

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 243.853 van 28 februari 2019
in de zaak A. 227.318/XII-8690**

In zake: de BVBA ADEDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Verhaegen
kantoor houdend te 9040 Sint-Amandsberg
Victor Braeckmanlaan 53
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partij:

de NV AANNEMINGEN M. & J. BRAET
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 januari 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging :

“1. van de beslissing vanwege het Agentschap Maritieme Dienstverlening en Kust – Afdeling Kust dd. 12 december 2018, waarbij de offerte van [de bvba Adede] in het kader van de overheidsopdracht ‘Opsporen en

ruimen van conventionele en toxische explosieven' (bestek nr. 16EH/18/23) niet werd gekozen;

2. alsmede van de beslissing waarbij [het Vlaamse Gewest] de betreffende opdracht aan een andere inschrijver gunt, de N.V. Aannemingen M. en J. Braet te Nieuwpoort voor een bedrag van 900.000,00 euro incl. btw,
3. alsook van de daaruit blijkende impliciete beslissing om de betreffende overheidsopdracht niet aan [de bvba Adede] te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 11 februari 2019 heeft de nv Aannemingen M. en J. Braet gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 februari 2019, om 10.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Frank Verhaegen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sophie Bleux, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Peter Flamey en Evi Mees, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Het agentschap Maritieme Dienstverlening & Kust, afdeling Kust, schrijft een opdracht uit voor het “Opsporen en ruimen van conventionele en toxische explosieven”.

De opdracht wordt gegund door middel van een openbare procedure voor aanneming van werken. Het bestek nr. 16EH/18/23 is van toepassing. De aanbestedende overheid heeft het recht de opdracht geheel of gedeeltelijk te verlengen in één of meerdere malen met een maximale looptijd van vier jaar.

3.2. De opdracht wordt op 26 september 2018 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Nadien volgen nog drie rectificatieberichten.

3.3. Het voorwerp van de opdracht is volgens het bestek “het opsporen en ruimen van conventionele en toxische explosieven (CTE) op de stranden en in de duinen van de Vlaamse Kust”.

De werken worden in het bestek als volgt omschreven:

“De werken omvatten het vrijmaken van de stranden van CTE’s (mijnen, granaten, tellermijnen, projectielen en bommen...) tot op een diepte van minimum 2m onder het strandpeil op het ogenblik van de uitvoering.

- De uit te voeren handelingen omvatten hoofdzakelijk:
- het opsporen van ferromagnetische anomalieën op het droog strand, getijdenstrand en onder de laagwaterlijn
- aan de hand van opgemaakte kaarten, graaftabellen en beoordelingen, het vrijgraven van de verdachte anomalieën, het bepalen van de aard van de eventuele gevonden CTE’s.
- Het verlenen van de nodige bijstand bij:
 - het verwijderen of het ter plaatse vernietigen door het Ministerie van Landsverdediging, Dienst voor Opruiming en Vernietiging van Ontploffingstuigen (DOVO)
 - de opzoekingswerken uitgevoerd door de archeologische diensten.
- Het uitgraven en afvoeren van anomalieën die geen CTE zijn.”

3.4. Het bestek bepaalt 5 gunningscriteria met elk een eigen weging:

1. de inschrijvingsprijs (20 punten);
 2. kwaliteit van de veiligheid (10 punten);
 3. kwaliteit van de volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE (10 punten);
 4. kwaliteit van team (7 punten);
 5. kwaliteit van de bewaring van het bestaande milieu (3 punten),
- met als uitsluitingscriterium het niet-behalen van een minimum van 21/30 punten voor de criteria 2 tot en met 5.

3.5. Drie ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming met offerte in: de verzoekende partij, de nv Aannemingen M. & J. Braet, en de bvba BOM-be.

3.6. De opening van de offertes vindt plaats op 29 oktober 2018.

3.7. Op 19 november 2018 wordt een beoordelingsverslag van de ingediende offertes opgesteld.

De verwerende partij komt na onderzoek tot de conclusie dat zowel de verzoekende partij als de nv Aannemingen M. & J. Braet voldoen aan alle selectievoorwaarden. Zij worden aldus geselecteerd.

De bvba BOM-be wordt niet geselecteerd omdat zij niet voldoet aan de vereiste technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid.

Vervolgens gaat de verwerende partij over tot het regelmatigheidsonderzoek.

Zowel de offerte van de verzoekende partij als de offerte van de gekozen inschrijver worden regelmatig bevonden, en aan de vijf gunningscriteria getoetst.

Wat het criterium prijs betreft, heeft de verzoekende partij een prijsopgave gedaan van 679.348,39 euro, btw inbegrepen, en de gekozen inschrijver een prijsopgave van 643.613,74 euro, btw inbegrepen. Volgens de in het bestek vastgelegde formule worden aan de gekozen inschrijver 20 punten toegekend, en aan de verzoekende partij 19 punten.

Voor de overige 4 gunningscriteria wordt aan de beide inschrijvers het maximum van de punten toegekend. De gekozen inschrijver behaalt aldus een totaalscore van 50/50 en de verzoekende partij 49/50.

3.8. Hierop beslist de verwerende partij op 12 december 2018 om de opdracht te gunnen aan de nv Aannemingen M. & J. Braet. Bij deze beslissing wordt het gunningsverslag van 19 november 2018 gevoegd om er integraal deel van uit te maken, en het wordt geheel onderschreven.

Met een ter post aangetekende brief van 14 januari 2019 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte voor de betrokken opdracht niet is gekozen, met als bijlage een afschrift gezonden van het verslag van de beoordelingscommissie en van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij heeft ter terechtzitting een “pleinota inzake vertrouwelijkheid” neergelegd. Deze nota, die niet is voorzien in de procedureregeling, wordt slechts bij de beoordeling van de vordering betrokken in de mate dat zij de neerslag is van de mondelinge uiteenzetting ter terechtzitting.

V. Tussenkost

5. De nv Aannemingen M. & J. Braet blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkost worden ingewilligd.

VI. Vertrouwelijkheid van de stukken

6.1. De verwerende partij heeft de offertes van de inschrijvers als vertrouwelijke stukken neergelegd, aangezien het om commerciële gegevens gaat die zeer gevoelige informatie bevatten, vooral wat de prijszetting betreft.

6.2. De tussenkomenende partij beroept zich uitdrukkelijk op de organieke vertrouwensregeling in de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ wat betreft de volledige offerte, haar samenvattende meetstaat en haar saldibalans grootboekrekening, jaarrekening en boekhoudkundige stukken met betrekking tot de jaren 2015, 2016 en 2017, aangezien deze stukken gegevens bevatten die behoren tot het zakengeheim, alsook gegevens die inzicht kunnen bieden op de interne kostenstructuur, en waarvan de bekendmaking de toekomstige marktwerking kan verstoren.

6.3. Ter terechtzitting vraagt de verzoekende partij de opheffing van de vertrouwelijkheid van deze stukken, teneinde de juistheid te kunnen nagaan van het verweer van de verwerende partij en de tussenkomenende partij waarin wordt aangevoerd dat de door de verzoekende partij in het eerste middel en het eerste onderdeel van het tweede middel aangevoerde grieven feitelijke grondslag missen, hierbij verwijzend naar de gegevens vermeld in de als vertrouwelijk neergelegde stukken.

6.4. Het lijkt niet raadzaam om te dezen reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van gegevens die door de tussenkomenende partij in het kader van de door haar ingediende offerte aan de verwerende partij werden bezorgd, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijver te bewerkstelligen, zoals door de verwerende partij en de tussenkomenende partij op het eerste gezicht terecht wordt aangevoerd. In de huidige stand van het geding lijkt het ook niet aangetoond dat de lichter van de vertrouwelijkheid van deze gegevens noodzakelijk zou zijn vanuit

het oogpunt van het recht op een eerlijk proces, temeer daar de Raad van State de vertrouwelijk neergelegde stukken wel bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen mag betrekken. Bijgevolg blijven de door de verwerende partij en de tussenkomende partij als vertrouwelijk neergelegde stukken niet ter inzage van de verzoekende partij.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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.

7.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van:

- artikel 71 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016);
- de artikelen 65, 67, 73, § 1, en 76, § 1, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit plaatsing 2017);
- deel C, titel 1, hoofdstuk 12, afdeling 3, van het toepasselijk bestek nr. 16EH/18/23;
- het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*;
- de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, “annex het beginsel van behoorlijk bestuur betreffende de motiveringsverplichting luidens hetwelk overheidsbeslissingen op in feite en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund; schending van het zorgvuldigheidsbeginsel”.

In een eerste onderdeel van het middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat het bestek vereist dat een inschrijver aantoont dat deze als onderneming gemiddeld over de laatste drie boekjaren een specifieke omzet van minstens 500.000 euro exclusief btw heeft behaald met betrekking tot het opsporen en het ruimen van conventionele en toxische explosieven (hierna: CTE), doch dat het niet aannemelijk is dat de gekozen inschrijver, die, zoals blijkt uit zijn website, een algemene bouwonderneming is in gevel- en betonrenovatie, water- en

betonbouw en ruwbouw, een gemiddeld omzetcijfer van 500.000 euro in deze activiteiten heeft behaald, met uitzondering eventueel van het boekjaar 2015. De verklaring van de gekozen inschrijver en diens bedrijfsrevisor dient dan ook “ten eerste in twijfel [...] te worden getrokken”. Zij stelt dat van een zorgvuldig optredende aanbestedende overheid mag worden verwacht dat zij de verkregen offertes aan een nauwkeurig en gedetailleerd onderzoek onderwerpt in het licht van de specifieke selectiecriteria die zij zelf van toepassing heeft verklaard. Te dezen blijkt noch uit het beoordelingsverslag noch uit de gunningsbeslissing dat de verklaring van de bedrijfsrevisor op het vlak van de specifiek vereiste omzet op haar waarachtigheid is onderzocht.

In een tweede onderdeel van het middel voert de verzoekende partij aan dat artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 een ondernemer toelaat om voor een welbepaalde opdracht zich te beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten, inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, voor zover deze ondernemer ten behoeve van de aanbestedende overheid aantoont dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, namelijk door de overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten. Uit het beoordelingsverslag blijkt dat door de gekozen inschrijver enkel een intentieverklaring met enkele onderaannemers werd gevoegd, zonder dat hieruit blijkt of er wel degelijk sprake is van een verbintenis in de zin van het koninklijk besluit plaatsing 2017. Een loutere intentieverklaring kan niet met een actieve verbintenis worden gelijkgesteld, minstens blijkt geenszins dat de ingeroepen onderaannemers effectief hun middelen ter beschikking zullen stellen voor het uitvoeren van de specifieke opdrachten inzake het opsporen en opruimen van de CTE. Uit het beoordelingsverslag blijkt aldus niet dat een zorgvuldig onderzoek heeft plaatsgevonden en dat door de gekozen inschrijver de voorwaarde als bepaald in artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, wordt ingevuld.

Beoordeling

Eerste onderdeel

8.2. Het bijzonder bestek dat de opdracht beheerst, bepaalt inzake de economische en financiële draagkracht wat volgt:

“De inschrijvers tonen hun financiële en economische draagkracht aan door de volgende documenten:

[...]

2) Een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is (uitvoeren opdrachten opsporen en ruimen van CTE) over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum of van de datum waarop de inschrijver met zijn activiteit is begonnen;

Selectie criterium: De specifieke omzet moet gemiddeld over de laatste drie boekjaren 500.000 euro excl. BTW bedragen.

De inschrijver dient de vereiste bewijsstukken toe te voegen aan de offerte.”

Het beoordelingsverslag verduidelijkt over het voldoen aan het selectie criterium: “Braet doet opgave van de totale omzet en van de specifieke omzet over de laatste drie jaar, gestaafd door een verklaring van de bedrijfsrevisor”.

8.3. Uit de aan de Raad van State voorgelegde vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad bij zijn beoordeling mag betrekken, blijkt dat de gekozen inschrijver een specifieke omzet heeft, die het vereiste van gemiddeld over de laatste drie boekjaren 500.000 euro exclusief btw, overschrijdt. De cijfers die de gekozen inschrijver hanteert om aan te tonen dat zij voldoet aan het vereiste, zijn gefiatteerd door twee bedrijfsrevisoren.

8.4. De verzoekende partij trekt wel in twijfel, maar maakt geenszins aannemelijk waarom aan de specifieke omzet van de gekozen inschrijver zou moeten worden getwijfeld. In overeenstemming met artikel 67, § 1, tweede lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, laat het bestek een verklaring betreffende de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de opdracht is, over ten

hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, toe om aan te tonen dat de inschrijver beschikt over de vereiste economische en financiële draagkracht. Dergelijke verklaring werd door de gekozen inschrijver voorgelegd, die bovendien werd bijgevallen door twee bedrijfsrevisoren. Dit gegeven wordt vermeld in het gunningsverslag, wat volstaat als motivering, nu de verwerende partij de verklaring accepteert.

Daarenboven kan de verwerende partij geen onzorgvuldigheid of schending van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* worden toegerekend wanneer zij een door artikel 67, § 1, tweede lid, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 en de op de opdracht toepasselijk bestek toegestane verklaring, bijgevallen door twee bedrijfsrevisoren, aanvaardt. De boekhoudkundige documenten waarop deze verklaring is gesteund, werden daarenboven ook bij de offerte gevoegd. Niets wijst erop dat de betrokken bedrijfsrevisoren hun opdracht niet naar behoren en zoals wettelijk vereist zouden hebben uitgevoerd.

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

Tweede onderdeel

8.6. Wat de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid betreft, bepaalt het bestek:

“De inschrijvers tonen hun technische bekwaamheid aan door de volgende referentie(s):

- 1) De inschrijver legt een nota voor waarin aangetoond wordt dat hij beschikt over volgende aantoonbare kennis en ervaring:
 - o grondige kennis van de CTE, die kunnen worden aangetroffen in het onderzoeksgebied;
 - o kennis van de algemene samenstelling en van de specifieke gevaren van de verschillende soorten CTE, die kunnen worden aangetroffen in het onderzoeksgebied;
 - o kennis van en ervaring met de verschillende detectiemethodes op het vlak van CTE;
 - o de aanmaak van kaartmateriaal.
 - o identificatie van de CTE: deze identificatie omvat niet alleen het benoemen van de CTE, doch tevens het benoemen van de hoofdsoort, ondersoort, kaliber of type, eventueel geplaatste ontsteker(s), land

- van herkomst, wapeningstoestand en gevarentoestand; kennis van en ervaring met de verschillende detectiemethodes op het vlak van CTE;
- o kennis van de gevaren verbonden aan het laagsgewijs ontgraven van CTE;
- o kennis op het vlak van identificatie van CTE en het veiligstellen van de situatie.

Selectie criterium: De inschrijver moet aantonen te beschikken over alle elementen hierboven vermeld;

- 2) Een nominatief overzicht van deskundigen waarop hij beroep kan doen voor het uitvoeren van deze opdracht. Aan de hand van een gedetailleerde referentielijst van opdrachten uitgevoerd gedurende de laatste 5 jaren, met vermelding van de opdrachtomschrijving, de naam en de coördinaten van de opdrachtgever, de datum van uitvoering van de opdracht, toont de inschrijver aan dat de door hem voorgestelde deskundigen over de vereiste kennis en ervaring beschikken.

Selectie criterium: De inschrijver moet minstens beschikken over drie voltijdse deskundigen met minimaal 3 jaar ervaring in het opsporen en ruimen van CTE afkomstig uit WO I en II, zodat er garanties kunnen worden geboden dat op twee locaties gelijktijdig kan geruimd worden.

- 3) Een verklaring die het materiaal en materieel vermeldt waarover de inschrijver kan beschikken voor de uitvoering van de opdracht.

Selectie criterium: De inschrijver beschikt minstens over geschikte detectieapparaten, plaatsbepalingssysteem en twee kranen met beveiligde cabine, zodat er garanties kunnen worden geboden dat op twee locaties gelijktijdig kan geruimd worden.

- 4) Om in aanmerking te komen voor het uitvoeren van de opdracht, moet de inschrijver bovendien beschikken over een verzekering waarin een adequate dekking voor het detecteren van conventionele explosieven is opgenomen met inbegrip van het verhaal dat slachtoffers, diens rechthebbenden of hun (arbeidsongevallen)verzekeraar op hem zouden kunnen uitoefenen. Voormelde verzekering dekt de ongevallen, die zouden voorkomen, hetzij door ontploffing en/of beschadiging (waardoor bv. gifgassen kunnen vrijkomen) van oorlogstuig, hetzij door andere gevaarlijke voorwerpen die worden ontmoet tijdens de werkzaamheden.

Selectie criterium: De inschrijver legt de polis voor van deze verzekering.

De inschrijver dient de vereiste bewijsstukken toe te voegen aan de offerte.”

8.7. In het beoordelingsverslag wordt inzake het aantonen dat een inschrijver beschikt over aantoonbare kennis en ervaring, vermeld:

“2. Braet

Gelet op de toegevoegde intentieverklaring met enkele onderaannemers worden ook de voorgelegde stukken van deze onderaannemers in beschouwing genomen.

[...]

Er wordt voldaan aan de selectievoorwaarde.”

Wat het nominatief overzicht van deskundigen betreft waarop een inschrijver beroep kan doen voor het uitvoeren van deze opdracht, is te lezen:

“2. Braet

Braet maakt de CV's met vermelding van de uitgevoerde relevante projecten over van de verschillende deskundige, eigen en via gelieerde onderaannemers, waarover men kan beschikken.

Er wordt voldaan aan de selectievoorwaarde.”

8.8. De verzoekende partij haalt in het verzoekschrift artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 aan, dat bepaalt:

“Overeenkomstig artikel 78 van de wet, kan een ondernemer zich eventueel en voor een welbepaalde opdracht beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn band met die entiteiten, met betrekking tot de in artikel 67 bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikelen 68 en 70 bedoelde criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Wat betreft de in artikel 68, § 4, 6°, bedoelde criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties, of inzake de relevante beroepservaring, mogen de ondernemers zich evenwel slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer laatstgenoemde de werken of diensten waarvoor die draagkracht vereist is, zal uitvoeren. Wanneer een ondernemer zich op de draagkracht van andere entiteiten wil beroepen, toont hij ten behoeve van de aanbestedende overheid aan dat hij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, met name door overlegging van een verbintenis daartoe van deze andere entiteiten. De aanbestedende overheid gaat overeenkomstig de artikelen 73 tot 76 van de wet na of de entiteiten op wier draagkracht een ondernemer zich wil beroepen, aan de selectiecriteria voldoen en of voor hen uitsluitingsgronden bestaan, onverminderd de mogelijkheid tot corrigerende maatregelen overeenkomstig artikel 70 van de wet. De aanbestedende overheid eist dat de ondernemer een entiteit waartegen gronden tot uitsluiting bestaan als bedoeld in de artikelen 67 en 68 van de wet of die niet voldoet aan een toe te passen selectie criterium, vervangt. De aanbestedende overheid kan bovendien eisen dat de ondernemer een entiteit waarbij er niet-verplichte uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 69 van de wet

aanwezig zijn, vervangt. Het niet ingaan op een verzoek tot vervanging geeft aanleiding tot een beslissing tot niet-selectie. Onder dezelfde voorwaarden kan een combinatie van ondernemers zich beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere entiteiten.”

De verzoekende partij betwist niet dat een beroep mag worden gedaan op onderaannemers.

8.9. Uit de aan de Raad van State voorgelegde vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad bij zijn beoordeling mag betrekken, blijkt dat de verwerende partij niet onzorgvuldig heeft gehandeld door met de intentieverklaringen aan te nemen dat de gekozen inschrijver zich zou kunnen beroepen op de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid van de in de offerte opgesomde andere entiteiten, nu deze “intentieverklaringen” inhoudelijk effectieve verbintenissen blijken in te houden van elk van de onderaannemers die door de gekozen inschrijver zijn opgelijst. In tegenstelling tot de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het schorsingsarrest van de Raad van State nr. 225.329 van 4 november 2013 en uiteindelijk tot het vernietigingsarrest nr. 229.190 van 18 november 2014, en die feitelijk volkomen verschillend is van onderhavige zaak, waarnaar de verzoekende partij verwijst, blijkt te dezen op het eerste gezicht hoe de gekozen inschrijver zich kan beroepen op de draagkracht van andere entiteiten, die zich hiertoe hebben verbonden. Er is op het eerste gezicht geen schending van artikel 73, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, noch van het zorgvuldigheidsbeginsel voorhanden door toe te laten dat de gekozen inschrijver, wat de technische en beroepsbekwaamheid betreft, zich in de gegeven feitelijke omstandigheden mocht beroepen op de draagkracht van de in de offerte opgelijste onderaannemers.

8.10. Het tweede onderdeel van het middel is evenmin ernstig.

8.11. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.12 In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van:

- het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam ipse fecisti*;
- het Standaardbestek 250 Wegenbouw (hierna: Standaardbestek 250) en de Praktische Leidraad voor “Het preventief opsporen en ruimen van niet ontplofte conventionele en toxische explosieven in de ondergrond en de waterbodems” (hierna: Praktische Leidraad), waar voor het opsporen, blootleggen en identificeren van CTE vereist is dat dit gebeurt door een opsporingsploeg, bestaande uit minimum twee CTE-deskundigen (“SB250, punt 11.4.1, laatste alinea; Praktische Leidraad, blz 42”);
- de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, “annex het beginsel van behoorlijk bestuur betreffende de motiveringsverplichting luidens hetwelk overheidsbeslissingen op in feite juiste en in rechte pertinente motieven dienen te zijn gesteund;
- het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat het bijzonder bestek uitdrukkelijk bepaalt dat het Standaardbestek 250, van toepassing is evenals de Praktische Leidraad waarnaar in dit standaardbestek wordt verwezen. Het kan volgens de verzoekende partij niet worden ontkend dat de opdracht een grootschalig CTE-project in de zin van het standaardbestek betreft, en aldus de combinatie van CTE-sanering en archeologisch onderzoek als een noodzaak moet worden bestempeld. De detectie moet dan ook geschieden door erkende archeologen/metaaldetectoristen. Het Standaardbestek 250 en de Praktische Leidraad vereisen dat het opsporen, blootleggen en identificeren van CTE gebeurt door een opsporingsploeg, bestaande uit minimum twee CTE-deskundigen. De verzoekende partij beschikt over vier door het Standaardbestek 250 en de Praktische Leidraad vereiste erkende archeologen, die van rechtswege zijn erkend als metaaldetectorist, hetgeen zij ook in haar offerte

uitdrukkelijk heeft vermeld. Met al deze verplichtingen en erkenningen werd door de verwerende partij evenwel geen rekening gehouden bij de beoordeling van de gunningscriteria “kwaliteit van de veiligheid (10 punten)”. De gekozen inschrijver heeft ingeschreven met een ontmijningsteam dat bestaat uit “een CTE-deskundige en kraanman met CTE-ervaring” terwijl de verzoekende partij heeft ingeschreven met een ontmijningsteam bestaande uit twee CTE-deskundigen, zoals vereist door het Standaardbestek 250, zodat onmogelijk kan worden aanvaard dat de gekozen inschrijver dezelfde hoogste quoterings als de verzoekende partij verkrijgt. Dezelfde vaststelling dringt zich op voor het criterium 4 “kwaliteit van het team (7 punten), waar ook de door de verzoekende partij opgegeven teams aan de vereisten van het Standaardbestek 250 voldoen en deze van de gekozen inschrijver niet. De motieven voor het toekennen van de scores zijn dan ook onzorgvuldig, niet deugdelijk en niet pertinent, aangezien ten onrechte abstractie werd gemaakt van de voorschriften van het Standaardbestek 250 en de Praktische Leidraad.

Tevens is het prijsverschil tussen de inschrijving van de verzoekende partij en de gekozen inschrijver te verklaren door het feit dat de verzoekende partij wel aandacht heeft gehad voor de voorschriften van het Standaardbestek 250 en de Praktische Leidraad, en de gekozen inschrijver niet.

In een tweede onderdeel van het middel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij in het kader van het derde gunningscriterium dat betrekking heeft op de “kwaliteit van de volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE (10 punten)”, evenmin aandacht heeft gehad voor de voorschriften van het Standaardbestek 250 en de Praktische Leidraad.

De verzoekende partij merkt ter zake op:

“Ten behoeve van kwaliteitsborging stelt Braet een reproduceerbaarheid test voor. Braet stelt voor de metingen uit te voeren middels fluxgate magnetometrie. Ter controle stelt men voor hetzelfde gebied nogmaals in te meten. Echter, waar een dergelijke test een beeld kan vormen van de bereikte positionele nauwkeurigheid, geeft het geen beeld van de data nauwkeurigheid. ADEDE heeft namelijk vastgesteld dat er verschillende types CTE voorkomen aan onze kustlijn die amper een magnetische signatuur vertonen. Bij gevolg kan door enkel de meting uit te voeren met

behulp van magnetische systemen niet gewaarborgd worden dat alle CTE worden gedetecteerd, zoals nochtans voorgeschreven conform paragraaf 4.4.3 van de Praktische Leidraad voor het preventief opsporen en ruimen van niet ontplofte conventionele en toxische explosieven in de ondergrond en de waterbodems: ‘De combinatie van ingezet materieel en materiaal dient samen met de uitvoeringsmethode te resulteren in een gebiedsdekkende detectie, waarbij alle anomalieën worden gedetecteerd en het aantal verdachte anomalieën tot een strikt minimum wordt beperkt.’

ADEDE stelt daarentegen een kwaliteitsborging voor middels elektromagnetometrie. Dit is een toestel die een actief signaal uitstuurt en bijgevolg een duidelijk respons kan opvangen van potentiële CTE desondanks een laag magnetisch signatuur.

Verder roept ook de inzet van een SBP (sub-bottom profiler) systeem vragen op. Een dergelijk systeem stuurt een akoestisch signaal op dat reflecteert op grenzen tussen lagen / objecten met verschillende akoestische impedantie. Om deze reden wordt het van tijd tot tijd ingezet voor het opsporen van CTE met geen of een laag magnetisch signatuur. De vraag stelt zich waarom CTE met een lage of geen magnetische signatuur plant op te sporen indien met de detectie van op het water uitvoert, maar deze zelfde maatregel niet neemt wanneer de detectie wordt uitgevoerd vanop het stand in deze zelfde zone.”

Van de verwerende partij mocht rechtmatig worden verwacht dat zij bij de beoordeling van het derde criterium de nodige aandacht zou besteden aan artikel 4.4.3 van de Praktische Leidraad, hetgeen eveneens tot een lagere quotering voor de gekozen inschrijver had moeten leiden. De beoordeling van het derde gunningscriterium is dus eveneens onzorgvuldig en kennelijk onredelijk gebeurd, met miskennis van de aandacht voor de eigen opgelegde regels.

Beoordeling

Eerste onderdeel

8.13. Het bestek bepaalt wat de technische specificaties betreft, hetgeen volgt:

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

[...]

- de technische bepalingen van het standaardbestek 250 voor de Wegenbouw (SB 250, versie 3.1a);

[...].”

Het bestek bepaalt tevens:

“De teksten van dit bestek vervolledigen, wijzigen of vervangen de teksten van:

[...]

2. het Standaardbestek administratieve bepalingen van toepassing voor de Standaardbestekken 250 (Wegenbouw), 260 (Kunstwerken en Waterbouw) en 270 (Elektromechanische uitrustingen), versie 3.0.”

8.14. Afdeling 11 van hoofdstuk 4 “Vorbereidende werken en grondwerken” van het Standaardbestek 250 heeft betrekking op het detecteren, opsporen en ruimen van CTE. Hierin is te lezen:

“11.1 Beschrijving

Het opsporen en ruimen van ‘conventionele en toxische explosieven’ (CTE) omvat o.a.:

[...]

De volgende bepalingen verwijzen naar en zijn gebaseerd op de Praktische Leidraad voor ‘Het preventief opsporen en ruimen van niet ontplofte conventionele en toxische explosieven in de ondergrond en de waterbodems’.

De Praktische Leidraad kan gedownload worden van <http://mow.vlaanderen.be/leidraad>.

11.2 Algemeen

[...]

11.2.3 Archeologisch onderzoek

CTE kunnen informatie leveren over het verleden en kunnen dus archeologische waarde hebben.

Als er op basis van het vooronderzoek duidelijke evidentie is van de kans op aanwezigheid van archeologische structuren in de bodem (loopgrachten, depots, ...), dan is een combinatie met archeologisch onderzoek noodzakelijk. Dit houdt in dat het detecteren en opsporen van CTE begeleid wordt door een erkend archeoloog.

[...]

11.2.4 Personeel

Het detecteren van CTE gebeurt onder leiding van een CTE-deskundige die beschikt over:

[...]

De CTE-deskundige beschikt over de erkenningen als metaaldetectorist conform het onroerenderfgoeddecreet.

[...]

11.3 Detecteren van CTE

11.3.1 Beschrijving

[...]

Het detecteren van CTE gebeurt onder leiding van een CTE-deskundige die voldoet aan de bepalingen van 11.2.4.

[...]

11.4 Opsporen van CTE

11.4.1 Beschrijving

Het opsporen van CTE omvat hoofdzakelijk:

[...]

Het opsporen, blootleggen en identificeren van CTE gebeurt door een opsporingsploeg, bestaande uit minimum twee CTE-deskundigen die voldoen aan de bepalingen van 11.2.4.”

In de Praktische Leidraad waarnaar in het Standaardbestek 250 wordt verwezen, is te lezen:

“2.3 Opmaak bestek

2.3.1 Bestekvoorschriften

[...]

Bij grootschalige CTE-saneringsprojecten en/of sanering in zones waar er op basis van historische bronnen duidelijke evidentie is van de kans op aanwezigheid van archeologische structuren in de bodem (loopgrachten, depots, ...) is een combinatie van CTE-sanering en archeologisch onderzoek noodzakelijk. Dit houdt in dat de CTE-sanering wordt begeleid door een erkend archeoloog. Deze archeoloog voert de nodige registraties uit, conform de bepalingen van het onroerenderfgoeddecreet.”

8.15. Het gunningscriterium “kwaliteit van de veiligheid” is als volgt omschreven in het bestek:

“Het plan van aanpak beschrijft in detail het verloop van activiteiten en handelingen.

De inschrijver toont aan met behulp van een eigen risicoanalyse op basis van een inschatting van de te verwachten CTE welke collectieve en persoonlijke beschermingsmaatregelen er genomen worden. (4 punten)

De inschrijver geeft tevens een beschrijving van het specifiek in te zetten materieel in functie van deze veiligheidsvoorschriften. (3 punten)

De inschrijver geeft aan hoe de maatregelen inzake veiligheid ingerekend worden in de inschrijving en dit volgens de bepalingen van art. 30, 1° en 30, 2° van het KB van 25.01.2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen. (2 punten)

De inschrijver deelt mee welke (aanvullende) verzekeringscontracten voor deze opdracht worden afgesloten. (1 punt).”

8.16. In het beoordelingsverslag is inzake dat gunningscriterium, dat op tien punten wordt gequoteerd, te lezen:

“2. Braet 10/10
Volgende beoordeling kan gebeuren op basis van de elementen opgenomen in het bijgevoegde plan van aanpak en de bijhorende bijlagen voor zowel Braet als onderaannemers:
- [...] In grote lijnen resulteert dit in een ontmijningsteam dat bestaat uit een CTE-deskundige en kraanman met CTE-ervaring. Er wordt gewerkt volgens de methode van gecontroleerde benadering op land en op water met een duikteam bestaande uit 3 CTE-deskundigen. [...] 4/4
[...]
3. Adede 10/10
Volgende beoordeling kan gebeuren op basis van de elementen opgenomen in het bijgevoegde plan van aanpak:
- [...] In grote lijnen resulteert dit in een ontmijningsteam dat bestaat uit 2 CTE-deskundigen, waarvan één is opgeleid als kraanman. Er wordt gewerkt volgens de methode van gecontroleerde benadering. 4/4
[...]”

Zowel de verzoekende partij als de gekozen inschrijver bekommt 10/10 voor het gunningscriterium ‘kwaliteit van de veiligheid’.

Beide inschrijvers behalen tevens het maximum van 7/7 op het gunningscriterium ‘kwaliteit van het team’, omdat onder meer de specifieke ervaringen en opleidingen als CTE-deskundige in beide offertes zijn opgegeven en de teams van CTE-deskundigen van beide inschrijvers, die effectief zullen worden ingezet op de opdracht in kwestie, zijn benoemd.

8.17. Het Standaardbestek 250 bepaalt dat het detecteren van CTE gebeurt onder leiding van een CTE-deskundige, terwijl het opsporen, blootleggen

en identificeren van CTE gebeurt door een opsporingsploeg, bestaande uit minimum twee CTE-deskundigen.

In het bestek dat de opdracht beheerst, is opgenomen:

“1.4. Deelopdracht ‘Detecteren van CTE’

Het detecteren van CTE binnen het projectgebied gebeurt onder leiding van een competente en aanvaarde CTE-deskundige en heeft tot doel de verdachte anomalieën gelegen binnen het projectgebied in kaart te brengen.”

Vervolgens:

“1.5. Deelopdracht ‘Opsporen en ruimen van CTE’

Het opsporen en ruimen van CTE binnen het projectgebied gebeurt onder de begeleiding van een aanvaard CTE-deskundige en heeft tot doel het projectgebied CTE vrij te maken.

Vooraleer te starten met het opsporen van CTE, raadpleegt de deskundige het detectieverslag en bespreekt dit samen met de aanbestedende overheid om de prioriteiten en modaliteiten te bespreken.”

Het bijzonder bestek stelt bijgevolg voorop dat het opsporen en ruimen van CTE gebeurt onder de begeleiding van één CTE-deskundige. De toepasselijkheid van het Standaardbestek 250 sluit op het eerste gezicht niet uit dat het bijzonder bestek hierop afwijkingen mag bepalen.

Hoewel niets belet dat de verwerende partij het voorstellen van twee CTE-deskundigen mag waarderen, moet rekening worden gehouden met het geheel van de waardering voor het tweede gunningscriterium, zoals dat is weergegeven in het gunningsverslag, waarin betreffende de gekozen inschrijver onder is meer is opgemerkt – zonder enige betwisting ter zake in het verzoekschrift – dat de gevaren voor toxische munitie zijn opgenomen in de risicoanalyse, een duikteam bestaat uit drie CTE-deskundigen en een veiligheidsperimeter wordt ingesteld en bebakend in afwachting van de interventie van DOVO, afhankelijk van het type werken, de soort CTE en de locatie. Met haar argumentatie maakt de verzoekende partij bijgevolg op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de

puntentoekenning voor de “kwaliteit van de veiligheid” en de “kwaliteit van het team” wordt gekenmerkt door een onwettigheid.

8.18. Post 11 van de samenvattende meetstaat heeft betrekking op het inzetten van een archeoloog. Het bestek omschrijft:

“1.8. Inzetten van een archeoloog
Inzet van een archeoloog voor de begeleiding en rapportage volgens de beschrijving in art. 90 AUR.
De post voor het inzetten van een archeoloog wordt uitgedrukt in VH uren.
Post 11 Inzetten van een archeoloog.”

Ook de gekozen inschrijver heeft een archeoloog opgegeven, zoals vereist door het bestek, waardoor het betoog van de verzoekende partij dat zij een erkend archeoloog is en archeologen in dienst heeft en dat in de bestreden beslissing “geen link [werd] gelegd naar de noodzaak aan erkende archeologen”, op het eerste gezicht weinig relevant lijkt.

8.19. Uit het verzoekschrift volgt dat de verzoekende partij het puntenverschil bij de beoordeling van haar offerte en die van de gekozen inschrijver bekritiseert op grond van de omstandigheid dat de gekozen inschrijver geen twee CTE-deskundigen heeft voorgesteld noch werkt met erkende archeologen. Nu is vastgesteld dat het bestek enkel oplegt dat met één CTE-deskundige wordt gewerkt, wat een toegelaten afwijking inhoudt van het Standaardbestek 250, en de gekozen inschrijver wel degelijk zoals vereist door het bestek een erkende archeoloog heeft voorgesteld, moet op het eerste gezicht worden geoordeeld dat het betoog van de verzoekende partij faalt.

8.20. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

8.21. In het tweede middelonderdeel bekritiseert de verzoekende partij de door gekozen inschrijver gekozen werkwijze teneinde de volledigheid en nauwkeurigheid van het ruimen van de CTE (dit is het derde gunningscriterium dat

wordt gequoteerd op 10 punten) te garanderen. Zij betoogt dat met die werkwijze niet is voldaan aan punt 4.4.3 van de Praktische Leidraad.

8.22. In zoverre al enig verplichtend karakter kan worden toegekend aan de Praktische Leidraad, wordt het betoog van de verzoekende partij gekenmerkt door te weinig grondslag om te weerleggen dat de gekozen inschrijver met “de best beschikbare technologie voor de uitvoering van de ferromagnetische detectie” zou werken, en is het gelardeerd met beweringen en vragen die rijzen bij de verzoekende partij over de werkwijze van de gekozen inschrijver. Hiermee schraagt zij onvoldoende dat de verwerende partij niet de nodige aandacht zou hebben gegeven aan de overeenstemming van de werkwijze van de verzoekende partij met de voorschriften die de opdracht beheersen. Voorts is het middel van zodanig technische aard dat het zich inhoudelijk ook niet leent tot een *prima facie* onderzoek in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

8.23. Het middelonderdeel is dan ook niet ernstig.

8.24. Het tweede middel is niet ernstig.

IX. Besluit

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Aannemingen M. & J. Braet tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 februari 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin