

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.095 van 30 november 2018
in de zaak A. 221.703/XII-8340**

In zake: de NV DECKX ALGEMENE ONDERNEMINGEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 maart 2017, strekt tot de nietigverklaring van “[d]e beslissing van het Vlaams Gewest, Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Wegen en Verkeer Vlaams-Brabant, dd. 19 december 2016, waarbij wordt beslist om [de nv Deckx Algemene Ondernemingen] niet te selecteren voor de overheidsopdracht van werken ‘A3/E40 Leuven-Brussel, Heraanleg E40 richting Brussel Fase 1-Bertem -> Sterrebeek’ (bestek 1M3D8F/16/40) en deze opdracht te gunnen aan de THV NV Aswebo – NV BAM Contractors”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Jonas Riemslagh heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 september 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Jonas Riemslagh heeft een 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 voor werken “A3/E40 Leuven-Brussel, Heraanleg E40 richting Brussel Fase 1-Bertem -> Sterrebeek”. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 oktober 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 12 oktober 2016.

De gunningswijze is de open offerteaanvraag.

3.2. In het toepasselijke bestek 1M3D8F/16/40 wordt het voorwerp van de opdracht als volgt omschreven:

“De werken worden uitgevoerd op de E40 tussen het complex Bertem (kmpt. 15,300) en het complex Sterrebeek (kmpt. 9,200) en omvatten hoofdzakelijk:

- Het creëren van een nieuwe doorsteek in de middenberm ter hoogte van het complex Sterrebeek (kmp. 9,000)
- Het affrezen van de asfaltverharding (gemiddelde diepte 4 cm), het uitbreken van de DGB verharding (gemiddelde dikte 20-21 cm), het uitbreken van de sandwichlaag in KWS beton, en het uitbreken van de bestaande fundering in mager beton.
- Het vervangen van deze DGB-verharding door een nieuwe continue steenslagfundering 25 cm, 2 onderlagen (8 & 9 cm AVS-B), en een toplaag van 4 cm SMA-C2.
- De gedeeltelijke uitbraak en vernieuwing van de betonnen greppel richting Brussel (in de zones zonder pechstrook, 2030m).
- De plaatsing van nieuwe thermoplastische structuurmarkeringen.
- De renovatie van 3 bovenbruggen (B16, B20 en B21) boven de E40 en 3 onderbruggen (O17, O18 en O19) onder de E40.
- De heraanleg van de carpoolparking van Bertem, gelegen in het complex E40 x N3 te Bertem.”

De gunningscriteria zijn de inschrijvingsprijs op 70 punten en de uitvoeringstermijn op 30 punten.

In het bestek wordt onder meer bepaald:

“Naast de wettelijke en reglementaire voorschriften zijn de volgende documenten op deze aanneming van toepassing:

- Het Standaardbestek 250 [hierna: SB 250] voor de wegenbouw, versie 3.1 van 2014 [...].”

Ook wordt inzake selectie “Art. 69. Technische bekwaamheid” vermeld:

“Onverminderd de bepalingen betreffende de erkenning van aannemers van werken, tonen de inschrijvers hun technische bekwaamheid aan met de volgende referentie(s) (genummerd!):

[...]

- BIJLAGE 3: de COPRO &/of BENOR certificaten en de registraties volgens SB250 v3.1 van de voorgestelde asfaltmengsels voor de verhardingen, betonsamenstellingen voor de nieuwe gegoten constructies (goten), en de technische fiches van de voorgestelde funderingsmengsels.

[...]

De aanbestedende overheid kan elke offerte, waarbij deze documenten niet zijn bijgevoegd, onvolledig of incorrect zijn, nietig verklaren.”

3.3. De verzoekende partij, de thv nv Aswebo–nv BAM Contractors, de thv nv Wegebo–nv VBG en de nv Viabuild dienen elk een offerte in.

3.4. Met een brief van 21 november 2016 onder verwijzing naar artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ word aan de verzoekende partij gevraagd haar prijs voor diverse posten te verantwoorden. Met een brief van 2 december 2016 deelt zij een prijsverantwoording mee. Een gelijkaardige prijsverantwoording wordt gevraagd aan de thv nv Aswebo–nv BAM Contractors.

3.5. In het gunningsverslag van 14 december 2016 worden de verzoekende partij, de nv Viabuild en de thv nv Wegebo–nv VBG niet geselecteerd om de volgende redenen:

“3.4 Technische bekwaamheid

De inschrijver diende volgens KB 15/7/2011 zijn technische bekwaamheid aan te tonen aan de hand van de volgende referenties (genummerd):

[...]

- BIJLAGE 3: de COPR en/of BENOR certificaten en de registraties volgens SB250 v3.1 van de voorgestelde asfaltmengsels voor de verhardingen, betonsamenstellingen voor de nieuwe gegoten constructies (goten), en de technische fiches van de voorgestelde funderingsmengsels.

Inschrijver	Nazicht
Deckx Algemene Ondernemingen nv	NOK; technische fiches SMA, AVS-B beton lineaire elementen, mager beton en steenslagfundering IA toegevoegd. De technische fiche voor de steenslagfundering gaat echter in tegen het basisprincipe van het bestek, om geen recuperatie materialen in de fundering toe te laten. De ingediende technische fiche voorziet namelijk recuperatie van freesasfalt. Verder ontbreken enerzijds de registraties volgens SB250 v3.1 van de voorgestelde asfaltmengsels en anderzijds het COPRO certificaat van de sandwichlaag ABT-B.
THV nv Aswebo – nv	OK ; technische fiches en registraties

BAM Contractors	volgens SB250 v3.1 voor SMA-C2, AVS-B, ABT-B, beton lineaire elementen en steenslagfundering IA toegevoegd. Alle technische fiches voldoen aan de voorwaarden van het bestek.
Viabuild nv	NOK ; technische fiches voor SMA-C2, AVS-B, fundering type IA en beton lineaire elementen zijn toegevoegd. De registraties volgens SB250 v3.1 voor de asfaltmengsels en COPRO certificaat van de sandwichlaag ABT-B ontbreken.
THV nv Wegebo – nv VBG	NOK ; technische fiches en registraties volgens SB250 v3.1 voor SMA-C2, AVS-B, ABT-B, beton lineaire elementen en steenslagfundering IA toegevoegd. De technische fiche voor de steenslagfundering IA gaat echter in tegen het basisprincipe van het bestek, om geen recuperatie materialen in de fundering toe te laten. De ingediende technische fiche voorziet namelijk recuperatie van freesasfalt. De overige technische fiches voldoen aan de voorwaarden van het bestek.

[....]

Besluit over selectie

feiten	inschrijver
De ingediende technische fiche voor de steenslagfundering IA voorziet recuperatie van freesasfalt, wat ingaat tegen het basisprincipe van het bestek om geen recuperatie materialen in de fundering toe te laten. Bovendien ontbreken de gevraagde registraties voor de asfaltmengsels volgens SB250 v3.1, alsook het COPRO certificaat voor sandwichlaag ABT-B. De inschrijver voldoet bijgevolg niet aan de selectievoorwaarden en wordt niet geselecteerd	Deckx Algemene Ondernemingen nv
De inschrijver voldoet aan de selectievoorwaarden.	THV NV Aswebo – nv BAM Contractors
De inschrijver voldoet niet aan de selectievoorwaarden en wordt niet	Viabuild nv

geselecteerd vanwege het ontbreken van de gevraagde registraties voor de asfaltmengsels volgens SB250 v3.1 en het COPRO certificaat voor sandwichlaag ABT-B	
De ingediende technische fiche voor de steenslagfundering IA voorziet recuperatie van freesasfalt, wat ingaat tegen het basisprincipe van het bestek om geen recuperatie materialen in de fundering toe te laten. De inschrijver voldoet bijgevolg niet aan de selectievoorwaarden en wordt niet geselecteerd.	THV nv Wegebo – nv VBG

Algemeen besluit over toegangsrecht
Werden uitgeloten: geen enkele inschrijver
Werden niet geselecteerd:

- Deckx Algemene Ondernemingen nv
- Viabuild nv
- THV nv Wegebo – nv VBG.”

De offerte van de enige geselecteerde inschrijver, de thv nv Aswebo – nv BAM Contractors, wordt als regelmatig beoordeeld en getoetst aan de gunningscriteria. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan deze inschrijver.

3.6. Op 19 december 2016 wordt de opdracht gegund aan de thv nv Aswebo – nv BAM Contractors en dit onder uitdrukkelijke instemming met de motieven van het gunningsverslag. Dit is de bestreden gunningsbeslissing.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

4.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord een exceptie van onontvankelijkheid op. Zij stelt dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering tot nietigverklaring, aangezien zij hoe dan ook nooit kan worden geselecteerd.

Volgens de verwerende partij voldoet de verzoekende partij niet aan de vereisten vermeld als “Bijlage 1” in de opsomming in het kader van de selectiecriteria. Op grond van deze bepaling moesten de inschrijvers hun technische bekwaamheid aantonen met:

“referenties omtrent gelijksoortige opdrachten met uitvoering van asfaltverhardingen SMA-C2 en AVS-B, zowel qua omvang (min. 100.000 m² van zowel AVS-B als SMA-C2) als qua uitvoeringstermijn (10.000m²/24u), uitgevoerd tijdens de laatste 5 jaar (te rekenen vanaf de datum opening offertes van deze opdracht tot datum einde der werken referentiewerk). De referenties worden gestaafd door getuigschriften van goede uitvoering ondertekend door de opdrachtgever, waarin de types asfalt, de oppervlaktes, de uitvoeringstermijn en bijhorende rendementen vermeld worden, en de vermelding dat het werk tot voldoening van de overheid werd uitgevoerd.”

Uit nazicht van de inschrijving van de verzoekende partij blijkt volgens de verwerende partij dat zij geen referenties heeft bijgebracht die voldoen aan deze vereisten van het betrokken selectie criterium. Zij stelt dat uit de omschrijving van het selectie criterium volgt dat de referenties zowel minimum 100.000 m² van AVS-B als minimum 100.000 m² van SMA-C2 moeten betreffen, terwijl zij de referenties die de verzoekende partij heeft voorgelegd als volgt samenvat:

- een referentie uit 2012 met een oppervlakte van +/- 85.000 m² onderlaag en +/- 180.000 m² top laag;
- een referentie uit 2011 met een oppervlakte van +/- 370.000 m² onderlaag en +/- 75.000 m² top laag;
- een referentie uit 2013 met een oppervlakte van +/- 32.000 m² en +/- 110.000 m² top laag.

Aangezien de verzoekende partij enkel referenties heeft aangevoerd die maar voor één laag – ofwel de onderlaag AVS-B, ofwel de top laag SMA-C2 – de minimumwaarde van 100.000 m² bereiken en geen referenties waarbij de minimumwaarde voor beide lagen tegelijkertijd wordt bereikt, voldoet de verzoekende partij niet aan het betrokken selectie criterium (“Bijlage 1”) en kan zij hoe dan ook niet worden geselecteerd.

4.2. De verzoekende partij betwist deze exceptie in haar memorie van wederantwoord en repliceert dat in de betrokken besteksbepaling nergens

wordt gesteld dat er in één referentie tegelijkertijd een toplaag SMA-C2 van 100.000 m² en een onderlaag AVS-B van 100.000 m² moet zijn aangelegd. Zij leidt uit de bewoordingen van de bepaling, waaronder het gebruik van de meervoudsvorm “referenties”, af dat de referenties van, enerzijds, SMA-C2 en, anderzijds, AVS-B allebei een minimum oppervlakte van 100.000 m² moeten omvatten, maar niet dat deze samen in één referentie moeten verwezenlijkt zijn.

De verzoekende partij wijst er ten slotte op dat de verwerende partij die mening initieel ook was toegedaan, aangezien in het gunningsverslag over het betrokken selectiecriterium over de offerte van de verzoekende partij werd gesteld: “OK; 3 referenties”.

4.3. De verzoekende partij merkt in haar laatste memorie op dat de aangevoerde exceptie het onbetwistbare karakter, dat hier is vereist, mist. Overigens, zo vervolgt zij, mist de exceptie ook feitelijke grond.

4.4. De verwerende partij betwist in haar laatste memorie dat de door haar opgeworpen exceptie dient te worden verworpen. Het moet volgens haar niet gaan om een exceptie die de verzoekende partij niet betwist; evenmin moet het gaan om een exceptie “dewelke een diepgaand onderzoek vereiste vanwege de aanbestedende overheid”. Ten andere, zo beklemtoont zij, “vergt het antwoord op de vraag of verzoekende partij voldoet aan de selectiecriteria geen diepgaand onderzoek vanwege de aanbestedende overheid”, noch vanwege de Raad. “Bovendien volgt het antwoord uit een feitelijke controle van de offerte.”

Vervolgens argumenteert de verwerende partij zeer uitgebreid dat de besteksvereisten duidelijk bepalen dat de referentie de beide minimumgrenzen dient te behalen.

Beoordeling

4.5. De verwerende partij heeft in het gunningsverslag en dienvolgens impliciet in de bestreden beslissing geoordeeld dat de verzoekende partij wel degelijk voldeed aan het betrokken selectiecriterium.

Een verwerende partij mag zich in beginsel niet voor het eerst in de procedure voor de Raad van State op de onregelmatigheid van de offerte van een verzoekende partij beroepen als deze niet in de bestreden beslissing werd opgemerkt. Dergelijke exceptie wordt maar aangenomen wanneer ze voor de Raad een onbetwistbaar karakter heeft.

De verwerende partij toont niet aan dat haar exceptie onbetwistbaar of louter feitelijk is; het betreft voorts en vooral een juridische discussie over de draagwijdte van de kwestieuze besteksbeplating. Alleen al om die reden wordt de exceptie niet bijgevalen.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5.1.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 58 en 69 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011) en van de materiële motiveringsplicht.

Volgens de verzoekende partij zijn deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de verwerende partij beslist heeft om de verzoekende partij niet te selecteren voor de opdracht ‘A3/E40 Leuven-Brussel, heraanleg E40 richting Brussel Fase 1-Bertem -> Sterrebeek’ om reden dat (1) de ingediende technische fiche voor de steenslagfundering IA recuperatie van freesafalt voorziet, wat ingaat tegen het bestek, en (2) de gevraagde registraties voor de asfaltmengsels volgens SB250 v3.1 alsook het COPRO-certificaat voor de sandwichlaag ABT-B ontbreken, en de verwerende partij de opdracht vervolgens heeft gegund aan de THV NV Aswebo – NV BAM Contractors als zijnde de meest voordelige regelmatige inschrijver, zonder de offerte van de verzoekende partij verder inhoudelijk te beoordelen in het licht van de toepasselijke gunningscriteria; Dat de verwerende partij aldus beslist heeft om de verzoekende partij niet te selecteren omdat de in het bestek in ‘artikel 69 Technische bekwaamheid’ gevraagde referenties als bijlage 3 niet allemaal zijn gevoegd dan wel incorrect zijn;

Terwijl de door de verwerende partij gestelde selectie-eis, tot voorlegging van ‘de COPRO- en/of de BENOR-certificaten en de registraties volgens SB250 v3.1 van de voorgestelde asfaltmengsels voor de verhardingen, betonsamenstellingen voor de nieuwe gegoten constructies (goten), en de technische fiches van de voorgestelde funderingsmengsels’, niet peilt naar de technische bekwaamheid van de inschrijvers om de opdracht te kunnen uitvoeren, maar wél de uitvoering van de opdracht en de intrinsieke waarde van de offerte betreft, want betrekking heeft op diverse materialen die verwerkt dienen te worden in de uit te voeren werken;

Dat op grond van artikel 58 KB Plaatsing de aanbestedende overheid overgaat tot de selectie van de inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan de bepalingen betreffende het toegangsrecht en aan de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 67 tot 79;

Dat voor Europese opdrachten, zoals de onderhavige opdracht, de bewijsmiddelen voor de verificatie en het nazicht van de technische bekwaamheid limitatief zijn opgesomd in artikel 69 KB Plaatsing, en de aanbestedende overheid in dat geval, en bovendien zeker indien zij opteert voor de enkele toepassing van artikel 69 KB Plaatsing zoals in deze ook het geval, zij enkel de referenties/bewijsmiddelen kan vragen die in artikel 69 KB Plaatsing zijn bepaald;

Dat weliswaar overeenkomstig artikel 69, 6° KB Plaatsing ter bewijs van de technische bekwaamheid van de inschrijvers een verklaring kan worden gevraagd ‘welke de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de aannemer voor het verlenen van de opdracht beschikt’, wat echter wijst op de werktuigen, het materieel en het gereedschap dat door de aannemer wordt gebruikt bij de uitvoering van de opdracht, doch geenszins betrekking heeft op het materiaal dat door de aannemer verwerkt dient te worden in de werken;

Dat de asfaltmengsels, de betonsamenstellingen en de funderingsmengsels allen materiaal betreffen dat verwerkt dient te worden in de uit te voeren werken;

Dat aldus de betrokken selectie-eis onwettig is, want deze niet ressorteert onder één van de bewijsmiddelen die limitatief zijn opgesomd in artikel 69 KB Plaatsing minstens deze op geen enkele wijze peilt naar de technische bekwaamheid van de inschrijver, en aldus ook de beslissing tot de niet-selectie van de verzoekende partij een schending inhoudt van de artikelen 58 en 69 KB Plaatsing;

Dat de verzoekende partij aldus onwettig niet werd geselecteerd en de verwerende partij gehouden was de verzoekende partij wél te selecteren, nu alle informatie ter beoordeling van de technische bekwaamheid is overgelegd, en de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij derhalve mee diende te beoordelen in het licht van de gunningscriteria;

Dat aldus ook niet vaststaat dat de gekozen inschrijver THV NV Aswebo NV BAM Contractors de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend, nu de verzoekende partij een lagere prijs heeft geboden dan die gekozen inschrijver en een zelfde uitvoeringstermijn van minimaal

38 kalenderdagen, zodat ook artikel 25 Overheidsopdrachtenwet 2006 geschonden is;

Dat ook de materiële motiveringsplicht geschonden is, want de in de gunningsbeslissing opgenomen motivering voor de niet-selectie van de verzoekende partij in rechte, maar ook in feite onjuist is; Dat uit de door de verzoekende partij verstrekte prijsverantwoording voor (o.a.) de eenheidsprijs van de post 71 immers blijkt dat de verzoekende partij in de steenslagfundering gebruik zal maken van recuperatie betonpuin, wat door het bestek wel is toegelaten, en dus niet van freesasfalt.”

Concreet wijst de verzoekende partij erop dat zij niet werd geselecteerd omdat (1) de ingediende technische fiche voor de steenslagfundering IA de recuperatie van freesasfalt voorzag, hetgeen inging tegen het bestek, en (2) de gevraagde registratie voor de asfalmengsels volgens SB250 v3.1 alsook het COPRO-certificaat voor de sandwichlaag ABT-B ontbraken.

Zij stelt dat de selectiecriteria met betrekking tot zowel de steenslagfundering IA als de asfalmengsels en de sandwichlaag ABT-B materialen betreffen die door de aannemer verwerkt moeten worden in de uit te voeren werken en bijgevolg onderdeel zijn van de uit te voeren opdracht zelf. Deze selectiecriteria hebben bijgevolg uitsluitend betrekking op materialen die in de werken moeten worden verwerkt en peilen niet naar de geschiktheid en de technische bekwaamheid van de inschrijvers om de opdracht uit te voeren.

De verzoekende partij besluit dat om de voormelde redenen de selectie-eis onwettig is. Daardoor is de bestreden beslissing tot niet-selectie onwettig, wegens schending van de artikelen 58 en 69 van het koninklijk besluit plaatsing 2011. Ook de materiële motiveringsplicht is aldus geschonden evenals artikel 25 van de voormelde wet van 15 juni 2006.

5.1.2. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij op de eerste plaats twee ontvankelijkheidsexcepties ten aanzien van het middel op waarna zij ingaat op de grond van de zaak.

5.1.2.1. In een eerste exceptie stelt de verwerende partij in essentie dat de mogelijkheid voor een verzoekende partij om in het kader van een procedure tot nietigverklaring van een gunningsbeslissing de wettigheid van het bestek nog

in vraag te stellen, ingaat tegen het Europeesrechtelijke beginsel van de rechtszekerheid. Zij steunt zich hierbij op de doeltreffendheids- en rechtszekerheidsvereisten die ten grondslag liggen van de Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’ (hierna: rechtsbeschermingsrichtlijn). De verzoekende partij heeft de onwettigheid van het bestek niet vooraf medegedeeld aan de verwerende partij – de verwerende partij alludeert op het mogelijke bestaan van een waarschuwingsplicht – noch is de verzoekende partij met een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals voorzien in 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’ tegen het bestek en de gunningsbeslissing opgekomen.

5.1.2.2. In een tweede exceptie klaagt de verwerende partij het onzorgvuldig gedrag van de verzoekende partij aan, waaruit zij een gebrek aan actueel belang afleidt. De verzoekende partij is niet diligent geweest bij het aanvoeren van de onwettigheid. Met verwijzing naar het arrest van de Raad van State van 13 juli 2010, nr. 206.598, Neorec en gekoppeld met haar stelling over de waarschuwingsplicht of de zorgvuldigheidsplicht die op de inschrijver rust, stelt zij dat indien een inschrijver, zoals hier het geval is, “via een bestek wordt aangemaand om eventuele gebreken in het bestek te melden [doch dit niet heeft gedaan], niet meer op ontvankelijke wijze de onwettigheid van dit bestek kan aanhalen in het raam van een procedure bij uw Raad”. In dat geval heeft een inschrijver volgens haar zijn recht verwerkt om nog een beroep te doen op de leer van de complexe rechtshandeling of op artikel 159 van de Grondwet.

5.1.2.3. Ten gronde argumenteert de verwerende partij in essentie dat het betrokken selectie criterium [betreffende de registratie en certificatie van asfaltmengsels en betonsamenstellingen], wel degelijk betrekking heeft op de knowhow, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid van de inschrijver.

5.1.3. In haar laatste memorie merkt de verwerende partij nog op dat de leer van de complexe rechtshandeling inzake overheidsopdrachten

geëvolueerd is van een problematiek van ontvankelijkheid *ratione temporis* naar een problematiek van actueel belang, dus ontvankelijkheid *ratione personae*.

De verwerende partij benadrukt dat de verzoekende partij voldoende kans heeft gehad om een doeltreffend beroep tegen de kwestieuze besteksbepaling in te dienen doch dit heeft nagelaten. Voorts volstond een melding van de besteksonregelmatigheid aan de aanbestedende overheid, wat weinig formalistisch is; te dezen beschikte de verzoekende partij over één maand “welke onbetwistbaar een redelijke termijn is”, en ruim langer dan de termijn van vijftien kalenderdagen om een gunningsbeslissing bij de Raad aan te vechten; het moet trouwens gaan om een meteen zichtbaar wettigheidsbezwaar. Ook merkt de verwerende partij op dat zij het verschil niet ziet tussen een dergelijke “Neoreclausule” en artikel 86 van het koninklijk besluit plaatsing 2011, dat een specifieke uiting is van een meer algemene plicht inzake zorgvuldigheid en inzake het handelen als een goede huisvader.

Beoordeling

5.2.1. In het bestek is de volgende clausule opgenomen:

“Door het indienen van een offerte aanvaarden de inschrijvers onvoorwaardelijk de inhoud van de opdrachtdocumenten en aanvaarden ze door de bepalingen ervan gebonden te zijn. Indien een inschrijver in verband met de inhoud van de opdrachtdocumenten rechtmatigheidsbezwaren heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende brief uiterlijk tien kalenderdagen voor de opening van de offertes bekend te maken aan de aanbestedende overheid met omschrijving van de redenen.”

De draagwijdte die de verwerende partij aan deze bepaling geeft, namelijk dat ze de verzoekende partij zou verhinderen zich in rechte te beroepen op een besteksonwettigheid die zij volgens deze bepaling tijdig had moeten melden aan de aanbestedende overheid maar niet heeft gedaan, kan niet worden aanvaard.

Op de eerste plaats toont de verwerende partij, die het bestek hier reglementair acht, niet wat de rechtsgrond is voor een aanbestedende overheid om in het bestek bepalingen op te nemen die de toegang tot een rechter

procedureel en inhoudelijk regelen. Voorts, in zoverre een aanbestedende overheid hierover regelgevend mag optreden, bezwaart de strekking van de voormelde besteksclausule de toegang tot de rechter fundamenteel. Deze clausule laat, mede gelet op de fase van voorbereiding van de offerte waarin de inschrijver zich dan bevindt, een relatief korte termijn aan een geïnteresseerde inschrijver voor reactie, er wordt geen procedure uitgewerkt waaraan een aanbestedende overheid zich bij een eventueel bezwaar dient te houden en er wordt slechts in zeer algemene zin naar rechtmatigheidsbezwaren verwezen. Niettemin heeft deze clausule volgens de verwerende partij, zoals in de huidige zaak is gebleken, bijzonder verstekkende gevolgen voor de inschrijver.

In die omstandigheden beschouwt de Raad de kwestieuze besteksbepalingshoogstens als een aansporing voor de geïnteresseerde inschrijvers om de aanbestedende overheid te helpen de gunningsprocedure in zo goed mogelijke banen te leiden.

5.2.2. Mede vanuit dat vertrekpunt bekeken slaagt de verwerende partij er voorts niet in aan te tonen dat de verzoekende partij onzorgvuldig, niet diligent of in strijd met een behoorlijk burgerschap zou hebben gehandeld door niet onmiddellijk, nog voor de indiening van haar offerte, bezwaar, eventueel in rechte, te maken tegen het kwestieuze selectie criterium en hierdoor het beginsel van de rechtszekerheid, dat mede ten grondslag ligt aan de voormelde richtlijn 89/665/EEG, zou hebben miskend. Voorts is een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen de gunningsbeslissing evenmin vereist om een ontvankelijk beroep tot nietigverklaring in te dienen.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt niet dat uit deze richtlijn voortvloeit dat het rechtszekerheidsbeginsel, dat dient te worden afgewogen aan het rechtsbeschermingsbeginsel, de redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver er in elk geval toe verplicht om onmiddellijk bezwaar te maken tegen elke eventueel onwettige of onduidelijke voorbeslissing, zoals een besteksbepalingsis. Dit blijkt zeker niet wanneer deze besteksbepalingsde kandidaat-inschrijver niet verhindert op zinvolle wijze deel te nemen aan de gunningsprocedure, zoals hier het geval is.

Voorts dient de context van een gunningsprocedure in herinnering te worden gebracht en is het evident dat een inschrijver zich in eerste instantie concentreert op de offerte zelf; er moet in beginsel dan ook niet van hem in dit stadium van de gunningsprocedure – tenzij er bijvoorbeeld sprake is van kwade trouw – worden verwacht dat hij overgaat tot een juridische check-up van elke besteksbepaling of de procedurekeuze betwist.

In concreto belette het betrokken selectie criterium de verzoekende partij hier niet om op een zinvolle wijze aan de gunning deel te nemen, evenmin als bij de drie andere inschrijvers. Er zijn hier ook geen aanwijzingen dat de aard van de opdracht en de opdracht documenten dermate zijn dat van een inschrijver mocht worden verwacht dat hij het bestek op voorhand deskundig liet bestuderen en screenen op mogelijke juridische disputen.

Zo ook valt de Raad de verwerende partij niet bij waar zij betoogt dat het hier om een meteen zichtbaar wettigheidsbezwaar gaat. Het door de verzoekende partij aangebrachte middel, namelijk dat het kwestieus selectie criterium niet de inschrijver maar de offerte of de uitvoering van de opdracht betreft, wordt door de verwerende partij uitgebreid betwist. Het bezwaar lijkt dan ook niet van die aard dat het voor een inschrijver, gespecialiseerd in wegenwerken, dermate apert is dat het hem zou mogen worden verweten niet onmiddellijk de aanbestedende overheid of een rechter te hebben gevat.

5.2.3. De excepties worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de Auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 november 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest