

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 242.227 van 27 augustus 2018
in de zaak A. 225.782/XII-8.592.**

In zake: de NV DIVING ENGINEERING AND
CONSULTANCY OFFICE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de Staatssecretaris voor bestrijding van de Sociale Fraude,
Privacy en Noordzee
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie, Matthias Castelein
en Michiel Descheemaeker
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 juli 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 9 juli 2018 van de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu om de opdracht voor de opkuis van het als erfgoed erkend scheepswrak Westhinder voor rekening van het fonds Leefmilieu te gunnen aan de BVBA Verlitec voor een bedrag van 55.539,00 euro (btw inbegrepen).

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 augustus 2018, om 10:00 uur.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jo Blockeel, die loco advocaat Jos Timmermans verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Matthias Castelein, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van diensten uit met als voorwerp de opkuis van het als erfgoed erkend scheepswrak Westhinder voor rekening van het fonds Leefmilieu. De opdracht betreft de opkuis van voormeld scheepswrak dat zich op de bodem van het Belgisch deel van de Noordzee bevindt op een diepte van ongeveer 30 meter. Met opkuis wordt bedoeld het vrijmaken van visnetten, vislood, en eventueel ander marien zwerfvuil dat zich op of binnen een perimeter van 10 meter rond het scheepswrak bevindt.

De opdracht wordt gegund bij wijze van onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Een aankondiging van de opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 20 maart 2018.

3.2. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek bevat vijf vereisten aangaande de technische bekwaamheid van de inschrijvers, waaronder de volgende criteria:

“Tweede criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver.

De inschrijver moet over voldoende bekwaam personeel beschikken om de opdracht naar behoren te kunnen uitvoeren. Elke duiker moet minimaal beschikken over een brevet voor technisch duiken tot op een diepte van minimum 60 meter en moet beschikken over minstens 50 duikuren op scheepswrakken in de Noordzee. De werken moeten verlopen onder coördinatie van een teamleider met minstens 10 jaar ervaring in vergelijkbare activiteiten. De werken moet steeds in team worden uitgevoerd van minstens 4 duikers, de teamleider inbegrepen. De inschrijver voegt bij zijn offerte een opgave van het personeel dat zal worden ingezet bij de realisatie van de opdracht. In deze opgave vermeldt de inschrijver de diploma's waarover dit personeel beschikt alsook hun beroepskwalificaties en ervaring.

Derde criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver.

De inschrijver moet over ten minste twee referenties aan uitgevoerde diensten beschikken die werden uitgevoerd tijdens de laatste drie jaren:

- Werken (inventarisering, maken van beeldmateriaal, schoonmaak, ...) aan als erfgoed erkende wrakken op de bodem van de Noordzee

De inschrijver voegt bij zijn offerte een lijst van de voornaamste diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De diensten worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit heeft afgegeven of medeondertekend of in geval van diensten voor een particuliere afnemer door attesten van de afnemer of bij ontstentenis eenvoudigweg door een verklaring van de dienstverlener”.

Het bestek bevat tevens onder “12.1.2.1. Selectiecriteria met betrekking tot de technische bekwaamheid van de inschrijver” de volgende “Belangrijke opmerking”:

“De inschrijver moet in zijn offerte vermelden welk gedeelte van de opdracht hij voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. De inschrijver mag slechts de volgende onderdelen van de opdracht door een onderaannemer laten uitvoeren:

- Maximum 50% van post 2”.

De gunningscriteria worden in het bestek als volgt omschreven:

“12.3.1. Lijst van de gunningscriteria.

De gunningscriteria in dalende rangorde van belangrijkheid, zijn de volgende:

- Prijs (50%)
- Kwaliteit van de werkmethode (40%)
- Uitvoeringstermijn (10%)

De quotaties voor de drie gunningscriteria zullen worden opgeteld. De opdracht zal worden gegund aan de inschrijver met de hoogste eindquotatie, nadat de aanbestedende overheid ten opzichte van deze inschrijver de juistheid van de impliciete verklaring op erewoord heeft nagegaan en op voorwaarde dat uit de controle blijkt dat de impliciete verklaring op erewoord overeenkomt met de werkelijkheid.

Kandidaten moeten een minimale totale score van 60% behalen en een minimale score van 70% op het criterium ‘kwaliteit van de werkmethode’ om in aanmerking te kunnen komen voor de opdracht.

De evaluatie van de gunningscriteria gebeurt als volgt:

Prijs

De volgende formule zal worden gebruikt om het prijs criterium te evalueren :

$(\text{Bedrag van de laagste offerte} / \text{bedrag van de offerte}) * 50 = \text{score}$

Kwaliteit van de offerte aangaande de werkmethode

Het criterium kwaliteit van de offerte aangaande de werkmethode wordt gesteld om te garanderen dat de aangeboden diensten van een goede kwaliteit zijn. Volgende subcriteria worden geëvalueerd :

- Er worden standaard monitoringsformulieren voorzien voor de monitoring van het aanwezige afval aan en rond het wrak voor, tijdens en na de opkuis en voor de monitoring van het aanwezige afval op lange termijn.
- De voorgestelde methode voor monitoring van het aanwezige afval aan en rand het wrak is compatibel met reeds bestaande beschikbare gegevens over de toestand van het wrak.
- De werkmethode houdt rekening met de huidige toestand van het wrak en beperkt de risico's op bijkomende beschadiging van het wrak.
- De werkmethode garandeert dat het opgeviste zwerfvuil aan land kan worden gebracht en kan worden aangeboden ter recyclage.
- De werkmethode garandeert de naleving van de meldingsverplichting voorafgaand aan duiken op een als onderwater erfgoed erkend wrak aan FOD Mobiliteit.
- De werkmethode garandeert de naleving van de meldingsplicht voor duiken aan het Maritiem Reddings- en CoördinatieCentrum.
- De werkmethode garandeert de naleving van de geldende veiligheidsmaatregelen.

- De werkmethode garandeert het ter beschikking stellen van de cijfergegevens betreffende de opkuis aan DG Leefmilieu en aan het grote publiek.
- De werkmethode voorziet een samenwerking met bestaande organisaties en initiatieven rond hetzelfde thema.

Elk sub-criterium zal worden geevalueerd door een evaluatie commissie bestaande uit ambtenaren van de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu op basis van de documenten, formulieren en certificaten die de kandidaten met de offerte inzenden.

Voor elk sub-criterium zullen punten worden toegekend op basis van onderstaande schaal:

<i>Evaluatie</i>	<i>Beschrijving</i>	<i>Punten</i>
Heel slecht	De prestaties van de kandidaat voor dit criterium zijn heel slecht.	0
Slecht	De prestaties van de kandidaat voor dit criterium zijn slecht.	0,25
Gemiddeld	De prestaties van de kandidaat voor dit criterium zijn gemiddeld.	0,50
Goed	De prestaties van de kandidaat voor dit criterium zijn goed.	0,75
Uitstekend	De prestaties van de kandidaat voor dit criterium zijn uitstekend.	1

Een evaluatie zal worden gemaakt, waarna voor het criterium een gemiddelde score zal worden berekend, door de scores voor de verschillende sub-criteria op te tellen en te delen door het aantal sub-criteria. Vervolgens wordt de score berekend volgens volgende formule :

$$\text{Score} = (\text{totaal punten} / \text{aantal sub-criteria}) * 40$$

Uitvoeringstermijn

Het criterium ‘uitvoeringstermijn’ zal worden ingeschat op basis van volgende formule :

$$\text{Score} = (\text{kortste uitvoeringstermijn} / \text{voorgestelde uitvoeringstermijn}) * 10$$

Het bestek bepaalt tevens dat elke vraag met betrekking tot deze opdracht uitsluitend kan gesteld worden door middel van het forum bij de aankondiging van de opdracht, toegankelijk via de site <https://enot.publicprocurement.be> en dat vragen ten laatste gesteld kunnen worden op 6 april 2018.

3.3. Met een schrijven van 11 april 2018 uit de verzoekende partij ten aanzien van de verwerende partij een aantal wettigheidskritieken met betrekking tot beide hoger vermelde selectiecriteria.

3.4. Vervolgens dienen drie inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, een offerte in.

3.5. In de gemotiveerde beslissing van de samenstelling van de shortlist van 26 april 2018 worden de drie inschrijvers op de shortlist opgenomen. Tevens wordt door de evaluatiecommissie reeds een tussentijds verslag opgesteld.

3.6. Na onderhandelingen dienen de drie inschrijvers nog een beste en finale offerte in en wordt door de evaluatiecommissie een definitief gunningsverslag opgesteld.

3.7. In de “gemotiveerde gunningsbeslissing” van 9 juli 2018 worden de offertes van de drie inschrijvers door de verwerende partij “ontvankelijk” en “regelmatig” bevonden. Tevens wordt geoordeeld dat “alle formeel en materieel regelmatige offertes voldoen aan de selectiecriteria”.

Tevens blijkt uit de “gemotiveerde gunningsbeslissing” dat de toetsing van deze beste en finale offertes aan de gunningscriteria leidt tot de volgende eindscores:

“

		DECO NV	Diveolution	Verlitec	Totaal
Gunningscriterium 1	Prijs	18.4	24.1	50	50
Gunningscriterium 2	Kwaliteit van de werkmethode	38.9	36.7	37.8	40
Gunningscriterium 3	uitvoeringstermijn	7.7	10	7.1	10
Totaal		65	70.8	94.9	100

”

Aldus wordt door de verwerende partij beslist om de opdracht te gunnen aan de BVBA Verlitec.

3.8. Met een schrijven gedateerd op 13 juli 2018, doch verzonden op 16 juli 2018, en een e-mailbericht van 16 juli 2018 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat de opdracht aan een andere inschrijver werd gegund.

IV. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. Beide partijen vragen om een aantal stukken als vertrouwelijk te behandelen en betwisten niet het vertrouwelijke karakter van deze stukken. Er belet op formeel vlak de Raad van State niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

In de huidige stand van het geding kunnen deze verzoeken tot vertrouwelijke behandeling worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 15 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 (hierna: wet van 17 juni 2013), moet, om gebeurlijk tot schorsing van de tenuitvoerlegging over te gaan, 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. Middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het eerste middel is genomen uit de schending van artikel V.4-24 van de Codex van 28 april 2017 over het Welzijn op het Werk, van het “patere legem quam ipse fecisti”-beginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel en

van de formelemotiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: motiveringswet).

“Doordat, eerste onderdeel, het Bestek de technische bekwaamheid van de inschrijver aanvaardt zodra, wat betreft de kwalificaties van de betrokken duikers, deze laatste beschikken over een brevet voor technisch duiken tot op een diepte van minimum 60 meter; de inschrijver/betrokken duikers met andere woorden worden toegelaten de Opdracht uit te voeren zodra zij beschikken over een brevet technisch duiken tot op een diepte van 60 meter (TEC 60-brevet);

Terwijl, het brevet technisch duiken tot op een diepte van 60 meter in geen geval aangemerkt kan worden als het getuigschrift van beroepsbekwaamheid bedoeld in artikel V.4-24, § 1, van de Codex over het Welzijn op het Werk;

Terwijl, het geschiktheidscriterium dat de technische bekwaamheid/beroepsbekwaamheid van de inschrijver/duikers aanvaardt zodra deze laatste over een brevet technisch duiken tot op een diepte van 60 meter of dieper beschikken, dan ook strijdig is met artikel V.4-24, § 1, van de Codex over het Welzijn op het Werk, dat bepaalt dat ‘enkel de duikers die beschikken over het getuigschrift van beroepsbekwaamheid en een geschiktheidsattest [...] duikwerkzaamheden [mogen] uitvoeren’;

Terwijl, de recreatieve duikorganisaties die voor dit technisch duiken cursussen organiseren en brevetten uitreiken geenszins te beschouwen zijn als een Belgische of buitenlandse instelling die overeenkomstig artikel V.4-24, § 2, vierde lid, van de Codex over het Welzijn op het Werk is ‘gemachtigd het getuigschrift van beroepsbekwaamheid uit te reiken’;

Terwijl, de brevetten die deze recreatieve duikorganisaties uitreiken, a fortiori geenszins aan te merken zijn als het getuigschrift van beroepsbekwaamheid bedoeld in artikel V.4-24, § 1, van de Codex over het Welzijn op het Werk;

Terwijl, het brevet technisch duiken tot op een diepte van minstens 60 meter SCUBA-duiken betreft en als dusdanig het betreffende criterium inzake technische bekwaamheid niet in overeenstemming is met de in casu te hanteren veilige duiktechniek, met name duiken met duikhelm en luchtvoorziening van de oppervlakte;

Terwijl, de inschrijvers/duikers die ten bewijze van hun technische-/beroepsbekwaamheid het SCUBA-brevet technisch duiken tot op een diepte van 60 meter voorleggen, met name niet het bewijs leveren van beroepsopleiding en -bekwaamheid op het vlak van duiken met duikhelm en luchtvoorziening van de oppervlakte (het zogenaamde ‘Surface Supplied Diving’) en zodoende het Bestek duikers tot de Opdracht toelaat die niet over het getuigschrift van beroepsbekwaamheid bedoeld in artikel V.4-24, §2, eerste, tweede en derde lid, van de Codex over het Welzijn op het Werk beschikken;

Terwijl, de bestekbepaling die er genoeg mee neemt dat de inschrijvers/duikers ten bewijze van hun technische-/beroepsbekwaamheid om de Opdracht uit te voeren, het brevet technisch duiken tot op een diepte van

60 meter of dieper voorleggen, dan ook het artikel V4.4-24, §2, eerste, tweede en derde lid, van de Codex over het Welzijn op het Werk schendt.

Doordat, tweede onderdeel, nergens uit de motieven van de Bestreden Beslissing blijkt dat Verlitec en Diveolution de verplichtingen van werkgevers van werkzaamheden in een hyperbare omgeving/duikwerkzaamheden, zoals bepaald in de Codex over het Welzijn op het Werk, naleven, evenmin als blijkt dat 1) de betrokken duikers werknemers van deze inschrijvers zijn, 2) deze duikers voldoen aan de voorwaarden inzake beroepsbekwaamheid en geschiktheid van artikel V.4-24 van de Codex over het Welzijn op het Werk, en 3) deze duikers-werknemers in voldoende aantal zijn om 50% van de opruimingswerkzaamheden van post 2 van de inventaris uit te voeren;

Doordat evenmin uit de motieven van de Bestreden Beslissing blijkt dat Verlitec en Diveolution en hun betrokken duikers aan de voorwaarden en verplichtingen van de Codex over het Welzijn op het Werk voldoen, en welke bewijzen zij desgevallend in dat verband hebben voorgelegd, in het kader van het vierde en het vijfde criterium inzake technische bekwaamheid;

Terwijl, uit de laatste paragraaf van artikel 12.1.2.1 van het Bestek inzake het beroep op de draagkracht van onderaannemers volgt dat de inschrijver 50% van de opruimingswerkzaamheden van post 2 van de inventaris met eigen werknemers moeten uitvoeren;

Terwijl, de betrokken duikers-werknemers uiteraard moeten voldoen aan de voorwaarden inzake beroepsbekwaamheid en geschiktheid van artikel V.4-24 van de Codex over het Welzijn op het Werk en de inschrijver als werkgever ten aanzien van deze duikers-werknemers alle verplichtingen moet vervullen van hoofdstuk II ‘Werkzaamheden in hyperbare omgeving’ en hoofdstuk III ‘Bepalingen betreffende de duikwerkzaamheden’ van titel 4 van boek V van de Codex over het Welzijn op het Werk”.

Beoordeling

7. De verzoekende partij lijkt niet te kunnen worden gevolgd in haar argumentatie dat de besteksbepaling onwettig is, want strijdig met artikel V.4.-24 van de Codex van 28 april 2017, omdat geen getuigschrift van beroepsbekwaamheid in de zin van deze bepaling als selectievoorwaarde wordt gesteld.

Te dezen blijkt de verwerende partij in de opdrachtdocumenten onder meer vijf selectiecriteria te hebben bepaald aangaande de technische bekwaamheid van de inschrijver.

Dat een bepaald wettelijk vereiste waaraan tijdens de uitvoering van een opdracht dient te worden voldaan, niet in het bestek wordt hernomen, lijkt het bestek op het eerste gezicht niet onwettig te maken.

8. Uit het feit dat het bestek inzake de technische bekwaamheid van de inschrijvers vereist dat zij moeten beschikken over een brevet voor technisch duiken tot op een diepte van minimum 60 meter, lijkt voorts, anders dan de verzoekende partij dit ziet, niet zonder meer te kunnen worden afgeleid dat volgens het bestek aldus duikers worden toegelaten de opdracht uit te voeren zodra zij beschikken over een brevet technisch duiken tot op een diepte van 60 meter (TEC 60-brevet). Naast het bestek lijkt immers ook rekening te moeten worden gehouden met toepasselijke wetgeving en reglementering. Bovendien wordt in de bepalingen inzake de aansprakelijkheid van de dienstverlener en de technische voorschriften van het bestek ook bepaald dat de dienstverlener instaat voor de veiligheid en de keuring van het gebruikte duikmateriaal en de naleving van alle geldende veiligheidsprocedures tijdens de werkzaamheden. Tevens bepaalt het bestek onder “punt 16.2.3. Nazicht en oplevering” dat indien tijdens de uitvoering van de diensten de beschermingsmaatregelen aan de wrakken niet worden nageleefd of de veiligheidsmaatregelen niet worden gerespecteerd, de aanbestedende overheid de opdracht kan stopzetten, zonder verdere vergoeding.

Prima facie blijkt evenmin dat de gestelde selectievereiste afbreuk zou doen aan eventuele verplichtingen die zouden gelden bij de uitvoering van duikwerkzaamheden door werknemers op grond van titel 4 van de Codex van 28 april 2017 over het Welzijn op het Werk.

In de mate dat de verzoekende partij nog aanvoert dat het betreffende criterium inzake technische bekwaamheid niet in overeenstemming zou zijn met de te dezen te hanteren veilige duiktechniek, valt op te merken dat deze grief op het eerste gezicht het beslechten van een aantal technisch vraagstukken betreft omtrent duiktechnieken. Het is niet aan de Raad van State een antwoord te bieden op een dergelijke vraag zonder deskundig advies, dat in de

huidige procedure niet kan worden ingepast, zodat de Raad zich in het kader van onderhavige procedure kan beperken tot de vaststelling dat het bestek op het eerste gezicht nergens een welbepaalde duiktechniek voorschrijft, noch gewag lijkt te maken van het door de verzoekende partij in haar verzoekschrift voorgestane onderscheid tussen de beroeps- en recreatieduiker.

9. In het licht van al het voorgaande lijkt ten slotte ook de argumentatie van de verzoekende partij dat brevetten uitgereikt door recreatieve duikorganisaties niet te beschouwen zijn als een getuigschrift van beroepsbekwaamheid bedoeld in artikel V.4-24, § 1 van de Codex over het Welzijn op het Werk en dat dergelijke organisatie niet als een Belgische of buitenlandse instelling kunnen worden beschouwd in de zin van artikel V.4-24, § 2 van de Codex, niet relevant.

10. Het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

11. Met betrekking tot het tweede middelonderdeel kan op het eerste gezicht vastgesteld worden dat het bestek geen minimumeisen inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver bevat waarin verwezen wordt naar de verplichtingen van de werkgevers van werkzaamheden in een hyperbare omgeving/duikwerkzaamheden zoals bepaald in de Codex over het Welzijn op het Werk, noch naar de voorwaarden inzake beroepsbekwaamheid en geschiktheid van artikel V.4-24 van de Codex over het Welzijn op het Werk.

Aldus valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom de verwerende partij voormelde bepalingen in haar onderzoek en de formele motivering inzake de selectie had moeten betrekken.

De verzoekende partij toont verder evenmin aan dat van een aanbestedende overheid bij het nagaan of de inschrijvers aan de gestelde selectievereisten voldoen, dient te worden verwacht dat zij ook nader onderzoek voert naar de naleving van alle verplichtingen die werkgevers hebben op grond van

titel 4 “werkzaamheden in een hyperbare omgeving” van de Codex van 28 april 2017 over het Welzijn op het Werk.

Voorts lijkt in het kader van een selectie niet te kunnen worden verwacht van een aanbestedende overheid dat ze elk detail te kennen geeft voor elk selectie criterium in het licht van elk document zoals door de inschrijvers voorgelegd, hierbij telkenmale de positieve redenen aangevende waarom een kandidatuur niet zou moeten worden verworpen

Uit de gunningsbeslissing blijkt dat de verwerende partij na onderzoek geoordeeld heeft dat alle inschrijvers voldoen aan de selectiecriteria. Op het eerste gezicht lijkt de gekozen inschrijver bij zijn offerte bovendien onder meer bewijzen en attesten te hebben toegevoegd ter ondersteuning van het vierde en vijfde criterium inzake de technische bekwaamheid van de inschrijver. Anders dan de verzoekende partij dit ziet, blijkt op het eerste gezicht nergens uit het bestek dat deze geschiktheidsvereisten gesteld in het vierde en vijfde criterium inzake de technische bekwaamheid uitsluitend gelezen en begrepen kunnen worden in het licht van de voorwaarden en verplichtingen van titel 4 “werkzaamheden in een hyperbare omgeving” van boek V “Omgevingsfactoren en fysische agentia” van de Codex over het Welzijn op het Werk”.

In de mate dat de verzoekende partij ten slotte nog aanvoert dat niet blijkt dat de duikers-werknemers in voldoende aantal zijn om 50% van de opruimingswerkzaamheden van post 2 van de inventaris uit te voeren, dient te worden gewezen op de reeds geciteerde ‘belangrijke opmerking’ onder “12.1.2.1. Selectiecriteria met betrekking tot de technische bekwaamheid van de inschrijver” in het bestek.

Nu niet blijkt dat de gekozen inschrijver beroep zal doen op onderaannemers, diende de verwerende partij op het eerste gezicht hieromtrent geen formele motivering opnemen in de bestreden gunningsbeslissing. Voorts blijkt prima facie uit de stukken van het administratief dossier dat de verwerende

partij effectief heeft onderzocht of de gekozen inschrijver al dan niet voornemens is om in onderaanneming te geven en beschikt over voldoende bekwame duikers.

Ook het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. Het tweede middel is genomen uit de schending van het “patere legem quam ipse fecisti”-beginsel, dan wel in ieder geval van de formelemotiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet.

“Doordat, uit de motieven van de Bestreden Beslissing geenszins blijkt dat Verwerende Partij de in het Bestek bepaalde subgunningscriteria en beoordelingsmethodiek heeft toegepast bij de toetsing van de offertes/BAFO’s aan het tweede gunningscriterium;

Doordat bovendien als motivering voor de beoordeling op grond van het tweede gunningscriterium louter één (1) score voor elke offerte wordt weergegeven;

Terwijl, overeenkomstig het patere legem quam ipse fecisti-beginsel Verwerende Partij toepassing diende te maken van de/het door haarzelf in het Bestek bepaalde subgunningscriteria en beoordelingsmethodiek;

Terwijl, de afdoende formele motiveringsplicht voor kwalitatief inhoudelijke gunningscriteria een woordelijke motivering vereist en een loutere puntentoekenning niet volstaat”.

Beoordeling

13. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij ook afleidt uit de motiveringswet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Daarnaast is een aanbestedende overheid op grond van het hier ook ingeroepen “patere legem”-beginsel ertoe gehouden om de regels die zij in haar eigen bestek heeft opgelegd, te eerbiedigen.

14. Uit de samenlezing van de bestreden gunningsbeslissing met het voorlopig en definitief evaluatieverslag opgesteld door de evaluatiecommissie blijkt op het eerste gezicht dat de verwerende partij, in tegenstelling tot waar de verzoekende partij van uitgaat, bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium, wel degelijk toepassing heeft gemaakt van de in het bestek bepaalde subgunningscriteria en beoordelingsmethodiek.

Uit de motivering blijkt voorts op het eerste gezicht ook dat de offertes van alle inschrijvers zowel in het voorlopig als in het definitief evaluatieverslag voldoen aan het vereiste om een minimale score van 70 % te halen op het criterium “kwaliteit van de werkmethode” zoals bepaald in het bestek.

In de mate in dit middel een schending wordt aangevoerd van het “patere legem”-beginsel, lijkt het dan ook feitelijke grondslag te missen.

15. Luidens artikel 29, §1, van de wet van 17 juni 2013, dat te dezen van toepassing is, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op, onder meer wanneer zij de opdracht gunt, ongeacht de procedure, en informeert zij schriftelijk elke inschrijver met een geweerde of niet gekozen offerte dat zijn offerte werd geweerd of niet gekozen. Elke inschrijver van wie de offerte niet werd gekozen kan binnen een termijn van dertig dagen na de datum van verzending van die informatie de gemotiveerde beslissing opvragen (derde lid). De aanbestedende instantie deelt deze aanvullende informatie schriftelijk mee binnen een termijn van vijftien dagen vanaf de datum van ontvangst van het verzoek (vierde lid).

Uit de gegevens van de zaak blijkt dat de verzoekende partij bovendien geen gebruik lijkt te hebben gemaakt van deze mogelijkheid.

In de mate de verzoekende partij ter zitting aanvoert dat zij door de vermelding in de kennisgeving dat de gemotiveerde gunningsbeslissing werd meegedeeld, zou zijn misleid, lijkt een gebrek in de kennisgeving niet van aard om de wettigheid van de gunningsbeslissing aan te tasten. Gelet op de verwijzing in de gunningsbeslissing naar het onderzoek van de beste en finale offertes in het raam van de gunningscriteria in het bestek enerzijds en de reeds in het bestek aangekondigde wijze van beoordeling aan de hand van een evaluatiecommissie anderzijds, kon de verzoekende partij zelf er niet zonder meer van uitgaan dat de kennisgeving reeds de integrale motivering van de bestreden beslissing omvatte

16. Anders dan de verzoekende partij dit ziet, blijkt te dezen de motivering voor de beoordeling op grond van het tweede gunningscriterium niet beperkt te zijn tot de loutere weergave van één globale puntenscore per offerte, doch blijkt aan deze puntenscores de meer uitvoerige motivering opgenomen in het evaluatieverslag van de evaluatiecommissie ten grondslag te liggen, dit overeenkomstig de in het bestek bepaalde subgunningscriteria en beoordelingsmethodiek. In de bestreden beslissing wordt er ook op gewezen dat “de best and final offers werden onderzocht in het raam van de gunningscriteria vermeld in het bestek”.

Ook in de mate een schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd, lijkt het middel dan ook niet ernstig.

Derde middel

Uiteenzetting van het middel

17. Een derde middel is genomen uit de schending van artikel 7 van de wet overheidsopdrachten van 17 juni 2016, van artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing in de klassieke sectoren van 18 april 2017, evenals van het zorgvuldigheidsbeginsel.

“Doordat, duidelijk blijkt dat Verwerende Partij, niettegenstaande de meer dan substantieel lagere offerteprijs van Verlitec, niet het minste prijsonderzoek uitvoerde;

Terwijl, op grond van artikel 35 van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 en het zorgvuldigheidsbeginsel ook bij de onderhandelingsprocedure de aanbestedende overheid een prijsonderzoek mag en moet voeren, te meer in het geval zij geconfronteerd wordt met een manifest substantieel lage prijs;

Terwijl, het onbegrijpelijk en onaanvaardbaar is dat Verwerende Partij naliet te onderzoeken of de respectieve inschrijvers met de geboden prijzen wel degelijk de geldende sociaal- en arbeidsrechtelijke verplichtingen naleefden en konden naleven, waarbij verwezen wordt naar de voorwaarden en verplichtingen van titel 4 ‘Werkzaamheden in een hyperbare omgeving’ van boek V ‘Omgevingsfactoren en fysische agentia’ van de Codex over het Welzijn op het Werk;

Terwijl, Verwerende Partij zich hierdoor dreigt medeplichtig te maken aan de onwettige en onveilige uitvoering van duikwerkzaamheden, en bijgevolg zelfs, als het slecht afloopt, aan ongevallen met ernstige of zelfs fatale afloop”.

Beoordeling

18. Artikel 7 van de wet van 17 juni 2016 “inzake overheidsopdrachten” luidt:

“De ondernemers zijn ertoe gehouden alle toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Europees Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage II vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht, na te leven en te doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt voor de uitvoering van de opdracht.

Onverminderd de toepassing van de sancties bedoeld in andere wettelijke, reglementaire of conventionele bepalingen, worden de inbreuken op de in het eerste lid bedoelde verplichtingen vastgesteld door de aanbesteder en treft de aanbesteder zo nodig de maatregelen voor inbreuken op de bepalingen van de opdracht”.

Het tweede lid van deze wetsbepaling lijkt de aanbesteder slechts te verplichten om zo nodig maatregelen te treffen nadat een inbreuk op de naleving van toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht werd vastgesteld.

De verzoekende partij laat na te concretiseren welke inbreuk de verwerende partij in huidig stadium van de procedure bij het prijsonderzoek reeds had kunnen en moeten vaststellen.

19. Artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 “plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren” luidt:

“De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs-of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken”.

De aanbestedende overheid beschikt hier bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen over een ruime discretionaire bevoegdheid. De Raad van State mag zich in de uitoefening van zijn wettigheidscontrole niet in de plaats van die overheid stellen, doch mag desgevraagd wel nagaan onder meer of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

Uit de stukken van het administratief dossier, meer bepaald de nota overgemaakt aan de inspecteur van financiën op 16 februari 2018 bij de opstart van de procedure, blijkt dat de verwerende partij de opdracht geraamd heeft op een bedrag van 55.000 euro (btw inbegrepen). De verwerende partij heeft zich hierbij gesteund op een marktonderzoek én op eenzelfde procedure die vorig jaar werd opgestart maar die moest worden stopgezet. Er mag in de huidige stand van het geding dan ook worden aangenomen dat de verwerende partij zich een onderbouwd oordeel heeft kunnen vormen over de kostprijs van de opdracht.

De verzoekende partij betwist niet het realistisch karakter van de raming en het gebruik daarvan als algemene maatstaf.

Hoewel de prijzen van de drie inschrijvers uiteenlopen, blijkt de prijs zoals opgegeven in de offerte van de gekozen inschrijver de vooropgetelde raming het meest te benaderen.

Bovendien blijkt dat het bestek de inschrijvers te dezen oplegde om reeds in hun offerte een gedetailleerde samenstelling van de prijzen op te geven.

Voorts heeft de verwerende partij bij de gekozen inschrijver een concretisering voor de invulling van post 5 (Systeem voor lange termijn monitoring) ter gelegenheid van de onderhandelingen opgevraagd. Daarnaast blijkt de verwerende partij ook inschrijver Diveolution te hebben gevraagd om meer informatie te bezorgen met betrekking tot hoe de prijzen werden samengesteld.

De verzoekende partij lijkt aldus niet te kunnen worden gevolgd in haar grief dat geen prijsonderzoek werd verricht van de offerte van de gekozen inschrijver.

Ook het derde middel is niet ernstig.

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, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van
zevenentwintig augustus 2018, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer,
samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bart Tettelin,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bart Tettelin

Eric Brewaeys