks voor een omzet van om en [bij] € 200K enkel en alleen aan Hospital Logistics. HL beheert de aanlevering van goederen voor UZ Leuven, Diest, Aarschot, enz. Ook hier in bijlage een verklaring dat wij steeds over de jaren heen met regelmaat leveren conform afspraak.

Een laatste argument [dat] wij wensen te benadrukken is onze technische service en logistiek van de goederen die in eigen beheer is. Op die manier hebben wij volledige controle op het proces en kunnen wij proactief aansturen. In onze aangepaste opslag ruimte hebben wij een continu [monitoring] van luchtvochtigheid, temperatuur en alle processen die kwaliteit borgen. Buiten producten van Borer Chemie worden hier bv ook implantaten ondergebracht die verdeeld worden door ons zusterbedrijf Simovision. Dit proces is afgelopen maand nog na inspectie van het FAGG zonder enige opmerking goedgekeurd.

Een extra plus is onze ervaring met accreditatie (JCI, NIAZ, ...), ook hier kunnen wij aangeven dat onze producten en processen volledig in lijn zijn met deze verwachtingen.

Wij hopen via dit schrijven een duidelijk beeld te scheppen over de technische bekwaamheid van ons bedrijf. Mocht u toch nog vragen hebben over ons bedrijf, werkmethode of dergelijke. Aarzel dan niet en neem contact met ons op.”

3.10. Bij aangetekende brief en een e-mailbericht van 27 juni 2016 neemt de verwerende partij opnieuw contact op met de verzoekende partij betreffende de onvolledige referenties en vraagt zij opnieuw om verduidelijking.

3.11. Bij e-mailbericht van 29 juni 2016 bezorgt de verzoekende partij uiteindelijk de volgende referentielijst aan de verwerende partij:

“6. Referenties van Medtradex:

- ✓ AZ Groeninge Kortrijk – Kurt Duvillier (hoofd csa)
Deconex Twin Zyme + PH10 – reiniging Davinci instrumenten
€ 2000 per jaar (geen doseersysteem)
- ✓ Jan Palfijn Gent – Josephien Van Laere (hoofd apotheek)
Deconex HLD PA – High Level Desinfectie endoscopen
€ 6000 per jaar (geen doseersysteem)
- ✓ Medipolis Wilrijk – Dr. Mertens
Deconex Instrument 53 – detergent ultrasoonbad
€ 1000 per jaar (geen doseersysteem)
- ✓ Focus Eye Clinic Wemmel – Dr. Evens
Deconex Instruments 53 - detergent ultrasoonbad
€ 1000 per jaar (geen doseersysteem)
- ✓ Dierenkliniek De Morette Asse –
HLD PA
€ 500 per jaar (geen doseersysteem)
- ✓ KU Leuven

De Europese referenties vermeld in onze offerte werden telkens door onze leverancier (Borer Chemie) geïnstalleerd en opgevolgd. Zij zullen ook in Benelux, als onderaannemer van Medtradex bvba, de installatie van ieder doseersysteem op zich nemen. Zodoende kunnen wij een correcte plaatsing en service garanderen aan de klant en is de Europese Referentie lijst even relevant als de beoogde Belgische referentielijst door de aanbestedende overheid.”

3.12. In het gunningsverslag van 3 augustus 2016 wordt de verzoekende partij niet geselecteerd bij gebrek aan opgave van “referenties van installaties van een detergentenverdeelsysteem”.

De andere inschrijver, de nv Veru Chemie, wordt wel geselecteerd. Diens offerte wordt regelmatig bevonden en getoetst aan de gunningscriteria. Er wordt besloten dat deze inschrijver de economisch meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend en voorgesteld om de opdracht aan hem te gunnen.

3.13. Op 11 augustus 2016 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Veru Chemie. In de gunningsbeslissing worden de

vaststellingen van het gunningsverslag ten aanzien van de kwalitatieve selectie van de verzoekende partij woordelijk hernomen.

3.14. Bij e-mailbericht en volgens de verwerende partij ook met een aangetekend schrijven van 16 augustus 2016 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissing.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. 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’ (hierna: de wet van 17 juni 2013) 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

5. Het past, gelet op de aard van de aangevoerde grieven, om eerst het tweede middel te onderzoeken en vervolgens het eerste middel.

A. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het tweede middel de schending aan van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 58 en 74 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat zij in haar offerte een opsomming van acht referenties heeft opgenomen. Deze referenties hebben betrekking op de installatie van een detergentsverdeelstelsel inclusief levering van detergents, waarvan minstens één in een ziekenhuis. Vervolgens heeft de verzoekende partij deze referenties nog meermaals verduidelijkt en aangevuld. Hieruit blijkt dat de verzoekende partij wel degelijk de gevraagde minimum drie referenties heeft voorgelegd. Haar offerte beantwoordt wel degelijk aan de kwalitatieve selectiecriteria. Door de verzoekende partij niet te selecteren miskent de verwerende partij artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006 en artikel 58 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011.

De verzoekende partij heeft het vermoeden dat de verwerende partij ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de voorgelegde referenties van “fabrikant/leverancier, Borer Chemie AG”. Hierdoor miskent de verwerende partij artikel 74 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Dit artikel laat toe de referenties van andere entiteiten in te roepen, welke ook de aard is van de juridische banden. De andere entiteiten kunnen ook optreden in de hoedanigheid van onderaannemers of leveranciers. De verzoekende partij legt naast eigen

referenties ook referenties van Borer Chemie AG voor. In haar voormeld schrijven van 13 juni 2016 aan de verwerende partij verduidelijkt de verzoekende partij hoe zij garandeert dat zij over de middelen van Borer Chemie AG kan beschikken. De verzoekende partij verwijst daarbij naar volgende passus uit dat schrijven:

“In dezelfde geest is Borer Chemie een samenwerking aangegaan met Medtradex. Borer Chemie keurt zijn verdelers en verifieert of zij de nodige kwaliteit en service kunnen borgen.

Gelieve er ook rekening mee te houden dat Borer Chemie samen met Medtradex het doseersysteem gaat plaatsen. In die optiek zijn de Europese referenties uiterst relevant. Borer Chemie neemt zijn technische bekwaamheid mee om samen met Medtradex de installatie uit te voeren.”

De verzoekende partij doet voorts gelden dat er tussen haar en Borer Chemie AG een overeenkomst van verkoopconcessie bestaat. Het bestaan van dergelijke overeenkomst kan met alle middelen van recht worden bewezen, te dezen door de inhoud van de offerte en de inhoud van haar voormeld schrijven van 13 juni 2016 aan de verwerende partij. Door deze verkoopconcessie beschikt de verzoekende partij ontegensprekelijk over de verbintenis van Borer Chemie AG om tijdens de uitvoering van de opdracht haar middelen ter beschikking te stellen aan de verzoekende partij.

Het bestaan van deze laatste verbintenis blijkt tevens uit de door Borer Chemie AG uitgevoerde wateranalyse. Het certificaat en het analyserapport werden ondertekend door Borer Chemie AG op 23 juni 2016, hetgeen de verbintenis bewijst en aantoont dat de verzoekende partij daadwerkelijk over de middelen van Borer Chemie AG kan beschikken voor de uitvoering van de opdracht.

Beoordeling

7. De verzoekende partij zet *prima facie* in het verzoekschrift niet specifiek uiteen hoe de bestreden beslissing het redelijkheidsbeginsel zou miskennen. In die mate lijkt het tweede middel reeds op het eerste gezicht niet ontvankelijk.

8. De verzoekende partij lijkt niet de geldigheid op zich te betwisten van het selectie criterium van minstens “[d]rie referenties van een installatie van een detergente verdelersysteem inclusief levering van detergents, waarvan minstens één in een ziekenhuis”.

9. De verzoekende partij richt zich enkel tegen de niet-aanvaarding van de door haar opgegeven referenties.

10. De verzoekende partij betwist niet dat zij bij haar offerte initieel enkel een lijst met referenties had gevoegd die bij nader toezien eigenlijk blijken toe te behoren aan haar Zwitserse leverancier van detergents Borer Chemie AG.

Zij doet gelden dat de verwerende partij deze aan haar leverancier toebehorende referenties had moeten aanvaarden op grond van artikel 74 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing). Overeenkomstig die bepaling kan “[e]en kandidaat of een inschrijver [...] zich voor welbepaalde opdrachten beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten. In dat geval toont hij de aanbestedende overheid aan dat hij zal beschikken over de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen, door overlegging van de verbintenis van deze entiteiten om de kandidaat of inschrijver dergelijke middelen ter beschikking te stellen”.

Het verslag aan de Koning bij dit artikel 74 verduidelijkt:

“Daartoe moet de kandidaat of inschrijver de aanbestedende overheid het schriftelijk bewijs voorleggen dat hij, indien dit noodzakelijk is voor de uitvoering van de opdracht, een beroep kan doen op de diensten van de entiteiten waarnaar hij verwijst, en dat deze entiteiten, rekening houdend met de vermelde referenties, een passend deel van de uitvoering voor hun rekening zullen nemen.” (B.S. 9 augustus 2011, 44902)

Te dezen wordt in het kader van de beoordeling van de technische bekwaamheid van de inschrijvers, als onderdeel van de selectiefase van de gunning van de betrokken opdracht, de in het verleden opgebouwde ervaring

van de inschrijver met betrekking tot het installeren en onderhouden van een detergentenverdeelsysteem en het leveren van detergenten beoordeeld.

Met de verwerende partij moet worden vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij op het eerste gezicht geen enkele concrete, geformaliseerde verbintenis lijkt te bevatten vanwege Borer Chemie AG om de middelen van deze onderneming ter beschikking te stellen van de verzoekende partij voor het uitvoeren van de betrokken opdracht.

De verzoekende partij lijkt integendeel de ambiguïteit over haar rechtsrelatie met Borer Chemie AG zelf in stand te hebben gehouden zowel in haar offerte als in haar latere antwoorden aan de verwerende partij. In de initiële offerte liet de verzoekende partij zelfs eerder uitschijnen dat zij niet eens een beroep zou doen op de draagkracht van Borer Chemie AG en dat de referenties van deze laatste aan haarzelf zouden toebehoren. In het schrijven van 13 juni 2016 maakt zij enkel gewag van “een samenwerking” maar zij merkt daarbij meteen op “dat wij als verdeler veel meer in ons gamma hebben dan enkel Borer Chemie”. In het e-mailbericht van 29 juni 2016 luidt het dan weer dat Borer Chemie AG “als onderaannemer van Medtradex bvba” zal handelen. Er blijkt niet uit het administratief dossier dat door de verzoekende partij enige vorm van samenwerkingsovereenkomst of een overeenkomst van onderaanneming werd voorgelegd aan de verwerende partij, noch dat de verzoekende partij op enig andere wijze het schriftelijk bewijs zou hebben voorgelegd dat zij met zekerheid voor de uitvoering van de opdracht een beroep zou kunnen doen op de draagkracht van Borer Chemie AG, zulks nog daargelaten de vraag of het *überhaupt* toegelaten is om dergelijke verbintenis nog aan te brengen na het indienen en openen van de offertes.

Voorts dient te worden opgemerkt dat de verzoekende partij op het eerste gezicht noch in haar offerte, noch in haar schrijven van 13 juni 2016, op enige wijze gewag lijkt te hebben gemaakt van het bestaan van een verkoopsconcessieovereenkomst tussen haar en Borer Chemie AG. Er blijkt evenmin dat zij het schriftelijk bewijs van een dergelijke overeenkomst in de loop van de gunningsprocedure zou hebben voorgelegd aan de aanbestedende overheid. Het argument inzake een verkoopsconcessieovereenkomst brengt zij pas voor het

eerst aan in het kader van de huidige procedure voor de Raad van State. Het schrijven van 13 juni 2016 waarnaar de verzoekende partij verwijst als decisief stuk in haar betoog dat er een verkoopsconcessieovereenkomst zou bestaan tussen haar en Borer Chemie AG blijkt voorts slechts enkele eenzijdige verklaringen van de verzoekende partij zelf te bevatten maar niet nader te worden gestoffeerd met bijvoorbeeld een ondubbelzinnige schriftelijke verklaring uitgaande van Borer Chemie AG dat deze haar middelen ter beschikking zal stellen van de verzoekende partij in het kader van de uitvoering van de in het geding zijnde overheidsopdracht.

Het lijkt niet in te druisen tegen de door de verzoekende partij in dit middel ingeroepen bepalingen, noch lijkt het van een onzorgvuldig selectieonderzoek te getuigen, dat de verwerende partij ondanks haar herhaald bevragen van de verzoekende partij bij blijvende ontstentenis van enig concreet schriftelijk bewijs over de rechtsverhouding tussen de verzoekende partij en Borer Chemie AG uiteindelijk heeft beslist om geen rekening te houden met de referenties die eigen zijn aan deze Zwitserse vennootschap en die op generlei wijze betrekking lijken te hebben op de eigen prestaties in het verleden van de verzoekende partij.

De stelling van de verzoekende partij, dat de verwerende partij het bestaan van een concrete rechtsverbintenis in de zin van artikel 74 van het koninklijk besluit Plaatsing had moeten afleiden uit het uitvoeren van een wateranalyse door Borer Chemie AG, kan in het licht van het voorgaande evenmin worden bijgevallen. Dit lijkt een zodanig precair feitelijk element dat de verwerende partij geen onzorgvuldig handelen kan worden toegeschreven in zoverre zij dit gegeven niet heeft beschouwd als de “overlegging van de verbintenis van deze [entiteit] om de kandidaat of inschrijver [de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke middelen] ter beschikking te stellen”.

Aldus blijkt op het eerste gezicht niet te zijn aangetoond dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing wel degelijk had moeten rekening houden met de referenties van Borer Chemie AG als referenties van de verzoekende partij zelf.

11. Wat de eigen referenties van de verzoekende partij betreft, zoals zij die alsnog aan de verwerende partij heeft bezorgd met het e-mailbericht van 29 juni 2016, kan het volgende worden opgemerkt.

Hoewel twee van deze referenties betrekking lijken te hebben op de levering van detergents aan ziekenhuizen – AZ Groeninge Kortrijk, Jan Palfijn Gent –, blijkt de verzoekende partij zelf bij vijf van de zes referenties expliciet aan te geven dat er door haar “geen doseersysteem” werd geplaatst bij de betrokken instellingen. De referentielijst lijkt bijgevolg enkel betrekking te hebben op het louter aanleveren van detergents en dit voor – al bij al – relatief kleine hoeveelheden – de hoogste waarde die in het lijstje wordt vermeldt bedraagt 6.000 euro. De zesde referentie “KU Leuven” wordt door de verzoekende partij zelfs op generlei wijze nader toegelicht.

In dat licht lijkt niet te kunnen worden ingezien dat de verwerende partij door deze referenties niet aan te merken als beantwoordend aan de in de opdrachtdocumenten vooropgestelde selectievoorwaarde van minstens “[d]rie referenties van een installatie van een detergentsverdeelsysteem inclusief levering van detergents, waarvan minstens één in een ziekenhuis”, de betrokken selectievoorwaarde zou hebben gehanteerd in strijd met de in het middel geschonden geachte bepalingen en beginselen.

12. Het tweede middel is niet ernstig.

B. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

13. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift hier de schending aan van artikel 8 van de voormelde wet van 17 juni 2013 *juncto* de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en van “de algemene beginselen van

behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.”

De verwerende partij heeft volgens de verzoekende partij haar beslissing tot niet-selectie niet afdoende gemotiveerd. De motivering van de beslissing van 11 augustus 2016 is onvoldoende draagkrachtig en de aangehaalde redenen volstaan niet om de beslissing te schragen.

De motivering van de niet-selectie beperkt zich *de facto* tot het stellen dat de verzoekende partij zelf geen referenties van installaties van een detergentenverdeelsysteem kon opgeven. Dit is onvoldoende concreet en precies. Gelet op de verduidelijkingen van de verzoekende partij op 18 maart 2016 en op 13 en 20 juni 2016 kan de verzoekende partij op grond van de motieven van de bestreden beslissing niet bepalen waarom de door haar ingediende offerte niet werd geselecteerd. Er werd geen rekening gehouden met de specifieke feitelijke aspecten van het dossier. Uit niets kan de verzoekende partij afleiden waarom de talrijk opgegeven referenties met nadere toelichtingen en verduidelijkingen niet de selectie hebben doorstaan, noch waarom haar offerte werd afgewezen.

Er werden zowel referenties van de verzoekende partij zelf als van Borer Chemie AG opgegeven. Van een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid mag worden verwacht dat zij de gevraagde aanvullingen en verduidelijkingen niet onopgemerkt en onbesproken laat. De motivering is tevens niet correct, de verzoekende partij heeft immers referenties van haarzelf voorgelegd. Gelet hierop heeft de verwerende partij gehandeld in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

14.1. Het door de verzoekende partij ingeroepen deel van artikel 8 van de wet van 17 juni 2013 betreft de plicht voor de verwerende partij om onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing aan elke niet-geselecteerde inschrijver kennisgeving te doen van de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt reeds op het eerste gezicht dat de verwerende partij te dezen wel degelijk aan deze kennisgevingplicht heeft voldaan op 16 augustus 2016 met een e-mailbericht en – volgens de verwerende partij – ook met een aangetekend schrijven. Overigens lijkt een mogelijk gebrek in de kennisgeving de rechtmatigheid van de bestreden beslissing op zich niet te kunnen aantasten.

14.2. De artikelen 2 en 3 van de voormelde wet van 29 juli 1991 verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze.

15. De bestreden beslissing is wat de niet-selectie van de verzoekende partij betreft als volgt gemotiveerd:

“Besluit van de kwalitatieve selectie

Volgende inschrijvers zijn uitgesloten of hun inschrijvingen bevatten essentiële tekortkomingen en worden dus niet geselecteerd:

Naam	Motivering
Medtradex bvba	In orde na verificatie van verklaring op eer Als minimumeis werd gevraagd om drie referenties op te geven (met gegevens van de contactpersoon) van installaties van een detergentenverdeelsysteem inclusief levering van detergenten, waarvan minstens één in een ziekenhuis. De firma zelf kon geen referenties van installaties van een detergentenverdeelsysteem opgeven.

.”

Gelet op de beoordeling van het tweede middel, lijkt deze motivering, hoewel inderdaad bondig, op het eerste gezicht een niet onjuiste weergave te vormen van de feiten zoals die onmiddellijk naar voren komen uit het administratief dossier. Uit de beoordeling van het tweede middel is gebleken dat de verwerende partij niet ten onrechte lijkt te hebben mogen besluiten dat de verzoekende partij geen eigen referenties heeft opgegeven. De materiële motiveringsverplichting lijkt aldus niet geschonden.

De verzoekende partij toont in haar middel voorts niet concreet aan waarom zij niet in de mogelijkheid was om, op grond van de bestreden

beslissing en het haar ook meegedeelde gunningsverslag, waarvan zij in ieder geval kennis kreeg vóór het indienen van het verzoekschrift, de gunningsbeslissing met kennis van zaken te betwisten. Aldus lijkt *prima facie* ook te zijn voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan. De verzoekende partij heeft trouwens, zoals vastgesteld, in haar tweede middel een omstandige inhoudelijke kritiek kunnen doen gelden op die motivering en geeft er aldus blijk van dat zij de motieven van haar niet-selectie naar behoren kende.

Ten slotte volstaan deze vaststellingen om eveneens *prima facie* niet te aanvaarden dat door de betrokken referenties niet aan te nemen de aanbestedende overheid niet aan de zorgvuldigheidsplicht zou hebben voldaan.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

VI. Besluit en kosten

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

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 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 27 september 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Greta Scheveneels, griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest